



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen  
Enhet 17

**DOM**  
2013-10-02  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
1635-13

**SÖKANDE**

Norconsult AB, 556405-3964  
Box 8774  
402 76 Göteborg

Ombud: Advokat Jimmy Carnelind  
MAQS Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Täby kommun  
183 80 Täby

Ombud: Advokat Maria Pedersen och Jur.kand. Lisa Willman  
Advokatfirman Pedersen AB  
Box 3462  
103 69 Stockholm

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013 -10- 0 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Norconsults ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

Dok.Id 362721

**Postadress**  
115 76 Stockholm

**Besöksadress**  
Tegeluddsvägen 1

**Telefon**  
08-561 680 00

**E-post:**  
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

**Telefax**  
08-561 680 01

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
09:00-15:00

### BAKGRUND

Täby kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende konsultgrupp för framtagande av program och förfrågningsunderlag för skola för 450 elever år F-6 med integrerad förskola för 100 barn – och med flexibilitet för år 7-9 – samt en idrottshall och skolgård med skolidrottsplats i området Arninge-Ullna i Täby, dnr 4/2012-27. Upphandlingen genomförs enligt ett öppet förfarande. Kommunen har initialt meddelat tilldelningsbeslut den 10 september 2012. Efter att Norconsult AB (Norconsult) har ansökt om överprövning av upphandlingen på grund av att bolagets anbud har uteslutits från utvärdering har förvaltningsrätten i dom den 4 december 2012 i mål 19128-12 förordnat att upphandlingen ska rättas genom att en ny utvärdering görs där även Norconsults anbud ska beaktas. Kommunen har i tilldelningsbeslut av den 11 januari 2013 antagit en annan anbudsgivare än Norconsult.

### YRKANDEN M.M.

Norconsult ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin ansökan anför Norconsult bl.a. följande. Den utvärderingsmodell som används i upphandlingen ger kommunen en obegränsad valfrihet att välja leverantör. I förfrågningsunderlaget har en sammanblandning av urvals- och tilldelningskriterier ägt rum, vilket innebär att utvärderingen strider mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Norconsult har lämnat det lägsta priset i upphandlingen och riskerar därmed att lida skada.

#### *Poängsättning av utvärderingskriteriet utbildning och erfarenhet*

Av EU-domstolens praxis följer att utvärderingskriterier inte får ge upphandlande myndigheter obegränsad valfrihet, att de uttryckligen ska anges

i förfrågningsunderlaget samt att de ska vara mätbara. Kommunen har i punkt AUB.52 i förfrågningsunderlaget angett att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas efter bedömning av kompetens och skicklighet, utbildning och erfarenhet samt timpris. Vad gäller utvärderingskriteriet utbildning och erfarenhet utvärderas det på grundval av ingivna CV. Kommunen har härvid, vad gäller erfarenhet, uppgett vilka typer av projekt som kommer att tilldelas högre poäng än andra projekt, men har inte redogjort för vilka faktorer i projekten som kommunen tillmäter betydelse, t.ex. hur projekt i antal, storlek och komplexitet poängsätts. Frånvaron av ytterligare anvisningar har gett kommunen en obegränsad valfrihet att efter skön poängmässigt särskilja anbuderna åt. Vidare har kommunen utan insyn kunnat bedöma vilka projekt som ska anses vara likartade. Även genom poängskalans spridning från 1 – 80 har kommunen förbehållit sig en obegränsad valfrihet att poängsätta anbudsgivarnas CV. En poängskala som sträcker sig mellan 1 – 3 eller 1 – 5 begränsar en upphandlande myndighets bedömningsutrymme samtidigt som skalorna ger anbudsgivarna viss vägledning om vilka poäng som en anbudsgivares kompetens kan medföra. En poängskala om 1 – 80 poäng utan angivande av vad som krävs för att nå vissa nivåer ger i sig en upphandlande myndighet en fri valmöjlighet.

