



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM
2016-11-29
Meddelad i Stockholm

Mål nr
9865-16

SÖKANDE

Aperto Arkitekterbyggkonsulter AB, 556624-7945

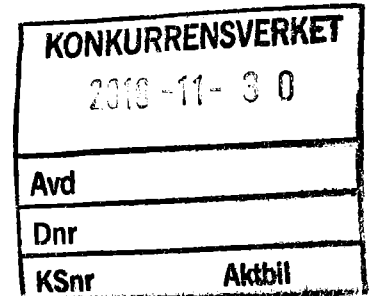
Ombud: Advokaterna Ola Ihse och Maja Rothpfeffer
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Botkyrka kommuns upphandling av ramavtal avseende tekniska konsulttjänster – projektledning fastighet (dnr 2015.825) ska göras om.

Dok.Id 778546

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Botkyrka kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal avseende tekniska konsulttjänster – projektledning fastighet (dnr 2015.825). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Av tilldelningsbeslut daterat den 4 maj 2016 framgår att WSP Sverige AB, ÅF-Infrastructure AB och Projektbyrå Stockholm AB i angiven rangordning tilldelats kontrakt i upphandlingen.

Aperto Arkitekter byggkonsulter AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att en förnyad anbudsutvärdering genomförs, där samtliga anbud inte tas upp till utvärdering. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Utformningen av förfrågningsunderlaget strider mot principen om transparens och de krav som ställts upp är inte proportionerliga. Kommunen har även genomfört väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget efter det att upphandlingen publicerats. Agerandet strider mot 1 kap. 9 § LOU och principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet. Vidare uppfyller de vinnande anbudsgivarnas anbud inte de obligatoriska kraven i upphandlingen. Kommunen har i strid med principerna om likabehandling och transparens samt 9 kap. 8 § LOU tillåtit nämnda leverantörer att inkomma med kompletterande uppgifter. Genom att utvärdera anbuden trots bristerna har kommunen brutit mot LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Därutöver har kommunen i strid med bestämmelserna i LOU och transparensprincipen sammanblandat utvärderingskriterier med kvalificeringskriterier.

Bristerna i förfrågningsunderlaget och kommunens agerande har påverkat bolagets möjlighet att inkomma med anbud. Vid en korrekt utformning av

förfrågningsunderlaget hade bolaget kunnat delta i upphandlingen. Bristerna har således inneburit att bolaget lidit eller riskerat att lida skada och rör det konkurrensuppsökande skedet, varför rätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Vid en korrekt hantering av vinnande anbudsgivares anbud skulle vidare dessa ha förkastats och bolaget haft möjlighet att vid en ny upphandling tilldelas kontrakt. Även dessa brister har således inneburit att bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

Sammanblandning av kriterier

Det är inte tillåtet för en upphandlande myndighet att sammanblanda kriterierna i kvalificeringsfasen med kriterierna i utvärderingsfasen. Bolaget hänvisar till EU-domstolens avgöranden i mål 31/87 Beentjes samt mål C-532/06 Lianakis. Det finns visserligen inget hinder mot att använda referenstagning i utvärderingsfasen, så länge den syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EU-domstolens praxis framgår dock att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som en anbudsgivare förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet ifråga inte kan utgöra utvärderingskriterier.

I de administrativa föreskrifterna AUB.522 – Referenstagning – anges som en del av utvärderingsfasen att en referenstagning kommer att ske för att bedöma leverantörens förmåga att genomföra projekten. Referenstagning sker genom att anbudsgivarna inger till förfrågningsunderlaget hörande bilaga 4-8 AUB.522. I referensbilagorna har kommunen angett dels de krav som gäller för att få åberopa ett referensuppdrag och dels de frågor som referenten ska besvara. Frågorna avser uppgifter om bland annat anbudsgivarens förmåga att hålla tidsramar, effektivitet, förmåga att leda och organisera arbetet m.m. Det framgår klart och tydligt att kommunen med referensuppdragen avser att bedöma leverantörernas förmåga att utföra uppdraget, vilket är hänförligt till deras kvalifikationer. Referenstagningen har dock felaktigt genomförts som en del av utvärderingen. Bolaget hänvisar därvid till Kam-

