



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM
2011-04-08
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
20334-10 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

Tage & Söner Byggnads AB, 556118-4440
Rödkullsvägen 4
302 41 Halmstad

MOTPART

Halmstads kommun
Box 153
301 05 Halmstad

SAKEN

Överprövning enligt lag (2007:1091) om offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att Halmstads kommuns upphandling Söndrumsskolan, projektnummer 672420, ska göras om.

Dok.Id 68558

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00



FÖRVALTNINGSRÄTTEN I GÖTEBORG
SVERIGES DOMSTOLAR

Datum

8/4-11

KONKURRENSVERKET	
2011-04-08	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FAXMEDDELANDE

Till: Konkurrensverket

Faxnr:

Från: Ann-Sofie Jonsson

Telefon: 031-732 71 34

Detta fax innehåller 11 sidor inklusive detta blad

Meddelande

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

.....

615.3P

BAKGRUND

Halmstads kommun (nedan kommunen) har genomfört en upphandling avseende nybyggnad av Söndrumsskolan, projektnummer 672420. I tilldelningsbeslut den 24 november 2010 meddelas att Anjobygg AB tilldelats uppdraget och att Tage & Söner Byggnads AB (nedan bolaget) kom på tredje plats.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Denna överprövning avser endast byggnadsentreprenaden av Söndrumsskolan. Vid förfrågan har Administrativa Föreskrifter (AF) varit gällande. Av *AFB.52 - Värderingsgrunder vid prövning av anbud* framgår att ett av utvärderingskriterierna är "Beställarens samlade bedömning av anbudsgivaren utifrån egna och andras erfarenhet, särskilt vad gäller miljö och kvalitet." Kommunens "egna erfarenheter" har baserats på en sammanställning av tidigare utvärderingar av entreprenörer. Att använda denna typ av utvärdering strider mot de grundläggande kraven på likabehandling, transparens och förutsägbarhet i upphandlingen. De uppgifter som finns i kommunens sammanställning är uppgifter som typiskt sett används som bevis på teknisk kapacitet enligt 11 kap. 11 § LOU i kvalificeringsfasen. Tillämpning av dessa uppgifter i utvärderingen medför även att referensobjekt i tidigare upphandlingar "återanvänds" varigenom referensobjekten i vissa fall blir mer än fem år gamla vilket står i strid med 11 kap. 11 § LOU. Vid bedömningen av det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga får hänsyn tas till kriterier kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. Av EU-domstolens praxis följer att kriterier som inte syftar till att fastställa det

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 3
20334-10 E

ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att fullgöra projektet inte får användas som tilldelningskriterier. Nu ifrågavarande utvärderingsmetod kan inte sägas vara kopplat till föremålet för upphandlingen och är därmed otillåtet även av det skälet. Det framgår inte på något sätt av varken förfrågningsunderlag eller bilaga, 1) hur kommunens egna erfarenheter har samlats in, 2) vad som avses med egna erfarenheter, 3) vad för bedömningsmetoder och grunder som tillämpats för dessa, 4) hur informationen verifierats, eller 5) att samma bedömningsmetoder tillämpats för alla anbudsgivare. Detta hämmar starkt transparens i upphandlingen och ger utrymme för i vart fall en stor risk för en skönsmässig hantering för kommunen i samband med upprättande av det underlag som används för utvärderingen. Bolaget har eller riskerar lida skada till följd av dessa fel, varför upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bolagets yrkande och hemställer att förvaltningsrätten lämnar ansökan om överprövning utan bifall. Som skäl anføres bland annat följande. Upphandlingen har skett helt i enlighet med LOU, övrig lagstiftning och förfrågningsunderlaget. Upphandlingen har inte skett i strid med de grundläggande kraven på likabehandling, transparens och förutsägbarhet genom att bland annat lägga kommunens egna erfarenheter till grund för utvärderingen av inkomna anbud. Istället är det logiskt att såväl de egna erfarenheterna som andras finns med vid utvärderingen. Som klaganden också anger är det tydligt angivet i förfrågningsunderlaget att så kommer att ske. Det bestrids vidare att kommunen sammanblandar kvalificeringskriterier med utvärderingskriterier. I *AF 513 - Teknisk förmåga och kapacitet* anges hur anbudsgivare ska visa att de har dokumenterade resurser, kompetens och erfarenheter att utföra uppdraget. I *AFB 52 - Värderingsgrunden vid prövning av anbud* har kommunen skjutit in sig på förhållanden som leder till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som kan ses handlar det om kostnader, a-priser, arvoden etc. När det gäller

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 4
20334-10 E

kommunens egna erfarenheter ligger det i sakens natur att det blir en fråga om sammanställning av erfarenheter utifrån tidigare genomförda entreprenadprojekt i kommunen.