Kommunen har uppgett att den har delat upp poängen mellan projekt inom kategorierna generellt, skola, förskola och idrott. Denna uppdelning har inte framgått av förfrågningsunderlaget och väcker frågor om vad kommunen har beaktat beträffande kategorin generellt och om uppdelningen innebär att lika vikt har lagts på varje kategori. Frånvaron av information som säkerställer kontroll över utvärderingen medför en överträdelse av transparensprincipen. I RÅ 2002 ref 50 ansåg tidigare Regeringsrätten att det under vissa omständigheter var möjligt att använda sig av mätverktyg i en utvärdering trots att verktygen inte hade offentliggjorts i annonsen eller i

förfrågningsunderlaget. Senare praxis från EU-domstolen eliminerar denna möjlighet om den påverkar hur anbudsgivarna utformar sina anbud.

Vad gäller kriteriet utbildning har kommunen angett att viss typ av utbildning renderar högre poäng än annan typ av utbildning. Det finns dock ingen vägledning om vilken poäng som viss genomförd utbildning motsvarar eller vilken differens som antal högskolepoäng medför poängmässigt. Genom att kommunen skönsmässigt kan välja vilken poäng som anbudsgivare med flest högskolepoäng ska tilldelas och hur många färre poäng som den näst bästa anbudsgivaren ska tilldelas o.s.v. har kommunen förbehållit sig en obegränsad valfrihet vad gäller poängsättningen av anbudsgivarnas utbildningar.

Av en jämförelse mellan poängtilldelningen i den aktuella upphandlingen och poängtilldelningen i en tidigare upphandling med en identisk utvärderingsmodell följer att kommunen har brukat denna valfrihet. Norconsult har i de båda upphandlingarna ingivit i stort sett identiska CV:n, men kommunen har tilldelat Norconsult procentuellt sett väsentligt färre poäng i den aktuella upphandlingen än i den tidigare upphandlingen. Detta visar att godtycke har styrt poängtilldelningen och att utvärderingen således strider mot LOU.

Påståendet att samtliga Norconsults offererade konsulter inte skulle ha tillräckligt hög erfarenhet för att utgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bestrids. En jämförelse mellan Norconsults anbud och det vinnande anbudet visar också ett annat resultat än vad som påstås av kommunen. Redan beträffande projekt räknat i antal skolor har Norconsult i tre av tio konsultgrupper en större erfarenhet och beträffande utbildningsnivå synes Norconsults konsulter vara likvärdiga med det vinnande anbudet. Mot denna bakgrund kan Norconsult inte dra någon annan slutsats än att utvärderingen har präglats av ovidkommande hänsyn.

*Relevanta krav beträffande fastställande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*

Upphandlande myndigheter har rätt att bestämma vad som ska tillmätas betydelse i tilldelningsfasen. Valda kriterier måste dock vara både ändamålsenliga och konkurrensfrämjande. I upphandlingen är likartade projekt begränsade till andra projekt avseende skola/förskola, vilket riskerar medföra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte antas. Avseende huvudkonsulten, arkitekt, anser Norconsult att erfarenhet av projekt för skola/förskola är relevant, förutsatt att det framgår vilken särskild kompetens som medför ett mervärde för kommunen i upphandlingen. För huvuddelen av övriga konsultkategorier är erfarenhet av arbete på skola/förskola irrelevant. Den knapphändiga information som har lämnats i tilldelningsbeslutet utesluter kontrollmöjligheter av hur utvärderingen har gått till. Det finns risk för att andra projekt än skola/förskola som är likartade eller av större omfattning och komplexitet inte har tilldelats ett korrekt antal poäng. Förfrågningsunderlaget säkerställer således inte att den anbudsgivare som kan offerera de skickligaste konsulterna tilldelas uppdraget.

*Kvalificerings- och utvärderingskriterier*

Prövning av anbud sker i två olika faser; kvalificeringsfasen och tilldelningsfasen. I kvalificeringsfasen kontrolleras leverantörernas lämplighet för att säkerställa att anbudsgivarna har tillräckliga kunskaper och resurser för att kunna genomföra det upphandlade föremålet. I tilldelningsfasen ska det anbud som på bäst sätt bedöms kunna utföra upphandlingsföremålet tilldelas upphandlingskontraktet. EU-domstolen har i mål C-532/06 (Lianakis) uttalat att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömning av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. Det får således inte ske någon sammanblandning

av kvalifikations- och tilldelningskriterier, utan de senare ska för att kunna utvärderas i tilldelningsfasen utgöra självständiga kriterier.