marrättens i Sundsvall avgörande i mål nr 3478-08 och Kammarrättens i Stockholm avgörande i mål nr 5512-08. Av Frågor och svar, fråga 4, framgår att kommunen som svar på frågan om angivna entreprenadsummor (40-60 MSEK) är absoluta krav har svarat att det är ett ska-krav. Bolaget har uppfattat att de aktuella kriterierna för referenstagning har utgjort kvalificeringskrav och har därför inte lämnat anbud. Förfrågningsunderlaget är otydligt ifråga om kraven gällande referensuppdrag utgör kvalificeringskrav. Av de administrativa föreskrifterna framgår att kommunen avsett att teckna avtal med fyra leverantörer, varför bolaget hade tilldelats kontrakt om anbud lämnats in.

Väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget

Kommunen har vidare genomfört väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget efter det att underlaget annonserats. I enlighet med 11 kap. 2 § LOU ska de krav som ställs på kapacitet anges i annonsen för upphandlingen. I AUB.518 – Teknisk och yrkesmässig kapacitet – anges krav på anbudsgivaren. Av uppgifterna som redovisas under AUB.519 – Personalens kompetens – framgår de specifika krav som ställs för respektive kompetens. Ett av de obligatoriska kraven är att offererad personal ska ha slutfört två för rollen relevanta referensuppdrag som inte får vara äldre än tre år. I Frågor och svar, Publikt informationsmeddelande, den 1 mars 2016 anges att det obligatoriska kravet i AUB.519 avseende leverantörens kapacitet har ändrats till att ”Ha slutfört två för rollen relevanta referensuppdrag för olika externa uppdragsgivare som inte är äldre än 5 år”. Även krav avseende referensuppdrag enligt AUB.522 har reviderats av kommunen genom Frågor och svar, både den 23 februari 2016 och den 1 mars 2016. De krav som slutligen angetts framgår av Publikt informationsmeddelande från kommunen den 3 mars 2016. Justeringen innebär att kravet på att anbudsgivaren ska ha varit Bas-P för referensprojekten har utgått samt att kraven på att samtliga fem referensuppdrag ska uppfylla kriteriet att ha biträtt byggherrens projektledare med projekteringsledning har utgått och ersatts med att konsulten ska

ha varit projektledare i två uppdrag samt att konsulten i tre av uppdragen ska ha biträtt byggherrens projektledare med projekteringsledning av projektet. Ändringarna utgör sådana väsentliga förändringar att upphandlingen måste göras om. Om de nya kraven hade funnits i det annonserade underlaget hade andra leverantörer kunnat inkomma med anbud i upphandlingen.

Krav i strid med proportionalitetsprincipen

Vidare strider förfrågningsunderlagets krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt referensuppdrag mot proportionalitetsprincipen. I AUB.518 har som obligatoriskt krav angetts att anbudsgivare ska redovisa totalt 19 stycken konsulter, vilka också ska uppfylla de krav som framgår av AUB.519. I Frågor och svar, fråga 2, har kommunen angett att avropsvolymen totalt beräknas uppgå till cirka 20 mkr. Mot bakgrund av upphandlingens art och värde samt att förfrågningsunderlaget föreskriver att ramavtal ska ingås med fyra leverantörer strider kravet mot proportionalitetsprincipen. Syftet med antalet konsulter som anges får antas vara att tillförsäkra att ramavtalsleverantörerna har tillräckligt många konsulter att offerrera vid avrop. Detta syfte uppfylls redan med ett klart färre antal namngivna konsulter. Kravet är inte nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Vad gäller kravet avseende referensuppdrag i AUB.522 ska referensuppdrag 1 och 2 avse förskola med en entreprenadsumma om minst 40 respektive 60 miljoner kr. Det är mycket ovanligt att entreprenadsumman för nybyggnation eller ombyggnation av en förskola uppgår till de nivåer som kravställts. Bolaget har en lång erfarenhet av förskoleprojekt men har aldrig stött på ett liknande projekt ifråga om entreprenadsumman. Det är inte heller entreprenadsumman som vid nybyggnad eller ombyggnad av en förskola avgör projektets komplexitet eller svårighet. De uppställda kraven saknar därför betydelse för syftet med kraven på referensuppdrag, nämligen att bedöma leverantörens förmåga att genomföra projekten i upphandlingen. Kravet är inte nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet.

