



SÖKANDE

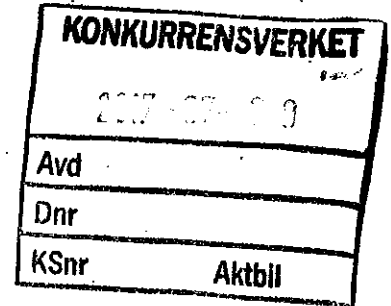
Lestra Entreprenader Stockholm AB, 556855-3688
Box 277
147 01 Tumba

MOFPART

AB Botkyrkabyggen, 556064-6491
Box 1
14721 Tumba

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Lestra Entreprenader Stockholm AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

AB Botkyrkabyggen (Botkyrkabyggen) genomför en upphandling av ramavtal avseende markarbeten i samband med uppförande av modulbostäder, dnr 16/12. Upphandlingen genomförs med förhandlat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 13 februari 2017 av vilket framgår att Botkyrkabyggen beslutat att ingå avtal med tre leverantörer, varav Lestra Entreprenader Stockholm AB har rangordnats på andra plats.

Lestra Entreprenader Stockholm AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om, alternativt rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering görs varvid det vinnande anbudet ska förkastas och bolagets anbud ska antas.

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Botkyrkabyggen har inte följt de grundläggande principerna och övriga bestämmelser i LOU. Det finns brister i hur förfrågningsunderlaget har utformats som gör att upphandlingen strider mot LOU. Inkomna anbud kommer att utvärderas genom den s.k. relativa viktningssmodellen. Resultatrapporten och referensfrågorna syftar till kvalitet, inget i anbudsutvärderingen visar om ekonomi överhuvudtaget har utvärderats och, om utvärdering gjorts, i så fall hur den har utvärderats. Utvärderingen ger därmed inte ett rättvist resultat. Samtidigt ges stort utrymme för subjektiva bedömningar i samband med utvärderingen. Det i sig strider mot kraven på förutsägbarhet och transparens.

Bolaget anför vidare bl.a. följande. Vinnande anbudsgivare, MR Sörmland, har lämnat in "Försäkran anbudsgivande företag", registreringsbevis och revisorsintyg. Föreningen har också lämnat in en organisationsplan vars utformning är sådan att det är uppenbart att den inte besitter egna resurser för att utföra uppdraget. Organisationsplanen visar inte vem eller hur vinnande anbudsgivare ska utföra arbeten enligt avrop. Med tanke på bl.a.

MR Sörmlands verksamhetsbeskrivning och uppbyggnad tvingas föreningen sannolikt anlita externa resurser, troligen sina medlemmar, för att kunna utföra uppdraget och det aktuella entreprenadarbetet. Det ingivna revisorsintyget innehåller endast uppgifter från föreningens årsredovisning. Dessa är offentliga och torde inte behöva styrkas, det är därmed oklart på vilket sätt revisorsintyget redovisar att vinnande anbud uppfyller ska-kraven. Det finns inget i vinnande anbud som visar på att MR Sörmland har eller avser åberopa annans kapacitet. Föreningens uppbyggnad, karaktär och syfte utvisar att man vare sig bedriver eller avser bedriva egen verksamhet. Det tyder på att föreningen avser nyttja sina medlemmars olika resurser för att kunna utföra entreprenaden i enlighet med avtal och MR Sörmland borde därför ha åberopat annat företags kapacitet. Det saknas därmed någon form av samarbetsavtal, registreringsbevis, kreditupplysning eller motsvarande handling för annat företag och ska-kraven har därmed inte uppfyllts. Det har ålegat Botkyrkabyggen att inom ramen för utvärderingsarbetet förvissa sig om att vinnande anbud innehar erforderlig kapacitet och möjlighet att utföra arbeten i enlighet med upphandlingen. Botkyrkabyggen borde ha ställt följdfrågor om åberopande av annans kapacitet men så har inte skett. I det vinnande anbudet saknas det vidare uppgifter som visar att man har erfarenhet som totalentreprenör och/eller att man i de aktuella projekten har varit totalentreprenör. Anbudsgivare ska de senaste fem åren ha tidigare erfarenhet av att som totalentreprenör eller motsvarande ha genomfört minst fyra projekt och MR Sörmland uppfyller därmed inte ska-kravet. Bolaget har uppfattat det som att den upphandlande myndigheten har efterfrågat företag som arbetat som totalentreprenörer och att det är ett ska-krav. Det är med största sannolikhet företag som väljer att inte lämna in anbud då det ställs krav på erfarenhet som totalentreprenör. Det strider mot transparens- och likabehandlingsprinciperna om den upphandlande myndigheten under utvärderingen inte följer upp ska-krav eller inte tillmäter kraven och de dithörande begreppen någon rättslig betydelse. Botkyrkabyggen har gjort en felaktig utvärdering av det vinnande anbudet och därmed agerat i strid mot

LOU och de EU-rättsliga principerna som ska gälla för all upphandling.
Bolaget har därmed lidit eller riskerar att lida skada.