I rättsfallet C-199/07 (ERGA) hade EU-domstolen att bedöma om följande kriterier utgjorde urvals- eller tilldelningskriterier:

1. Den specifika erfarenhet och den erfarenhet i allmänhet, särskilt vad gäller liknande projekt, som konsulterna eller konsultfirmorna och deras vetenskapliga personal har.
2. Faktisk kapacitet att genomföra projekteringsuppdraget inom den utsatta tidsramen i kombination med åtagna förpliktelser beträffande genomförandet av andra projekteringsuppdrag, den särskilda vetenskapliga personalen och den personal som föreslås för att genomföra det aktuella projekteringsuppdraget liksom utrustning med avseende på ändamålet för projekteringsuppdraget.

EU-domstolen fastslog att kriterierna huvudsakligen avsåg anbudsgivarnas förmåga att fullgöra kontraktet och att de därför inte kunde utgöra tilldelningskriterier. ERGA-domen innebär att den aktuella upphandlingens utvärderingskriterier ska underkännas. Detta är särskilt tydligt beträffande kriteriet utbildning och erfarenhet, vilket bl.a. anger att förekomsten av liknande projekt poängsätts. Av ERGA-domen följer vidare att en anbudsgivares förmåga att fullgöra ett kontrakt är det samma som förmågan att säkerställa ett gott fullgörande av det aktuella kontraktet.

EU-domstolen har i mål C-315/01 (GAT) fastslagit att listor med referensprojekt, vilka saknar information om beställarens erfarenhet av utförda projekt, inte får utvärderas i tilldelningsfasen. I den aktuella upphandlingen utvärderas CV över anbudsgivarnas offererade konsulter. Dessa CV innehåller redogörelser över tidigare utförda projekt men saknar den kritiska information som fordras enligt GAT-domen för att angivna projekt ska få utvärderas i tilldelningsfasen. Ingivna CV ger ingen information om hur väl projekten har utförts. Vid en jämförelse mellan Norconsults anbud och det anbud som har antagits av kommunen framkommer att det är antalet angivna projekt inom skola/förskola som har spelat en avgörande roll vid utvärderingen, vilket strider mot EU-rättslig praxis.

Även beträffande konsulternas utbildning görs en utvärdering utifrån ingivna CV. Av praxis (Kammarrätten i Göteborg mål 6420-09) framgår att bedömning som endast görs utifrån dokumenterad utbildning huvudsakligen är att hänföra till en anbudsgivares kvalifikationer. Eftersom förfrågningsunderlaget inte innehåller någon information om hur dokumenterad utbildning påverkar tjänstens kvalitet är utvärderingen inte förenlig med LOU.

Kommunen har inte efterfrågat någon särskild spetskompetens vad gäller erfarenhet eller utbildning. Ingivna CV visar endast en lista över utförda liknande projekt samt utbildning och ger ingen som helst information kopplat till hur väl konsulten kan komma att utföra upphandlingsföremålet.

Huvudsaklighetsprincipen innebär en bedömning av ett kriterium som kan utgöra såväl ett urvals- som ett tilldelningskriterium. Kompetens uttryckt i allmänna termer utgör huvudsakligen ett kvalificeringskriterium medan särskild kompetens med koppling till upphandlingsföremålet kan utgöra ett tilldelningskriterium. Utvärderingen av utvärderingskriteriet kompetens och skicklighet utgår från frågor ställda till referenspersoner som har ombetts att ange en siffra mellan ett och tio för varje fråga. Det framgår av frågeformulärets ordalydelse att frågorna 6 – 9 huvudsakligen syftar till att bedöma anbudsgivarnas generella kapacitet och kompetens. Redan förekomsten av dessa fyra frågor innebär en överträdelse av LOU. Även övriga frågor ger information om anbudsgivarnas förmåga att utföra kontraktet. I enlighet med ERGA-domen är det irrelevant om förvaltningsrätten skulle finna att någon, eller delar av någon, referensfråga ger kommunen information som kvalitativt är kopplat till upphandlingsföremålet. Endast kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan utgöra tilldelningskriterier. Motsatsvis är övriga kriterier hänförliga till kvalificeringsfasen. De i upphandlingen aktuella frågorna är i många fall snarlika de referensfrågor som var för handen i Kammarrätten i Stock-

holms mål 3582-09. Kammarrätten fann att dessa frågor huvudsakligen var att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer.