Bolaget vidhåller i genmäle sina yrkanden och tillägger bland annat följande. Det kan i och för sig vitsordas att den upphandlade myndighetens erfarenheter av anbudsgivare kan läggas till grund för utvärderingen. En förutsättning är dock att de grundläggande kraven på förutsägbarhet, likabehandling och transparens upprätthålls. Enligt kammarrättspraxis är det möjligt för en upphandlande myndighet att använda egna referenser så länge referenstagningen sker på ett objektivet sätt så att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens inte träds för när. Det måste då framgå av förfrågningsunderlaget vad som kommer att tillmätas betydelse samt hur detta kommer att poängsättas. Av kommunens förfrågningsunderlag framgår inte på något sätt hur dessa uppgifter kommer att samlas in, hur bedömningen gjorts eller vilka "andra" som tillfrågats av kommunen. Redan av denna anledning kan anbudsgivare inte med hjälp av förfrågningsunderlaget bedöma vad som kommer tillmätas betydelse samt hur detta kommer att poängsättas. Kommunens sammanställning av tidigare projekt och resultatet av utvärderingskriterierna för varje enskild anbudsgivare har inte varit en del av förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare har därav inte under upphandlingen kunnat bedöma vilka tidigare erfarenheter som skulle läggas till grund för utvärderingen. Bolaget har fått ta del av sammanställningen först efter fråga till kommunen efter tilldelningen meddelats. Av kommunens sammanställning eller förfrågningsunderlaget framgår inte heller hur fördelningen görs mellan egna och andras erfarenheter i utvärderingen. Det kan inte ens utläsas ur sammanställningen hur de samlade erfarenheterna för de projekt som redovisats resulterat i den poängsättning i olika avseende som förts in i utvärderingen av anbuden. Av det ovan sagda följer att inte ens genom att få del av kommunens sammanställning har anbudsgivare haft möjlighet att bedöma hur uppgifterna sam-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 5
20334-10 E

lats in eller hur bedömningen gjorts, än mindre hur dessa skulle tillämpas i utvärderingen av anbudet. Så kan heller inte bedömas i efterhand genom att ta del av sammanställningen.

Kommunen anför i genmäle bland annat följande. I målet torde vara ostridigt att kommunens bedömning sker utifrån egna och andras erfarenheter och det har varit upp till anbudsgivaren att ange vilka referenser som denne vill åberopa. Det har därför inte varit adekvat att låta kommunens sammanställning av erfarenheter utgöra del av förfrågningsunderlaget. Dock är det ett dokument som envar anbudsgivare kunnat anskaffa. Att klaganden först i efterhand anskaffat detta är något som denne själv får ta ansvar för. Det framgår av förfrågningsunderlaget och av anbudsformuläret hur utvärderingen av en organisation sker. Poängsättningen för bolaget är exakt densamma som utvärderingspoängen då bolaget vann entreprenadupphandlingen avseende Lyckans Förskola i Halmstad, vilken genomfördes under år 2010 och då AF-delen var densamma. Då ifrågasattes inte kommunens poängsättning eller utformningen av AF-delen av bolaget. Bolaget har medverkat vid ytterligare tre upphandlingar – en upphandling år 2009 och två år 2010 – då samma poäng erhöles. Bolaget har således varit väl medvetet om hur poängen sätts vid utvärderingen. Därmed kan bolaget inte anses ha lidit skada eftersom denne varit på det klara med förutsättningarna för upphandlingen.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 6
20334-10 E

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Handlingarna i målet

Av bilaga 1 AFB. 52 - *Värderingsgrunder vid prövning av anbud* framgår att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris, organisation och bemanning samt beställarens erfarenhet av anbudsgivaren särskilt vad gäller miljö och kvalitet kommer att antas. Beställarens samlade bedömning av anbudsgivaren utifrån egna och andras erfarenhet, särskilt vad gäller miljö och kvalitet, värderas till 10 % av anbudets totala viktning. I sistnämnda del görs följande utvärdering.

