



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2015-02-05
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
4706-14 E

SÖKANDE

Ingenjörgruppen Ståhlkloo AB, 556160-2722
Nybrogatan 23
791 72 Falun

MOTPART

Roslagsbostäder AB, 556045-3291

Ombud: Märten Kempe
Husbyggnadsvaror HBV Förening
Box 42059
126 13 Stockholm

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2015-02-06 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att utvärderingen görs om.

Dok.Id 136551

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-431 63 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Roslagsbostäder AB genomför upphandling benämnd "Årsavtal VVS-konsult – Roslagsbostäder". I tilldelningsbeslut den 2 september 2014 beslutade Roslagsbostäder att anta anbud från annan leverantör än Ingenjörsgruppen Ståhlkloo AB (bolaget).

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och anför bl.a. följande. Bolaget har klart lidit skada då upphandlingen inte har skötts korrekt. Bolagets anbud är det mest fördelaktiga anbudet. Bolagets anbudssumma, med nedjusterat pris om 87 843 kr, är väsentligt lägre än vinnande anbuds summa på 96 920 kr.

Roslagsbostäders användande av egen referens

Bedömningen av bolagets personal har inte gjorts inom ramen för förfrågningsunderlaget. Det är med tydlighet redovisat i förfrågningsunderlaget Konsultföreskrifter (E) att egen referens endast ska göras av de anbudsgivare som beställaren har erfarenhet av. Roslagsbostäders utvärdering ska heller inte medtas i anbudsutvärderingen eftersom förfrågningsunderlagets tidsfrist om tre år inte har beaktats. Bolagets konsult har inte utfört arbeten åt Roslagsbostäder under de senaste tre åren. Referensutvärderingen som har utförts av Roslagsbostäder är inte fullständig utan saknar bedömning av frågorna 3, 4, 5 och 6 och ska inte heller av denna anledning medräknas.

Enligt Roslagsbostäders egen utvärderare har konsulten Torbjörn Pettersson inte utfört något arbete eller projektering för Roslagsbostäder utan konsulten har utvärderats "i andra sammanhang där det har varit konflikt". Att utvärdera egna erfarenheter utanför förfrågningsunderlagets omfattning är ett avsteg både från förfrågningsunderlaget och från principen om likabehandling enligt LOU. Roslagsbostäder medger att de inte har någon erfarenhet av Torbjörn Pettersson som projektör enligt förfrågningsunderlaget. Roslagsbostäder klargör även att de har utvärderat utanför den

tilltänkta formella relationen, vilket avviker från den upphandlade konsultsatsen enligt förfrågningsunderlaget. Torbjörn Pettersson har endast varit inkopplad i egenskap av VD för bolaget i en fråga om en bestridd faktura.

Poängsättning av meriter/erfarenhet

Utvärderingsmatrisen Kompetens VVS-konsult är inkorrekt rättad av Roslagsbostäder. Enligt anvisning erhålls automatiskt lägsta poäng om uppgifter saknas om någon punkt. Detta innebär att ytterligare 0,3 poäng ska läggas till konsulten Kenneth Björ, vilket ger totalt 3,12 procents anbudsnedjustering, motsvarande 14 991 kr för kompetens. Roslagsbostäder anger att tidigare relevanta anställningar, 0–3 års anställning med arbetsledande/projektledande uppgifter i entreprenadföretag eller hos beställare i fastighetsbranschen, motsvarar ett poäng och att andra för uppdraget relevanta kurser också ger ett poäng om erfarenheten är 0–3 år. Dessa poäng har Kenneth Björ fått i kompetensutvärderingen, vilket stärker bolagets uppfattning att det på samma sätt ska utgå tre poäng för mindre än fem års erfarenhet av sprinkler och kyla till Kenneth Björ i enlighet med post 9 (<5 år av sprinkler eller kyla).

Begäran att få del av handlingar

Bolaget har yrkat att det ska få ta del av vinnande anbuds referensfrågeformulär. Enligt Roslagsbostäder utgör referensfrågeformuläret inte en officiell handling och därmed inte en del av utvärderingsmaterialet. Detta är inte ett tillfredsställande svar och väcker frågeställningar kring om hela upphandlings- och utvärderingsförfarandet har dokumenterats korrekt.

Roslagsbostäder bestrider bifall till bolagets ansökan och anför bl.a. följande. De har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de unionsrättsliga principerna. De eventuella brister som har förekommit har inte medfört att bolaget har kommit att lida eller riskerat att lida skada.