*Referenstaging avseende Norconsults anbud*

Förvaltningsrätten har i mål 19128-12 konstaterat att Norconsults anbud felaktigt har uteslutits från utvärdering. Härav följer att kommunen i strid med LOU och likabehandlingsprincipen inte har genomfört referenstagingen vad gäller Norconsults anbud vid samma tidpunkt som övriga kvalificerade anbudsgivare. Kommunen har uppgett att referenter var sjuk-skrivna eller inte arbetade kvar på samma arbetsplats vid referenstagingen avseende Norconsults anbud. Denna situation förelåg inte när övriga anbudsgivare utvärderades. Norconsult har således missgynnats genom kommunens överträdelse av LOU.

**Kommunen** bestrider vad Norconsult har anfört och yrkar att ansökan om överprövning ska avslås. Till stöd för sin talan anför kommunen bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med de gemenskapsrättsliga principerna och LOU. Norconsults anbud var efter utvärdering inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Norconsult har därför varken lidit eller riskerat att lida skada. Det har varit tydligt för anbudsgivarna vad kommunen har tillmätt betydelse vid utvärderingen av anbuden och anbudsgivarna har kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud utifrån den information som har återfunnits i förfrågningsunderlaget. Kommunen har vid utvärderingen av anbuden använt kriterier som syftar till att säkerställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Förfrågningsunderlaget och förfarandet vid utvärderingen av anbuden har således inte lämnat utrymme för godtyckliga bedömningar.



*Poängsättning av utvärderingskriteriet utbildning och erfarenhet*

Vad gäller Norconsults påstående om att det är anmärkningsvärt att anbudsutvärderingen har gett olika utslag i denna och en tidigare upphandling ska dessa två upphandlingar inte sammanblandas utan ses som två helt separata upphandlingar med olika kriterier och omständigheter. Vidare har Norconsult offererat två olika konsultgrupper i de två nämnda upphandlingarna, vilket naturligtvis har föranlett att poängen vid anbudsutvärderingen i de två upphandlingarna skiljer sig åt.

I förfrågningsunderlaget punkt AUB.52 anges att utvärderingen av anbudet vad gäller erfarenhet utgår från redovisade CV:n, där erfarenhet från liknande komplexa projekt kommer att tilldelas en högre poäng än andra projekt. I förfrågningsunderlaget punkt AUA.2 återfinns en beskrivning över vad upphandlingen innefattar för projekt varvid kan utläsas vad som menas med liknande projekt. Denna skrivning är enligt kommunens mening tydlig och lämnar på intet sätt utrymme för godtyckliga bedömningar från kommunens sida. I förfrågningsunderlaget punkt AUB.21 framgår att objektet för aktuell upphandling är en skola med integrerad förskola samt en idrottshall och en skolidrottsplats. Omfattningen av projektet beskrivs i punkt AUC.111. Liknande projekt skulle således kunna vara skolor, förskolor, idrottshallar och skolidrottsplatser. Förfrågningsunderlaget har varit mycket tydligt och transparent i detta hänseende.

Kommunen har utifrån de totalt 80 poängen avseende erfarenhet delat upp poängen mellan generell erfarenhet, erfarenhet av skola, erfarenhet av förskola och erfarenhet av idrott. Omständigheten att poängsättning kan göras mellan 1 – 80 innebär inte att kommunen har haft en obegränsad valfrihet att poängsätta anbudsgivarnas CV. Det har varit tydligt för samtliga anbudsgivare vilka typer av projekt kommunen har tillmätt betydelse och vilka således har renderat högre poäng i utvärderingen. Samtliga Nor-

consults offererade konsulter har erhållit låga poäng inom någon av de nämnda kategorierna, och Norconsults offererade konsulter har således inte tillräckligt hög erfarenhet för att utgöra det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller för att tilldelas högre poäng inom kategorin erfarenhet.

Vad gäller kategorin utbildning framgår av punkt AUB.52 i förfrågningsunderlaget vilken typ av utbildning som tilldelas högre poäng och vilken typ av utbildning som tilldelas lägre poäng. Denna skrivning är på intet sätt otydlig eller missvisande.