Kommunen har gett in en handling benämnd Bygginvesteringsprojekt 2016 och av denna kan utläsas att endast en förskola har en total budget som överstiger de krav som kommunen ställt avseende referensuppdrag. Övriga tolv redovisade förskoleprojekt har en total budget som klart understiger kommunens krav på entreprenadsumma i förevarande upphandling. I handlingen Nämndernas förslag till investeringsplan 2017-2020 kan vidare bland annat utläsas kommunens planerade investeringar för förskolor, de olika projektens totala kalkyl samt hur kostnaden fördelar sig mellan åren. Stora delar av kalkylen avser dock tid som ligger utanför ramavtalets löptid på 2 + 1 + 1 år och uppgifterna om budget avser en totalkalkyl för respektive projekt. Vad som omfattas av en totalkalkyl för ett projekt och vad som omfattas av entreprenadsumman är inte samma sak. Kommunen har i AUB.522 angett att entreprenadsumman för referensuppdrag xx minst ska ha omfattat xx miljoner SEK, det vill säga omsättningskravet ska vara knutet till entreprenadsumman. Enligt allmänna bestämmelser för byggnads-, anläggnings- och installationsentreprenader, AB04, definieras entreprenadsumma som "kontraktssumma med justering för tillägg och avdrag samt i förekommande fall belopp avseende indexersättning, allt exklusive mervärdesskatt". Projektkostnad eller totalkalkyl är dock ett mycket vidare begrepp och omfattar, utöver de kostnader som är att hänföra till entreprenadsumman, den totala kostnaden för projektet, det vill säga också bland annat de kostnader som omfattas av det upphandlade konsultuppdraget. Det går därför inte att likställa ett krav på viss omfattning avseende entreprenadsumma med en totalkalkyl eller projektkostnad för ett projekt.

Det ankommer på kommunen att visa att de krav som ställs upp är proportionerliga och det har kommunen inte visat. En annan omständighet som visar att kraven strider mot principen om proportionalitet är att inget av anbudet i upphandlingen uppfyller kraven enligt AUB.522 eller AUB.519. WSP har avseende referensuppdrag 1 som beskrivning av uppdraget angett att det avsett "Nyproduktion av förskola (cirka 6 förskolegrupper), skola (8 klass-

rum, slöjdsalar) samt gymnastiksal om 4400 kvm. Entreprenadkostnad 80 MSEK." WSP har angett att entreprenadkostnaden avser hela projektet och den del som avsett förskola kan omöjligen ha uppgått till 60 miljoner kr. Anbudet uppfyller således inte kraven för referensuppdrag 1, men enligt utvärderingsprotokoll har WSP erhållit poäng för uppdraget. ÅF har avseende beskrivning av referensuppdrag 2 angett följande. "Vintern 2013 drabbades Fagersta av en kraftig brand. Förskola, utbildningslokaler och församlingshem totalförstördes i branden. Beslut togs att den 2000 kvm stora anläggningen skulle återuppbyggas.[...] Projektbudget ca 50 miljoner SEK." ÅF har angett att projektbudget för uppförande av förskola, utbildningslokaler och församlingshem uppgår till 50 miljoner kr. Den del som avsett förskola kan omöjligen ha uppgått till 40 miljoner kr och anbudet uppfyller således inte kraven för referensuppdrag 2. Av kommunens utvärderingsprotokoll framgår även att Projektbyrån inte erhållit poäng för referensuppdrag 1 och 2. Ingen av de leverantörer som inkommit med anbud uppfyller kraven avseende referensuppdrag. De kan därför inte anses vara proportionerligt ställda. Upphandlingen ska därför göras om och kraven sättas lägre samt hänföras till kvalificeringsfasen av upphandlingen.