Miljö	Vikt 20%	Arbetsplatsen	0-50 poäng
		Materialhantering	0-50 poäng
Kvalitet 1	Vikt 40 %	Lämna uppgifter i tid	0-10 poäng
		Hålla tidsplaner	0-40 poäng
		Avsaknad av fel i besiktningsprotokoll	0-50 poäng
Kvalitet 2	Vikt 40 %	Uppföljning kvalitetsplan	0-50 poäng
		Egenkontroll	0-50 poäng

Av AFB.52 - *Värderingsgrunder vid prövning av anbud* framgår att "Beställarens samlade bedömning av anbudsgivaren utifrån egna och andras erfarenhet, särskilt vad gäller miljö och kvalitet värderas till %-sats enligt bilaga AF/1. Högsta miljö- och kvalitetspoäng tilldelas högst poäng (100p x %-sats)."

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 7
20334-10 E

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har friheten att formulera utvärderingskriterierna utifrån sina behov så länge som det är klart och tydligt utformat och en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Av den dåvarande EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivare förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Utvärderingskriterier avseende erfarenhet vid upphandlingar som rör tillhandahållande av tjänster är dock tillåtna om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivån på det som upphandlas, dvs. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder, och inte avser anbudsgivarens kvalifikationer och kompetens (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 april 2009, mål nr 6411-08).

Erfarenhet som utvärderingskriterium är nära sammankopplad med bedömning av referenser. Enligt praxis kan referenser användas i både kvalificerings- och utvärderingsfasen om vissa förutsättningar är uppfyllda. Det aktuella förfrågningsunderlaget uppställer som skall-krav att minst tre referenser från motsvarande eller liknande uppdrag som genomförts under de tre senaste åren ska uppges. Referenser från likvärdiga uppdrag får an-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 8
20334-10 E

vändas som utvärderingskriterier om det kan anses ge relevant information för bedömningen vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 29 december 2008 i mål 5910-08). En upphandlande myndighet kan även använda egna referenser ifall referensintagningen sker på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens inte träds för när (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 november 2010 i mål 2504-10).

Vid nu aktuell utvärdering har kommunen vad gäller kriteriet *beställarens samlade bedömning av anbudsgivaren utifrån egna och andras erfarenhet, särskilt vad gäller miljö och kvalitet* angett vissa delposter och poängskala för varje post i förfrågningsunderlaget. Poängsättningen synes därefter ha skett på grundval av poängsättningar i tidigare liknande upphandlingar. Att så skulle ske kan inte klart utläsas av aktuellt förfrågningsunderlag. Det går därmed inte att bedöma av förfrågningsunderlaget vad som avses med egna och andras erfarenheter, vad för bedömningsgrunder och metoder som tillämpats för dessa, hur erfarenheterna har samlats in eller ifall samma bedömningsmetoder tillämpats för alla anbudsgivare. Den sammanställning av tidigare projekt och resultatet av de då aktuella utvärderingskriterier för varje enskild anbudsgivare som kommunen nu har hänvisat till har inte varit del av förfrågningsunderlaget. Även detta har försvårat för anbudsgivarna att bedöma vilka tidigare erfarenheter som läggs till grund för utvärderingen.

Tanken med referenser och den egna erfarenheten kan inte och ska inte heller vara att den upphandlande myndigheten själv ska bestämma vilka referenser och krav på erfarenhet som tillmäts betydelse, utan att redogöra för utvärderingskriterierna och utvärderingsmetoden. Med hänsyn härtill får kommunens förfrågningsunderlag i aktuellt avseende anses ha brustit i förutsägbarhet och transparens.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning I**DOM**Sida 9
20334-10 E

Kommunens förfrågningsunderlag strider därmed mot principerna för offentlig upphandling, som anges i 1 kap. 9 § LOU, och bristen är sådan att den inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Förutsättningar för åtgärder med stöd av 16 kap. 5 § LOU finns därför. Enligt detta lagrum kan förvaltningsrätten, oavsett hur yrkandena utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (jfr RÅ 2005 ref. 47). Om det fel som förekommit påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede bör upphandlingen normalt göras om (jfr RÅ 2008 not 26). Eftersom bristen i förevarande fall är hänförlig till förfrågningsunderlaget, och därmed kan ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen måste därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1B LOU)



Peter Kockum

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Pegah Sheikhan.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU

