



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-06-22
Meddelad i Stockholm

Mål nr
8560-11
Enhet 12

KONKURRENSVERKET	
2011-06-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

YIT Sverige AB, 556052-8753
Box 1810
171 22 Solna

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock och jur.kand. Lina Schött
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Statens fastighetsverk
Box 2263
103 16 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 135674

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Statens fastighetsverk (SFV) genomför en upphandling av driftsentreprenad 2011 för SFV Göteborg: Marstrand, Göteborg, Varberg, Halmstad, Lysekil och Vänersborg. Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling. Enligt tilldelningsbeslut den 1 april 2011 har SFV beslutat att anta annan leverantör än YIT Sverige AB (YIT). YIT:s anbud har inte kvalificerats för utvärdering.

YIT ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske på sådant sätt att anbudet från YIT ska utvärderas och att YIT ska tilldelas kontrakt. I andra hand yrkar YIT att upphandlingen ska göras om.

YIT anför bl.a. följande. Eftersom YIT:s anbud uppfyller de obligatoriska krav som ställts i upphandlingen har SFV inte haft rätt att förkasta anbudet från YIT. Genom att SFV ändå har förkastat anbudet har SFV brutit mot LOU och principerna om objektivitet och likabehandling. SFV skulle rätteligen ha låtit YIT:s anbud vara med i utvärderingen. Vid en korrekt behandling av YIT:s anbud skulle YIT ha lämnat det anbud som vid utvärderingen haft högst utvärderingspoäng och därmed skulle YIT ha vunnit anbudsutvärderingen för entreprenaderna. YIT kommer därför att lida skada om upphandlingen avslutas genom att avtal ingås med en annan leverantör.

Av upphandlingsföreskrifterna framgår att SFV ställer upp som krav att anbudsgivaren ska ange två referensuppdrag som liknar entreprenaderna i upphandlingen. Syftet med referenserna är att anbudsgivaren ska visa att den har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att genomföra entreprenaden. Det angivna referensuppdraget från Trafikverket motsvarar de krav som SFV ställer upp i förfrågningsunderlaget. Av YIT:s uppgifter i anbudet samt i efterfrågad komplettering framgår med all önskvärd tydlighet att YIT har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra SFV:s entreprenad. Detta framgår särskilt tydligt efter-

som de angivna referensuppdragen väl kompletterar varandra såtillvida att uppdraget för den andra referensen, Addici, visar på gedigen erfarenhet av el-service, markentreprenad, klimatservice och underhåll, energioptimering och utredningar för förbättringsåtgärder samt snö- och halkbekämpning vid ett flertal fastigheter som utgör byggminnen. Referensuppdraget avseende Trafikverket visar på god kunskap av drift och underhåll av tunnlar, broar och pumpgröpar vilket innefattar reservkraft (UPS), el-service, renovering av pumpar, rörinstallationer, felavhjälpning av klimatanläggningar och ventilation, data och telekommunikation m.m. Sammantaget innehåller referensuppdragen alla moment som driften av den nu aktuella entreprenaden innebär. Referensuppdraget för Trafikverket är inte ett exakt likadant uppdrag som det som nu upphandlas, men absolut ett liknande, dvs. ett motsvarande.

Hade SFV velat att referensuppdragen skulle avse endast likadana uppdrag som nu aktuell entreprenad hade SFV behövt formulera kravet på ett anorlunda sätt. Ordet ”motsvarande” kan inte innebära att anbudsgivaren måste ange ett identiskt referensuppdrag för att uppfylla ställt krav. Det aktuella kravet är välformulerat och synes väl genomtänkt med hänsyn till att upphandlingen är en funktionsentreprenad. Av Särskilda föreskrifter under SFO.34 Funktionsupphandling, framgår att detta innebär att anbudsgivaren ska initiera erforderliga åtgärder, välja arbetsmetod och frekvens för att uppfylla de acceptanskriterier som är kopplade till funktionskraven. Det är motsägelsefullt av SFV att hävda att det är krav för anbudsgivare att ange referensuppdrag som i detalj motsvarar nu aktuell entreprenad eftersom SFV accepterar att den vinnande anbudsgivaren använder sin erfarenhet gällande liknande arbeten för att uppnå eftersträvat resultat. YIT har accepterat de krav som SFV ställer upp gällande Särskilda föreskrifter om beställarens kvalitetskrav, under SF2.12. Det är möjligt att SFV efter sista anbudsdag kommit till den uppfattningen att den aktuella entreprenaden kräver erfarenhet av arbete av exakt det slag som nu upphandlas. Trots detta får SFV inte avvika från, eller ändra, det uppställda kravet. Förbudet