Vinnande anbudsgivares anbud uppfyller inte obligatoriska krav

Trots att kommunen under upphandlingens genomförande väsentligen ändrat obligatoriska krav har ingen leverantör lämnat in ett anbud som uppfyller samtliga krav. Kommunen har därför begärt in omfattande kompletteringar avseende samtliga anbud. Utan de kompletterande uppgifterna uppfyller inte något av dem de obligatoriska kraven i AUB.519 och uppgifterna har varit nödvändiga för uppfyllelsen av kraven. Anbudsutvärderingen måste göras om utan beaktande av inlämnade kompletteringar. Därutöver innehåller inte Projektbyråns komplettering samtliga uppgifter som efterfrågats, varför anbudet inte är komplett och ska förkastas oavsett om kompletteringen anses tillåten eller inte.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Förfrågningsunderlaget är tydligt, förutsebart och transparent och kommunen har följt de utvärderingskriterier som angetts. Bolaget har haft samma förutsättningar som samtliga anbudsgivare att lämna anbud och har inte kunnat visa att det lidit eller riskerat att lida skada.

Sammanblandning av kriterier har inte skett

Referensuppdragen i utvärderingen avser inte att säkerställa leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan det har gjorts genom redovisning av referensuppdrag under AUB.518 (kvalificeringsfasen). Referensuppdragen i utvärderingen har en tydlig koppling till kontrakt föremålet, det vill säga krav på kompetenser för leverans. Avsikten med referensuppdragen i utvärderingen är att värdera erfarenhet, effektivitet, förmåga att leda och organisera arbetet etc. hos de personer som ska fullgöra kontraktet. Kontrakt föremålet utgörs av tillhandahållande av intellektuella tjänster. Det har med anledning av EU-domstolens dom i mål C-532-06 Lianakis uppstått en rättsosäkerhet kring under vilka omständigheter kvaliteten på leverantörers personal ska anses utgöra ett kvalificeringskrav och när den istället kan användas som ett tilldelningskriterium. Av EU-domstolens efterföljande dom i mål C-601/13 Ambisig framgår att erfarenheten och utbildningen hos de personer som ska fullgöra kontraktet, i synnerhet om kontrakt föremålet utgörs av tillhandahållande av intellektuella tjänster, kan utgöra ett tilldelningskriterium. Kommunens agerande strider inte mot 1 kap. 9 § LOU.

Tillåtna ändringar av förfrågningsunderlaget

Kommunen har med anledning av frågeställningar under anbudstiden bedömt att det varit möjligt att ändra kraven ifråga om konsulternas tidigare genomförda uppdrag samt vad gäller referensuppdrag i referenstagning för att möta marknaden och öka konkurrensen i upphandlingen. Förändringarna är inte av den omfattningen att upphandlingen skulle behöva göras om. För

att ge anbudsgivarna förutsättningar att lämna anbud med justerade krav valde kommunen att förlänga anbudstiden.

Proportionerliga krav

Vad gäller kravet på visst antal konsulter är det proportionerligt för att möta kommunens behov. Kravet är baserat på kommunens behov för de uppdrag som kommer att genomföras under kontraktstiden. Utöver planerade uppdrag behöver kommunen också använda konsulttjänster för att stärka upp organisationen under det att rekrytering av projekteringsledare motsvarande tre vakanta tjänster pågår. Kravet står i rimlig relation till det som upphandlas och samtliga krav är motiverade med hänsyn till kontraktsföremålet. Vad gäller kravet på referensuppdrag har kommunens erfarenhet av produktion av förskolor legat till grund för den kravställda nivån. För kommunens del är det inte ovanligt med entreprenadsummor som uppgår till 40 respektive 60 miljoner. Kommunens behov under avtalsperioden visar på ett stort antal förskoleprojekt som kan nå kostnadsnivåer motsvarande det som kravställts. Ställda krav är därför nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen och strider inte mot proportionalitetsprincipen.