Botkyrkabyggen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Utvärderingskriterierna bygger på en relativ viktningsmodell i två delar, ekonomi (60 %) och kvalitet (40 %). Ekonomidelen innehåller inga subjektiva inslag eftersom anbudsgivaren fyller i ett antal priser som sedan resulterar i en summa som kan jämföras mellan anbudsgivarna. Kvalitetsdelen bygger helt och hållet på att referenspersoner som anbudsgivarna lämnat svarar på ett antal frågor med fasta svarsalternativ. Frågorna liksom de olika svarsalternativen och deras poängmässiga betydelse framgår tydligt i förfrågningsunderlaget. Det finns därmed inget utrymme för Botkyrkabyggen att påverka utvärderingen genom subjektiva bedömningar. Som bolaget själva skriver har vinnande anbudsgivare lämnat in efterfrågade dokument. MR Sörmland har inte åberopat andra företags kapacitet för att uppfylla skakraven. MR Sörmland har lämnat in ett revisorsintyg där en auktoriserad revisor intygar att föreningen har en viss ekonomisk ställning. Intyget visar att MR Sörmland har, och över tid haft, förhållandevis god soliditet. MR Sörmland har genom anbudet intygat att föreningen har erforderlig organisation. Det är vid avropstillfället organisationen ska finnas, inte vid anbuds-skedet. Förhållandet vad som utförs i egen regi och vad som utförs av underentreprenörer framgår mycket klart i den inlämnade organisationsplanen. Anbudsgivarna ska enligt förfrågningsunderlaget styrka sina referensprojekt genom "en beskrivning av respektive projekt, omfattningen av respektive projekt, när i tiden de utförts, samt kontaktuppgifter (telefon och e-post) till referensperson" men det står ingenting om entreprenadform.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-

lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 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 har agerat i strid med LOU (RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Som grund för att upphandlingen ska göras om anför bolaget bl.a. att förfrågningsunderlaget, genom dess utvärderingsmodell, är bristfälligt och utgör fel i upphandlingsrättslig mening.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt AFB.53 framgår att de tre anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas. Vid utvärdering kommer en relativ viktningsmodell användas, utifrån utvärderingskriterierna ekonomi (totalt 60 %) och kvalitet (totalt 40 %). För utvärderingskriteriet ekonomi ska anbudsgivaren bifoga ifylld och summerad å-prislista. För utvärderingskriteriet kvalitet ska anbudsgivare bifoga uppgift om fyra referensprojekt och referenserna kommer att kontaktas för att besvara ett antal frågor. Under kriteriet kvalitet har angetts ett antal referensfrågor och fasta svarsalternativ med den aktuella poängskalan. Därtill ges en beskrivning av modellen med exempel i bilaga 4 till förfrågningsunderlaget, "Beskrivning av Relativa viktningsmodellen".

Vad gäller utformningen av förfrågningsunderlaget konstaterar förvaltningsrätten att en upphandlande myndighet har en stor frihet att själv utforma de krav som kommer att tillmätas betydelse vid upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten eller enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Den upphandlande myndigheten ska hålla sig till denna tolkning under hela förfarandet och tillämpa kriterierna objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare. Utvärderingsmodellen ska vara utformad så att den är ägnad att leda till rättvisande resultat (jfr EU-domstolens dom i mål C-19/00 SIAC samt RÅ 2002 ref. 50). Poängskalor har godkänts när de tillsammans med vad som i övrigt framgår av förfrågningsunderlaget kan ge en tillräckligt god bild av vad den upphandlande myndigheten avser att lägga vikt vid (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 30 maj 2011 i mål nr 1213-11).

Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlagets information tillsammans med övriga upphandlingsdokument ger en tillräckligt tydlig bild för att en branschvan anbudsgivare ska kunna utläsa vad som tillmätts betydelse vid utvärderingen. Förvaltningsrätten finner därmed att förfrågningsunderlaget är tillräckligt klart och tydligt utformat för att varje anbudsgivare, med utgångspunkt i underlaget, bör kunna skapa sig en god bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud och att utvärderingsmodellen därmed är tillräckligt tydlig i LOU:s mening och inte strider mot kraven på transparens och likabehandling.

Bolaget har vidare anfört bl.a. att MR Sörmland borde ha lämnat in diverse handlingar gällande återopande av annans kapacitet och att föreningen därmed inte uppfyllt ska-kraven i förfrågningsunderlaget. Bolaget har även

anfört att MR Sörmland inte uppfyller ska-krav i upphandlingen samt att det har ålegat Botkyrkabyggen att förvissa sig om att vinnande anbudsgivare har den kapacitet som efterfrågas.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av handlingarna i målet framgår att MR Sörmland inte har åberopat någon extern kapacitet i syfte att uppfylla kvalificeringskraven. MR Sörmland har följaktligen inte behövt styrka tillgången till underleverantörer genom att bifoga samarbetsavtal eller lämna in handlingar för att styrka att annat företag uppfyller de ska-krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Det finns därför inte grund för att med anledning av vad bolaget anför i denna del ingripa med stöd av LOU (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 18 juni 2015 i mål nr 1521-15).

Det finns varken i LOU, dess förarbeten eller i rättspraxis stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud om de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. En sådan kontroll sträcker sig i vart fall inte längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten finner att Botkyrkabyggen således inte har haft någon skyldighet att säkerställa att de uppgifter anbudsgivarna har lämnat är riktiga såsom bolaget anför. Botkyrkabyggen har därmed haft att utgå från de uppgifter som MR Sörmland lämnat om bl.a. sin kapacitet, organisation och kreditvärdighet. Förvaltningsrätten finner att det av handlingarna i målet framgår att MR Sörmland har lämnat in de i förfrågningsunderlaget efterfrågade handlingarna. MR Sörmland har också genom "Försäkran anbudsgivande företag" angett att föreningen uppfyller de av Botkyrkabyggen i upphandlingen ställda kraven. Mot denna bakgrund anser rätten att det som bolaget anför inte innebär att det kommit fram skäl för att ifrågasätta MR Sörmlands egen uppgift att föreningen uppfyller kraven i förfrågningsunder-

laget. Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget genom vad det anför inte har visat att det finns skäl för att förkasta MR Sörmlands anbud eller att MR Sörmland inte uppfyller alla obligatoriska krav.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att det föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

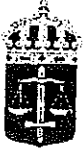
Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Ulrika Melin

Chefsrådman

Bodil Norberg har föredragit målet.



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 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.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.