*Relevanta krav beträffande fastställande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*

Objektet för upphandlingen är en konsultgrupp som ska projektera nybygandet av bl.a. en skola. Kommunen har eftersökt en konsultgrupp med mycket stor kunskap om skolors och förskolors verksamhet och vilka krav denna ställer på utformningen av dessa lokaler och anläggningar för undervisning, utvistelse och idrott. Kommunen har därför ansett det vara relevant att uppställa krav på att anbudsgivarna ska kunna redovisa erfarenhet av projekt avseende skola/förskola. Det strider inte mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna att efterfråga en specificerad erfarenhet som har direkt koppling till objektet för upphandlingen. Kommunen har vidare endast efterfrågat denna erfarenhet gällande vissa av konsultkategorierna. Omständigheten att Norconsult har uppvisat erfarenhet av sjukhus och säkerhetshäkten är inte relevant då det inte finns något samband med föremålet för upphandlingen.

*Kvalificerings- och utvärderingskriterier*

Kommunen bestrider att sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier skulle ha skett på ett otillåtet sätt vid dess utvärdering av an-

buden i upphandlingen. Konkurrensverket har i sin analys angående referenser i anbudsutvärdering (daterad den 28 april 2009) anført att kvalificeringsfasen syftar till att fastställa att en anbudsgivare har tillräcklig förmåga och kapacitet att genomföra ett kontrakt medan utvärderingsfasen bedömer hur väl det kan genomföras. Kommunen har vid utvärderingen av anbudan använt kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det enda möjliga sättet att mäta en konsults kompetens och skicklighet är genom att utvärdera hur konsulten har agerat vid tidigare projekt, vilket kommunen har gjort genom referenstagning. Konsulternas utbildning och erfarenhet har utvärderats genom ingivna CV. Det går inte att säkerställa en hög kvalitet om det inte är möjligt att utvärdera CV med utbildning och erfarenhet. Kvalitet är ett av de kriterier den upphandlande myndigheten enligt 12 kap. 1 § andra stycket LOU ska ta hänsyn till vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det har varit viktigt för kommunen att säkerställa en hög kvalitet vid utförandet av projektet, varför det har ställts krav på att upphandlade konsulter ska hålla en hög kvalitet. För att utvärdera detta kriterium har kommunen utfrågat av anbudsgivarna angivna referenser. Referensupptagningen har syftat till att utröna hur offererade konsulter tidigare har utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder har varit med tjänsten, inte till att utreda anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 7332-08). Syftet med de ställda frågorna har således varit att utröna vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Norconsult har åberopat EU-domstolens dom i mål C-532/06 (Lianakis). EU-domstolen konstaterade i detta mål att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte kan utgöra tilldelningskriterier. Däremot kan referenser utvärderas så länge dessa referenser syftar till att fastställa vilken kvalitet som kan erbjudas den upphandlande myndigheten beträffande föremålet för upphandlingen. Kommunen har i

den aktuella upphandlingen utvärderat offererad organisation, d.v.s. den organisation som kommer att vara den faktiska del av leverantörens företag som kommer att utföra arbetet i aktuell upphandling. De referenser och den kompetens som kommunen efterfrågar syftar till att fastställa vilken kvalitet som kan erbjudas kommunen beträffande föremålet för aktuell upphandling och syftar således till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Mot bakgrund av såväl Lianakis-domen som ERGA-domen (mål C-199/07) och flertalet andra domar på området är detta förfarande tillåtet. Kammarrätten i Göteborg uttalar i dom i mål 6411-08 att det framstår som praktiskt omöjligt att mäta kvaliteten inom vård och omsorg om inte personalens erfarenhet och kompetens skulle få bedömas. Avgörande är om erfarenhet kan förväntas leda till högre kvalitet. Kommunen har i förfrågningsunderlaget uppgett att ett bra resultat såväl arkitektoniskt, funktionellt, tekniskt och ekonomiskt förväntas av såväl beställare som brukare. Det har således varit viktigt för kommunen att säkerställa att offererade konsulter håller hög kvalitet. Sambandet mellan erfarenhet/kompetens och kvalitet är för övrigt varierande från bransch till bransch (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål 3738-12).