Den investeringsplan som nämnderna upprättar prioriteras över tid och är det planeringsunderlag som tekniska förvaltningen använder sig av för att planera och genomföra byggnation av verksamhetslokaler. Investeringsplanerna avser perioden 2017 – 2020, det vill säga samma tidsperiod som upphandlingsavtalet. Kravet är därför nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen och strider inte mot proportionalitetsprincipen. Kravet i AUB.522 är proportionerligt och av inlämnade bilagor framgår att kalkyler (totalkostnad) för kommande projekt kommer att kräva avrop från ramavtalet för genomförande av projektledning och projekteringsledare för att hantera en entreprenadkostnad på 60 mkr. I totalkostnaden för ett investeringsprojekt på 70 mkr ryms samtliga kommunens byggherrekostnader, inklusive

avrop av tekniska konsulter och en entreprenadkostnad på motsvarande 60 mkr.

Vinnande anbudsgivares anbud uppfyller kraven

De utvärderade anbuden uppfyller kraven. Kommunen har under utvärderingen begärt in kompletteringar avseende samtliga anbudsgivares under anbudstiden inlämnade cv:n. De kompletteringar som inkommit avser projekt som varit slutförda innan sista datum för anbudsinslämnande. Kommunen har bedömt att detta varit möjligt utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Kommunen har inte funnit skäl att i detalj kontrollera att lämnade referensuppdrag uppfyller ställda krav enligt entreprenadsumman. Anbudsgivarna har också med sanningsförsäkran intygat att lämnade uppgifter är sanningsenliga. I utvärderingsprotokollet har några referenstagningar lämnats utan värde på grund av att referenterna inte har svarat vid referenstagning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

Av 16 kap. 6 § första stycket samma lag framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I 12 kap. 1 § LOU anges bland annat följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges in 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet agerat i strid med LOU (RÅ 2009 ref. 69).

Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav i förfrågningsunderlaget ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om vissa brister och oklarheter får godtas. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade i RÅ 2002 ref. 50 att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan om sammanblandning av kriterier

Bolaget har gjort gällande att kommunen sammanblandat kvalificerings- och utvärderingskriterier ifråga om referenstagningen i upphandlingen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det står den upphandlande myndigheten fritt att välja vilka utvärderingskriterier den vill tillämpa vid tilldelning av

kontrakt, så länge som kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga kontraktet och inte är hänförliga till kvalificeringsfasen (se bland annat EU-domstolens dom i mål C-532/06 Lianakis). En sammanblandning av kriterierna får således inte ske. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga och kapacitet att utföra projektet ifråga kan inte utgöra kriterier för tilldelning. Tilldelningskriterierna ska således vara kopplade till föremålet för upphandlingen. I EU-domstolens mål C-601/13, Ambisig, fann dock domstolen att det vid upphandling av intellektuella tjänster – utbildning och rådgivning – inte fanns något hinder för den upphandlande myndigheten att införa ett kriterium som gör det möjligt att bedöma kvaliteten hos de arbetslag som anbudsgivarna konkret har föreslagit för kontraktets fullgörande och som tar hänsyn till arbetslagets sammansättning samt erfarenhet och meriter hos dem som ingår i det. Domstolen anförde bland annat att kvaliteten på fullgörandet av ett offentligt kontrakt på ett avgörande sätt kan vara beroende av vilka yrkesmässiga förtjänster de personer som ska fullgöra kontraktet har, vilka utgörs av deras yrkeserfarenhet och utbildning. Denna kvalitet kan vara en oskiljaktig del av anbudet och kopplad till kontraktets föremål.

Avgörande för hur ett kriterium ska klassificeras är således om kriteriet är kopplat till anbudsgivarens förmåga som sådan att utföra tjänsten – det vill säga om det utgör en bedömning av resurser och/eller kompetens – eller om det avser att bedöma själva tjänstens utförande, det vill säga hur tjänsten utförs. I enlighet med ovan angivna får det förstnämnda anses utgöra ett kvalificeringskriterium och det sistnämnda ett tilldelningskriterium.

I de administrativa föreskrifterna till förfrågningsunderlaget AUB.522 anges att för att bedöma leverantörens förmåga att genomföra projekten kommer en referenstagnation ske samt att kommunen kommer att utvärdera anbudsgivarens tidigare projekt genom att ställa frågor om projekten. Enligt samma

administrativa föreskrifter är bakgrunden och syftet med denna del av utvärderingen att tillvarata utomstående beställares erfarenheter av leverantörernas tidigare uppdrag. Av bilagor till föreskrifterna framgår att nedanstående punkter skulle poängsättas ifråga om referensuppdragen.