är absolut och gäller således även om SFV:s subjektiva syfte med skrivningen varit att formulera ett krav på likadana referenser som den aktuella entreprenaden. Inte heller vinnande anbudsgivarna (Primär och Coore) förefaller ha uppfattat att referenserna måste avse just kulturhistoriska objekt eftersom de angivit referensuppdrag avseende olika kommersiella fastigheter.

För det fall att rätten anser att SFV:s krav ska tolkas på annat sätt än YIT gjort gällande kan förfrågningsunderlaget inte anses vara så klart och tydligt som förutsätts enligt LOU. Kravet är i så fall under alla omständigheter inte tillräckligt entydigt formulerat för att en rimligt informerad anbudsgivare endast ska kunna tolka det på det vis SFV gör gällande. YIT:s tolkning är därför inte bara möjlig, utan även ytterst rimlig, utifrån de förutsättningar som kommunicerats till anbudsgivarna. SFV:s icke transparenta underlag strider således mot både likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Av likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering följer att alla leverantörer ska behandlas lika, d.v.s. ges lika förutsättningar. Därav följer att den upphandlande myndigheten eller enheten måste se till att samma information lämnas till alla leverantörer och att informationen finns tillgänglig för alla leverantörer samtidigt. YIT har ställt ett antal frågor gällande den aktuella upphandlingen till SFV, som har svarat i ett vändande e-postmeddelande. Frågorna och svaren har inte kommunicerats till samtliga potentiella anbudsgivare. Även på denna grund har SFV brutit mot likabehandlingsprincipen och principen om icke-diskriminering.

SFV bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. YIT har inte uppfyllt ett av de uppställda skall-kraven vilket innebär att anbudet inte kan utvärderas. SFV har rätt att förkasta ett anbud som inte kommer in med efterfrågade bevis rörande leverantörens lämplighet, yrkeskunnande med mera som ska bilda underlag för kvalificering enligt 11 kap. LOU och se-

nare tilldelning av kontrakt enligt 12 kap. LOU. YIT har lämnat Trafikverket som referens, med följande referensbeskrivning ”Drift och underhåll av Trafikverkets tunnlar, broar och pumpgröpar i Göteborg, vilket innefattar reservkraft (UPS), elservice, renovering pumpar, rörinstallationer, sederingsanläggningar, felavhjälpling av klimatanläggningar och ventilation, data och telekommunikation, termografering, åtgärder på anläggningar där vägutbyggnad- och förbättringsarbeten pågår samt jourtjänst dygnet runt”. Vid en jämförelse mellan entreprenaderna i förfrågan och den referens som YIT har lämnat bör särskilt noteras att det av förfrågningsunderlaget framgår att SFV:s fastighetsbestånd till övervägande del består av kulturhistoriskt värdefulla byggnader och statliga byggnadsminnen såsom slott, residens och gamla försvarsanläggningar. Dessa enheter representerar en stor del av Sveriges kulturhistoriska arv. SFV anser att YIT:s referensbeskrivning inte motsvarar ställda krav i förfrågningsunderlaget på ”motsvarande entreprenader”. Tunnlar, broar och pumpgröpar kan inte anses vara likvärdigt med markskötsel/trädgårdsarbete samt inre och yttre underhåll av byggnader och tekniska installationer, framförallt inte vid en jämförelse med den typ av kulturhistoriskt värdefulla objekt det här är fråga om. Det enda som redovisas i YIT:s beskrivning är tekniska installationer samt jourtjänst för andra typobjekt än de som efterfrågats. Det ska förtydligas att det aktuella referenskravet inte ska uppfattas på så sätt att det måste vara fråga om kulturhistoriska objekt. Primär och Coor har lämnat referenser som avsevärt skiljer sig från YIT referens på tullar och broar då dessa anbudsgivares referenser avser objekt som motsvarar upphandlingens förvaltningsobjekt.