*Referenstagning avseende Norconsults anbud*

Kommunen ansåg initialt att Norconsults anbud inte uppfyllde ställda krav, utan att det skulle uteslutas från vidare prövning, och genomförde därför inte referenstagning beträffande Norconsults anbud. Efter att förvaltningsrätten fastslog att det var felaktigt att utesluta Norconsults anbud rättade sig kommunen därefter och utvärderade Norconsults anbud. Kommunen hade inte kunnat agera på något annat sätt än att efter förvaltningsrättens dom påbörja referenstagningen. Något brott mot likabehandlingsprincipen föreligger således inte. Det kan även konstateras att den tid som förflöt från den första referenstagningen till referenstagningen av Norconsults anbud var relativt kort och inte torde påverka utfallet av referenstagningen.

## SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

### *Tillämpliga bestämmelser*

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet 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.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 6 § LOU anges bl.a. 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 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.

### *Förvaltningsrättens bedömning*

#### *Poängsättning av utvärderingskriteriet utbildning och erfarenhet*

Norconsult har, vad gäller utvärderingskriteriet utbildning, gjort gällande att kommunen har förbehållit sig möjlighet att skönmässigt välja poängtilldelningen eftersom den inte i förfrågningsunderlaget har angett vilken poäng en viss genomförd utbildning motsvarar eller vilken differens som antal högskolepoäng medför poängmässigt. Kommunen har i förfrågnings-

underlaget angett vilken typ av utbildning som ger högre poäng och vilken typ av utbildning som ger lägre poäng. Enligt förvaltningsrättens mening måste detta vara godtagbart. Det låter sig knappast göras att i förfrågningsunderlaget upprätta en mycket specifik poänglista som täcker alla eventueliteter.

Norconsult har hävdad att kommunen, genom att för utvärderingskriteriet erfarenhet tillämpa en poängskala om 1 – 80 poäng utan att ange vad som krävs för att nå vissa nivåer, har förbehållit sig obegränsad valfrihet att poängsätta anbudsgivarnas CV. Förvaltningsrätten anser inte att tillämpning av en poängskala med ett relativt stort antal poäng i sig kan anses strida mot LOU. Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att erfarenhet av liknande komplexa projekt kommer att tilldelas högre poäng än andra projekt samt specificerat att erfarenhet av nybyggnader och ombyggnader av skolor och förskolor ger högst poäng och att erfarenhet av projekt med liten eller ingen andel lokaler för undervisning eller arbetsplatser, t.ex. industrianläggningar, ger lägst poäng. Enligt förvaltningsrättens mening måste detta anses vara tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna ska förstå vilken erfarenhet som renderar högre poäng och det lämnar inte kommunen någon obegränsad valfrihet vad gäller poängsättningen.

Kommunen har uppgett att den utifrån de 80 poängen avseende erfarenhet har delat upp poängen mellan projekt inom kategori generellt, skola, förskola och idrott. Norconsult har anfört att det inte har framgått av förfrågningsunderlaget att poängtilldelningen skulle äga rum enligt denna uppdelning och att det därmed är oklart vad kommunen har beaktat beträffande kategorin generellt samt huruvida uppdelningen innebär att lika vikt har lagts på varje kategori. Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget inte framgår att kommunen vid utvärderingen av de offererade konsulternas erfarenhet avser att göra en uppdelning mellan projekt inom kategori generellt, skola, förskola, och idrott. Av kommunens inlagor

i målet framkommer inte heller hur denna uppdelning har gått till eller hur den har påverkat anbudsutvärderingen. Kommunen har dock uppgett att utvärderingen har gjorts i enlighet med vad som framgår av förfrågningsunderlaget, d.v.s. högre poäng har tilldelats beträffande erfarenhet av liknande komplexa projekt än beträffande erfarenhet av andra projekt. Vad kommunen har uppgett om en uppdelning mellan projekt inom kategori generellt, skola, förskola och idrott har således inte medfört någon förändring av utvärderingsmodellen och är inte en omständighet som, om den hade varit känd för anbudsgivarna när de utformade sina anbud, hade kunnat påverka detta utformande. Det finns inte heller några uppgifter som tyder på att uppdelningen har gjorts med hänsyn till omständigheter som kan ha en diskriminerande effekt gentemot någon av anbudsgivarna (jfr EU-domstolens dom i mål C-331/04 ATI EAC och Viaggi Di Maio). Norconsult har således inte visat att kommunen har handlat i strid med LOU vid den aktuella uppdelningen.