- Tid: förmåga att hålla tidsramar, effektivitet, tillgänglighet
- Ekonomi: förmåga att hålla budget, uppföljning av kostnader, förmåga att hantera tillägg
- Organisation: förmåga att leda och organisera projekteringsarbetet, samordning av olika discipliner
- Tekniskt kunnande: problemlösningsförmåga, innovationsförmåga
- Kvalitet: kvalitet på underlag, ordning och reda, noggrannhet/följa specifikationer
- Samarbetsförmåga: samarbetsförmåga, lyhördhet/förståelse av uppdraget, förmåga till anpassning vid ändringar.

Förvaltningsrätten konstaterar att de frågor som referenspersonerna haft att besvara har avsett hur väl anbudsgivaren tidigare utfört sina tjänster i olika avseenden. Enligt förvaltningsrättens mening får det anses att frågorna inte avser anbudsgivarens allmänna förmåga att klara tjänsten som sådan utan att de syftar till att bedöma hur väl tjänsten kan komma att utföras. Frågorna hänför sig därmed inte till anbudsgivarens allmänna resurser eller kapacitet att utföra tjänsten. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten inte att någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen i strid mot LOU har skett. Skäl för ingripande föreligger därmed inte i denna del.

Frågan om ändringar av förfrågningsunderlaget gjorts i strid med LOU
Bolaget har vidare gjort gällande att kommunen genomfört väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget efter det att underlaget annonserats.

Den upphandlande myndigheten får inte ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppenhet. Genom publika frågor och svar får den upphandlande myndigheten innan anbuderna inges göra kompletteringar och förtydliganden, men inte väsentliga förändringar. Den upphandlande myndigheten

får inte tillföra andra krav än dem som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras, vilket skulle strida mot likabehandlingsprincipen (jfr Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 437 – 466-12). En ändring av ett skall-krav bör normalt ses som en väsentlig förändring (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 1132-10).

Av de administrativa föreskrifterna AUB.519 – Personalens kompetens – framgår att projektledare, projekteringsledare och kontrollansvarig som anbudsgivaren ska tillhandahålla ska ha slutfört två för rollen relevanta referensuppdrag för olika externa uppdragsgivare som inte är äldre än 3 (tre) år. Vidare framgår att BAS-P ska ha slutfört två referensuppdrag för olika externa uppdragsgivare som inte är äldre än 3 (tre) år.

Efter att upphandlingen annonserats har kommunen i publikt informationsmeddelande i Frågor och svar den 1 mars 2016 angett att krav i AUB.519 beträffande samtliga roller ändras till att ha slutfört två för rollen relevanta referensuppdrag för olika externa uppdragsgivare som inte är äldre än 5 (fem) år.

Av de administrativa föreskrifterna AUB.522 - Referenstagning – framgår bland annat att anbudsgivaren ska ha varit Bas-P för referensuppdragen 1-5 och att samtliga fem referensuppdrag ska uppfylla kriteriet att ha biträtt byggherrens projektledare med projekteringsledning av projekt.

Kommunen har i Frågor och svar den 23 februari 2016 gjort en justering av AUB.522 och därvid framgår att kravet om att anbudsgivaren ska ha varit Bas-P för referensuppdragen 1-5 har utgått. Vidare har kommunen i publikt informationsmeddelande i Frågor och svar den 1 mars 2016 ändrat kraven i AUB.522 på så sätt att kravet på att samtliga fem referensuppdrag ska uppfylla kriteriet att ha biträtt byggherrens projektledare med projekteringsled-

ning av projekt har utgått och ersatts av att konsulten i två uppdrag ska ha varit projektledare och i tre av uppdragen ska ha biträtt byggherrens projektledare med projekteringsledning av projektet.