Av ordalydelsen i det aktuella referenskravet framgår tydligt att de ska vara fråga om två referensuppdrag och att envar av dessa referensuppdrag självständigt ska uppfylla kravet på att motsvara entreprenaderna i förfrågningsunderlaget. YIT för ett resonemang som bygger på att de två angivna referensuppdragen väl kompletterar varandra och att dessa två referensuppdrag sammantaget innehåller alla moment. Referenskravet kan inte

tolkas på det sätt som YIT anför. Syftet med att kräva två självständiga referensuppdrag skulle förfelas om det tilläts att dessa kompletterade varandra för att uppfylla ställda krav. Därmed skulle egentligen endast ett komplett referensuppdrag ha lämnats. Enligt SFV ska förfrågningsunderlaget förstås så att vart och ett av lämnade referensuppdrag självständigt ska prövas mot kravet på att dessa ska motsvara entreprenaderna i förfrågan.

De frågor som ställdes av YIT var av sådant slag att det enligt SFV var uppenbart att svaren enkelt gick att finna i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår att allmänna bestämmelser för fastighetsförvaltning (ABFF04) ska tillämpas på uppdraget. Svaret på ett flertal av de frågor som YIT ställde följer uttryckligen av ABFF04. Frågorna var också av ringa betydelse. Det förhållandet att SFV inte kommunicerat dessa utgör inte en omständighet av sådan art eller omfattning att upphandlingen ska göras om av detta skäl och medför inte att YIT eller potentiella anbudsgivare drabbats av skada.

YIT hävdar vidare i sin ansökan att bolaget vid "korrekt behandling" skulle haft högst utvärderingspoäng och därmed skulle ha vunnit anbudsutvärderingen för entreprenad 1-8. Man anser sig därför ha lidit skada av utvärderingen. Det ifrågasätts hur YIT utifrån utvärderingskriterierna kan uttala sig om att man skulle haft högsta utvärderingspoängen och vunnit utvärderingen om de inte blivit förkastade. Vid en fiktiv utvärdering om YIT:s anbud kommit att utvärderas, framgår tydligt att YIT inte hade erhållit högst utvärderingspoäng i någon av entreprenaderna, förutom E3 (Varberg) och E4 (Halmstad), och därmed inte erhållit upphandlingskontrakt avseende dessa entreprenader. Såsom framgår av förfrågningsunderlaget är det fråga om att SFV ska teckna åtta stycken upphandlingskontrakt, ett för varje entreprenad. I upphandlingen inkom tre anbud. Vad avser entreprenaderna 3 och 4 inkom endast anbud från YIT. Med tillämpning av den fiktiva utvärderingen hade YIT endast erhållit upphandlingskontrakt avseende Varberg och Halmstad. Notera dock att avseende dessa två entrepre-

nader har tilldelningsbeslut inte meddelats. YIT hade inte erhållit upphandlingskontrakt även om YIT kvalificerats.

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 skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § LOU anges 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.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget vid rubriken Prövning av andra uppgifter om anbudsgivare (skall-krav) – UF3.512 c), anges bl.a. följande.

Anbudsgivare ska nedan förteckna och beskriva två slutförda eller pågående referensentreprenader motsvarande entreprenaderna i förfrågan. -- Beskrivningen ska innehålla de uppgifter om uppdraget som anbudsgivaren vill styrka som bevis på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

I YIT:s anbudssvar för kravet specificerat i UF3.512 c) anges följande under

Referensföretag 2: Trafikverket – Beskrivning av referensentreprenaden.

Drift och underhåll av Trafikverkets tunnlar, broar och pumpgröpar i Göteborg.

I e-postmeddelande skickat den 23 mars 2011 har YIT förtydligat bl.a. beskrivningen av referensen Trafikverket på följande sätt .

Drift och underhåll av Trafikverkets tunnlar, broar och pumpgröpar i Göteborg, vilket innefattar reservkraft (UPS), elservice, renovering pumpar, rörinstallationer, sedimenteringsanläggningar, felavhjälpning av klimatanläggningar och ventilation, data och telekommunikation, termografering, åtgärder på anläggningar där vägutbyggnad- och förbättringsarbeten pågår samt jourtjänst dygnet runt.