Norconsult har vidare gjort gällande att Norconsult i en tidigare upphandling med en identisk utvärderingsmodell fick väsentligt fler poäng, trots att Norconsult i båda upphandlingarna har ingivit i stort sett identiska CV:n, vilket visar att godtycke har styrt poängtilldelningen i den aktuella upphandlingen. Förvaltningsrätten anser inte att den poängtilldelning som har gjorts i en tidigare upphandling har någon som helst relevans för bedömningen av huruvida förevarande upphandling har genomförts i enlighet med LOU eller inte.

Norconsult har dessutom uppgett att Norconsult i jämförelse med det vinnande anbudet borde ha tilldelats betydligt fler poäng än vad Norconsult har erhållit. Någon bevisning som styrker detta påstående har dock inte ingivits i målet.

*Relevanta krav beträffande fastställande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet*

Norconsult har anfört att omständigheten att erfarenhet av liknande komplexa projekt, vilken tilldelas högre poäng än erfarenhet av andra projekt, har begränsats till att avse andra projekt avseende skolor och förskolor riskerar att medföra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte antas. Den aktuella upphandlingen avser en konsultgrupp som ska projektera nybyggandet av en skola med integrerad förskola samt en idrottshall och skolgård med skolidrottsplats. En skola består av lokaler och utomhusmiljöer med flera olika ändamål som ska fungera tillfredsställande som en sammanhängande enhet. Förvaltningsrätten anser därför att det är relevant att beakta om de offererade konsulterna har erfarenhet av arbete med skolor och anser att det vid fastställande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är ändamålsenligt att vid bedömning av de offererade konsulternas erfarenhet ge högre poäng för erfarenhet av projektering av skolor än för andra typer av lokaler.

*Kvalificerings- och utvärderingskriterier*

Norconsult har gjort gällande att kommunen vid tilldelningen av upphandlingskontraktet har beaktat sådant som är att hänföra till huruvida anbudsgivaren är kvalificerad att lämna anbud i upphandlingen, men inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Beträffande utvärderingskriterium nummer ett, kompetens och skicklighet, har utvärderingen genomförts genom att tio frågor har ställts till av anbudsgivarna angivna referenspersoner. Enligt Norconsult framgår det av frågeformulärets lydelse att frågorna 6 – 9 huvudsakligen syftar till att bedöma anbudsgivarnas generella kapacitet och kompetens och att även övriga frågor ger information om anbudsgivarnas förmåga att utföra kontraktet. Vad gäller utvärderingskriterium nummer två, utbildning och erfarenhet, anför Nor-



consult beträffande utvärderingen av konsulternas utbildning att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon information om hur dokumenterad utbildning påverkar tjänstens kvalitet och att bedömning som endast görs utifrån dokumenterad utbildning huvudsakligen är att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer. Beträffande utvärderingen av konsulternas erfarenhet har Norconsult uppgett att ingivna CV endast innehåller en förteckning över tidigare utförda projekt som inte ger någon information om hur väl projekten har genomförts, vilket fordras för att angivna projekt ska få utvärderas i tilldelningsfasen. Norconsult anför således att kommunen både vad gäller utvärderingskriterium nummer ett och två har gjort en otillåten sammanblandning av kvalifikations- och tilldelningskriterier.

En anbudsprövning inleds med kvalificeringsfasen, varvid anbudsgivarnas lämplighet kontrolleras utifrån de kriterier avseende ekonomisk ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet som framgår av 11 kap. LOU. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderings- eller tilldelningsfasen, där en upphandlande myndighet, i enlighet med 12 kap. 1 § LOU ska tilldela kontrakt till antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har 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.

EU-domstolen har uttalat att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning (mål C-532/06 Lianakis). Dessa får således inte beaktas under tilldelningsfasen.