Bolagets anbud har bedömts uppfylla samtliga ska-krav och har utvärderats utifrån de utvärderingskriterier som framgår i förfrågningsunderlaget.

Roslagsbostäders användande av egen referens

Bolaget förefaller ha blandat ihop krav (E) i Konsultföreskrifter med utvärderingskriteriet Referensbedömning. Roslagsbostäder har bedömt att bolaget har uppfyllt aktuellt krav (E) eftersom något skäl att diskvalificera bolaget för kontraktsbrott alternativt brister i god yrkessed under de tre senaste åren inte har bedömts föreligga. Bolaget kan därmed inte lida någon skada av tillämpningen av krav (E).

Det omnämns i Konsultföreskrifter inte någon särskild tidsfrist för de erfarenheter som ligger till grund för referenternas bedömning av offererad konsult enligt utvärderingskriteriet Referensbedömning. Roslagsbostäder har betygsatt bolagets konsult Torbjörn Pettersson utifrån erfarenheter under perioden 2009–2010. Den del i Konsultföreskrifter som avser referensbedömningen har endast det gemensamt med krav (E) att samma kontaktperson används.

Roslagsbostäder har poängsatt frågorna 1, 2 och 7, vilket har gett 2,0 i medelpoäng. Ett alternativt sätt att räkna vore att tilldela obesvarade frågor noll poäng och dividera summan med sju. Tillämpat sätt kan enbart anses vara det mest fördelaktiga för bolaget. Med anledning av bolagets synpunkter har förtydligande inhämtats från aktuell referent hos Roslagsbostäder. Som framgår av förtydligandet har Roslagsbostäder erfarenhet av bolagets namngivne konsult Torbjörn Pettersson i egenskap av chef för utförande konsulter vid tidigare arbeten för Roslagsbostäder. Eftersom Roslagsbostäders erfarenheter av Torbjörn Pettersson inte omfattade utförande av exempelvis projektering begränsades referenssvaret till att inte omfatta frågor avseende exempelvis kvalitet på utfört arbete. Att Roslagsbostäders formella relation till och erfarenheter av Torbjörn

Pettersson, enligt exakt den betydelse och omfattning som anges för aktuell upphandling, avviker från den tilltänkta relationen till antagen anbudsgivares konsulter innebär inte att faktiska tidigare erfarenheter inte kan vägas in vid en referensbedömning.

Poängsättning av meriter/erfarenhet

Bolaget anser att konsulten Kenneth Björ borde ha erhållit 0,3 poäng för utvärderingskriteriet Kompetens trots att ingen tidigare erfarenhet av vare sig sprinkler eller kyla har styrkts av bifogat CV. I förfrågningsunderlaget anges under detta utvärderingskriterium att "saknas någon uppgift erhålls automatiskt lägsta poäng, dvs. 0 p". I matrisen för utvärdering av kompetens återfinns samma mening, visserligen utan förtydligandet om noll poäng, men med exemplifieringen att "saknas t.ex. uppgift om tidigare relevanta anställningar, erhålls 1 p för denna del". Vad gäller tidigare relevanta anställningar motsvarar ett poäng 0-3 års anställning med arbetsledande/projektledande uppgifter i entreprenadföretag eller hos beställare i fastighetsbranschen. Endast styrkta erfarenheter/kompetenser ska medföra poäng, vilket innebär att om det saknas uppgift som styrker erfarenhet/kompetens så blir det noll poäng.

Det är naturligtvis inte orimligt att tilldela ett poäng för en offererad konsult som saknar andra relevanta anställningar än den innevarande anställningen hos anbudsgivaren, eftersom den ju rimligtvis är att räkna som en anställning. Vad gäller andra kriterier blir bolagets tolkning av "lägsta poäng" desto mindre rimlig. Underkriterierna 7 och 8 har endast ett poängalternativ, vilket motsvarar "har riksbehörighet för OVK" respektive "är certifierad energiexpert enligt BFS 2007:5 CEX 1". Med bolagets tolkning ska således samtliga anbudsgivare tilldelas full poäng för bägge underkriterierna, trots att det inte i anbudet ens har påståtts att offererad konsult besitter kompetensen. Vad gäller underkriterium 9 ska offererad konsult ha erfarenhet av sprinkler eller kyla, upp till fem år, för att uppnå lägsta poäng. Med bolagets tolkning skulle en konsult helt utan erfarenhet av sprinkler

eller kyla tillgodoräkna sig samma poäng som en som har erfarenheten. Att tilldela lägsta poäng enligt bolagets tolkning för delkriterierna 7–9 vore en orimlig och felaktig tolkning av förfrågningsunderlaget, vilken frántar själva syftet med poängsättningen.