I förfrågningsunderlaget, Särskilda Föreskrifter, SF1, under rubriken Omfattning, finns bl.a. uppgifter om vilka objekt som omfattas av upphandlingen samt vad som ska omfattas av aktuell driftsentreprenad. Entreprenaderna omfattar i huvudsak olika fastigheter av följande slag. Fästningar, kyrkogård, restaurang, residens, kontor, aula, lägenhet, museum, stallbyggnad och garage. Vidare anges att med fastighetsteknisk drift och yttre skötsel avses:

- Ansvara för mediaförsörjning till fastighetsbeståndet
- Tillsyn av mark, byggnader och fastighetstekniska installationer
- Skötsel av mark, byggnader och fastighetstekniska installationer
- Felavhjälpande underhåll på mark, byggnader och fastighetstekniska installationer. Teknisk livslängd utgör ej (övre)gräns för DE:s åtagande enligt detta kontrakt.
- Energioptimering av byggnader och fastighetstekniska installationer (värme-, ventilation-, kyla- och elförbrukning) i samarbete med EO (DE har funktionsansvaret).
- Snöröjning och halkbekämpning
- Administrativa arbetsuppgifter i direkt anslutning till ovanstående arbeten t ex T, S, FU i system DeDu.
- Vara resurs för EO enligt nedan.
- Jour och beredskap avseende felavhjälpande akut underhåll och vinterväghållning.

I byggnaderna avses såväl enskilda-, tekniska- samt gemensamma utrymmen. För entreprenad 8 gäller att tillgång till båt är nödvändig för att uppfylla de krav som ställs i förfrågningsunderlaget.

I samma föreskrifter, SF2.12, Beställarens kvalitetskrav, framgår bl.a. att i entreprenaden ingår objekt som är statliga byggnadsminnen och att för dessa gäller särskilda regler.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning i mål om överprövning av offentliga upphandlingar utgör en kontroll av om det på grundval av vad som framförts av sökanden i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs även att sökanden kan visa att han eller hon har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Enligt YIT har SFV felaktigt underkänt bolagets anbud eftersom det uppfyller skall-kravet i förfrågningsunderlaget avseende referenser. SFV har som skäl för att förkasta YIT:s anbud angett att YIT:s lämnade referens Trafikverket, inte är en sådan motsvarande entreprenad som avses i förfrågan.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har en långtgående frihet att utforma förfrågningsunderlaget på ett ändamålsenligt sätt i förhållande till upphandlingsobjektet. SFV:s förfrågningsunderlag innehåller kravet att anbudsgivarna ska förteckna och beskriva två slutförda eller pågående referensentreprenader motsvarande entreprenaderna i förfrågan. I förfrågningsunderlaget framgår att de i upphandlingen aktuella entreprenaderna omfattar drift och underhåll, inbegripet bl.a. att ansvara för mediaförsörjning samt tillsyn, skötsel och felavhjälpande av mark, byggnader och fastighetstekniska installationer. Fastighetsobjekten i upphandlingen utgörs av bl.a. fästningar, lägenheter, kontor och museum.

YIT har i sitt anbudssvar angivit referensen Trafikverket och där beskrivit denna referensentreprenad som ”drift och underhåll av Trafikverkets tunnlar, broar och pumpgröpar i Göteborg”. Referensentreprenaden beskrivs närmare i e-postmeddelandet av den 23 mars 2011.

Av förfrågningsunderlaget framgår klart och tydligt vad efterfrågade entreprenader ska omfatta och vilka objekt som omfattas. SFV har ansett referensen Trafikverket inte motsvarar ställda krav i förfrågningsunderlaget på ”motsvarande entreprenader”. Förvaltningsrätten finner att det inte har framkommit anledning att göra någon annan bedömning av den lämnade referensen än den bedömning som SFV har gjort.

I förfrågningsunderlaget anges att två referensentreprenader motsvarande entreprenaderna i förfrågan ska anges. Detta krav kan enligt förvaltningsrättens mening inte tolkas på annat sätt än att referenserna *var för sig* ska svara entreprenaderna i förfrågan. Referensen Trafikverket utgör inte en

självständig referens motsvarande de i förfrågningsunderlaget efterfrågade varför YIT inte har uppfyllt det aktuella skall-kravet.

Det som YIT har anfört angående bristfällig kommunikering av frågor och svar är inte skäl för ingripande enligt LOU redan av det skälet att det inte framgår att YIT har lidit eller har riskerat att lida skada till följd av den påstådda bristen.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att bolagets ansökan om ingripande enligt LOU ska avslås.

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

Jonatan Wahlberg
Rådman

Föredragande har varit Elisabeth Larsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 uppgive 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 3109/1A LOU