Förvaltningsrätten konstaterar att kommunen genom vad som angivits i publika informationsmeddelanden i Frågor och svar har gjort ändringar av obligatoriska krav i det annonserade förfrågningsunderlaget. Ändringarna är enligt förvaltningsrättens mening sådana att de måste anses väsentliga. Genom att på detta sätt ha gjort väsentliga ändringar i förfrågningsunderlagets krav efter det att underlaget annonserats har kommunen brutit mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. Till följd av detta får bolaget, som inte lämnat anbud i upphandlingen, anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed på denna grund.

Frågan om krav i förfrågningsunderlaget varit oproportionerliga

Bolaget har även gjort gällande att uppställda krav i förfrågningsunderlaget avseende leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet ifråga om antalet konsulter strider mot proportionalitetsprincipen. Bolaget har också anfört att förfrågningsunderlagets krav avseende minsta entreprenadsummor för referensuppdragen 1 och 2 varit oproportionerliga.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som har att identifiera sitt behov. Utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen. En av dessa är proportionalitetsprincipen, som innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns.

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter punkt AUB.518 - Teknisk och yrkesmässig kapacitet – anges bland annat att anbudsgivare under ramavtalsperioden ska säkerställa att de har personalkapacitet som uppfyller kraven på personalens kompetens punkt AUB.19 och där samtliga följande roller ska kunna tillhandahållas;

- a. 3 st. Projektledare Nivå 1
- b. 4 st. Projektledare Nivå 2
- c. 4 st. Projektledare Nivå 3
- d. 3 st. Projekteringsledare Nivå 1
- e. 3 st. Projekteringsledare Nivå 2
- f. 1 st. Kontrollansvarig KA enligt pbl Nivå K
- g. 1 st. Bas-P

Av de administrativa föreskrifterna AUB.522 framgår att referensuppdrag 1 och 2 ska avse förskolor med entreprenadsummor om minst 40 respektive 60 miljoner kr.

Kommunen har angett att kravet på visst antal konsulter är proportionerligt för att möta kommunens behov och att det är baserat på behoven för de uppdrag som kommer att genomföras under kontraktstiden samt att kommunen utöver planerade uppdrag behöver använda konsulttjänster för att stärka upp organisationen under den tiden då rekrytering av projekteringsledare pågår. Vidare har kommunen angett att dess erfarenhet av produktion av förskolor har legat till grund för den kravställda nivån om entreprenadsummor för referensuppdragen samt att kommunens behov under avtalsperioden visar på ett stort antal förskoleprojekt som kan nå dessa kostnadsnivåer. Kommunen har också angett att det av inlämnade bilagor framgår att kommande projekt kommer att kräva avrop från ramavtalet för genomförande av projektledning och projekteringsledare för att hantera en entreprenadkostnad om 60 mkr.

Förvaltningsrätten finner utifrån vad kommunen har anfört samt vad som framgår av utredningen att det får anses visat att de aktuella kraven har varit nödvändiga och ändamålsenliga för upphandlingen. Vidare får de anses ha ett naturligt samband med och stå i proportion till de behov som ska täckas. Det kan med hänsyn härtill inte anses visat i målet att grund för ingripande med anledning av vad bolaget anfört i denna del föreligger.

Sammanfattning, val av åtgärd m.m.

Förvaltningsrätten finner i enlighet med ovan angivna att kommunen har brutit mot LOU och de grundläggande principerna genom att efter annonsering ha gjort väsentliga ändringar av de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Vidare gör förvaltningsrätten bedömningen att bolaget till följd av överträdelsena kan anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada. Domstolen har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas. En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökandeskede (se RÅ 2005 ref. 47). Då de brister som föreligger i förevarande fall utgörs av förändringar av förfrågningsunderlagets krav har felet påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, varför det ska beslutas att upphandlingen ska göras om.

Med hänsyn till att det ska beslutas att upphandlingen ska göras om har de invändningar som hänför sig till brister i vinnande anbudsgivares anbud eller eventuella otillåtna kompletteringar av anbud inte någon betydelse för utgången i målet. Förvaltningsrätten finner därför inte skäl att pröva bolagets invändningar härom.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Charlotte Hedberg
Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