Detta innebär enligt förvaltningsrättens mening dock inte något absolut hinder mot att poängsätta personalens kunskaps-/utbildningsnivå inom ramen för tilldelningsfasen om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivån på det som ska upphandlas (jfr Kamrarrätten i Göteborgs domar i mål 6411-08 och 6420-09). Sambandet mellan erfarenhet/kompetens och kvalitet är också varierande från bransch till bransch. För att referenstagning ska syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den avse hur en anbudsgivare tidigare har genomfört, utfört och hanterat ett uppdrag och inte anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Följande frågor har i den aktuella upphandlingen ställts till referenterna:

1. Är ni nöjda med personens arbete och slutresultat och har han/hon levt upp till Era förväntningar?
2. Har personen haft förståelse för uppdraget och anpassat utförandet efter beställarens önskemål och organisation?
3. Hur har kommunikationen mellan personen och beställaren fungerat?
4. Hur har kommunikationen mellan personen och övriga konsulter fungerat?
5. Hur har personen fungerat i förhållande till sin beställare avseende budget, avstämningar för uppdraget och projektet i stort?
6. Har personen haft de kunskaper som krävs [inom respektive konsultkategori] för att kunna genomföra projektet under bästa möjliga förutsättningar och ge beställaren den information som krävs för att val ska kunna göras och beslut ska kunna fattas?
7. Har personen kunnat hålla sin organisation bemannad med relevant och bibehållen kompetens genom projektets samtliga faser, haft en stabil kapacitet och kunnat hantera situationer med frånvaro, oförutsedda problem som komplicerat genomförandet och andra hinder?
8. Har personen den kompetens som krävs inom [respektive konsultkategori för att utföra arbetet] i enlighet med gällande krav och föreskrifter samt kunnat motivera val av en lösning ställd mot en annan?
9. Har personen inkommit med handlingar på överenskomna tider i det skick man kan förvänta sig i de olika skedena av projektet och har dessa varit väl samordnade med andra konsulter handlingar?
10. Har personen projekterat enkla och bra lösningar som inte ifrågasatts eller bytts ut under produktionsskedet?

Enligt förvaltningsrättens bedömning tillför referenstagningen så som den har utformats i upphandlingen i huvudsak svar på relevanta frågor om tjänstens utförande och syftar således till att säkerställa ett bra utförande av uppdraget och därmed i förlängningen det ekonomiskt mest fördelaktiga

anbudet. Den aktuella referenstagningen har följaktligen, enligt förvaltningsrättens mening, varit förenlig med LOU.

Förevarande upphandling gäller en konsultgrupp för framtagande av program och förfrågningsunderlag för en skola med integrerad förskola samt en idrottshall och skolgård med skolidrottsplats. Enligt förvaltningsrättens mening måste erfarenhet och god utbildning kunna förväntas leda till ökad kvalitet vad gäller en konsultgrupp inför byggandet av en skola. Kommunen har således inte förfarit i strid med LOU genom att utvärdera de erbjudna konsulternas erfarenhet och utbildning.

*Referenstagning avseende Norconsults anbud*

Norconsult har anfört att kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inte genomföra referenstagningen av Norconsults anbud vid samma tidpunkt som andra kvalificerade anbudsgivare. Anledningen till att referenstagningen avseende Norconsults anbud har genomförts vid ett senare tillfälle än avseende andra anbudsgivares anbud är att kommunen initialt har uteslutit Norconsults anbud från utvärdering. Efter att Norconsult ansökte om överprövning och förvaltningsrätten fann att Norconsults anbud inte borde ha uteslutits från utvärdering har kommunen genomfört en utvärdering av Norconsults anbud, varvid referenstagning har genomförts. Omständigheten att referenstagning vad gäller Norconsults anbud har genomförts senare än vad gäller övriga kvalificerade anbudsgivare är således en olycklig följd av att Norconsults anbud initialt har uteslutits från utvärdering på felaktiga grunder. Risker för att en dylik situation ska inträffa kan dock endast undvikas om en upphandlande myndighet alltid inhämtar referenser avseende samtliga anbud oavsett om de i övrigt utesluts från utvärdering eller inte. Det skulle enligt förvaltningsrättens mening föra för långt att tillämpa en sådan ordning. Förhållandet att referenstagningen avseende Norconsults anbud genomfördes vid ett senare tillfälle än övriga

kvalificerade anbudsgivares anbud kan därför inte anses vara i strid med likabehandlingsprincipen eller föranleda något ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner således inte att det i målet har visats att någon av bestämmelserna i LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna har åsidosatts. Skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. LOU saknas därmed, varför ansökan om överprövning ska avslås.

#### **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 Cecilia 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. 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. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 nå 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.

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.