Skrivningen i matrisen för utvärdering av kompetens avseende tidigare relevanta anställningar kan anses brista något i tydlighet läst tillsammans med angivelsen i Konsultföreskrifter. Bristen är dock inte så stor att inte en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör inte begriper innebörden enligt ovan.

Begäran att få del av handlingar

Den 2 september 2014 begärde bolaget komplett anbud från vinnande anbudsgivare, vilket tillsändes bolaget efterföljande dag undantaget referensbedömningsblankett för vinnande anbud. Referensbedömningsblanketten som bolaget efterfrågar utgör ett arbetsdokument som Roslagsbostäder själva fyller i och använder vid referenstagning via telefon och utgör inte en del av anbudet. Samtliga uppgifter ur arbetsdokumentet har dock redan tillsänts bolaget den 3 september 2014.

DOMSKÄL

Rättslig reglering

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas. Vidare gäller att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta om ingripande mot upphandlingen om upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i

LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

Handlingarna i målet

I Konsultföreskrifter B.1 anges bl.a. följande. Uppdraget omfattar uppdrag vid nybyggnad, ombyggnation samt underhållsarbeten. Uppdraget omfattar kalkylering, kostnadsuppföljning, projektering och utredningar inom VA, VVS, Vent och Kyla.

I Konsultföreskrifter B.21 (E) anges bl.a. följande. Anbudsgivaren ska ha utfört liknande uppdrag i enlighet med avtalsvillkor och god yrkessed. Med liknande uppdrag avses projektering av VVS för såväl ombyggnader som nyproduktion av dels bostäder, samt kontor och industrifastigheter. För anbudsgivare som beställaren de senaste 3 åren har erfarenhet av gäller att beställaren bedömer om uppdrag utförts i enlighet med avtalsvillkor och god yrkessed. För övriga anbudsgivare kommer angiven kontaktperson att kontaktas för att intyga att liknande uppdrag utförts i enlighet med avtalsvillkor och god yrkessed. Till anbudet bifogas uppgift i enlighet med anbudsformulär om kontaktuppgifter till kontaktpersonen hos uppdragsgivare som anbudsgivaren utfört liknande uppdrag för.

I Konsultföreskrifter B.22, Utvärderingskriterier, anges bl.a. följande. De anbud som uppfyller kraven kommer att utvärderas med avseende på nedanstående kriterier.

Utvärderingskriterium

Utvärdering sker enligt följande. Justerat pris = Anbudspriser x (1- nedjusteringsfaktor). De olika nedjusteringsfaktorerna summeras. Anbud med lägst justerat pris antas.

- Kompetens, vikt 10-20 procent

Utvärdering görs av kompetens på angiven bemanning. Poängräkning sker enligt bifogad matris. Maximalt kan 5 p erhållas där varje poäng motsvarar 2-4 procents nedjusteringsfaktor. För att detta kriterium ska kunna utvärderas så bifogas uppgift om bemanning i enlighet med anbudsformulär samt CV/meritförteckning på angiven bemanning. CV/meritförteckning bör innehålla de uppgifter som behövs för utvärderingen enligt bifogad matris. Saknas någon uppgift erhålls automatiskt lägsta poäng, dvs. 0 p, eller för den del som uppgiften skulle ha använts till. Beställaren använder bifogad utvärderingsmatris för utvärdering av namngivna personer i anbudsformuläret.

- Referensbedömning av ansvarig konsult för uppdraget, vikt 20 procent.

För bedömning av referenser av konsult avsedd för detta uppdrag, ska uppgift om referenser fyllas i anbudsformuläret. Anbudsgivaren ska inte lämna beställaren som referens. För anbudsgivare som beställaren har erfarenhet av kommer beställaren själv att bedöma anbudsgivaren med samma frågor och poängskala. Se bilagan "Referensfrågeblankett konsulter". Beställarens bedömning vägs i dessa fall in till 50 procent och övriga referenser till 50 procent. Anbudsgivaren får själv välja vilka referenspersoner som ska kontaktas, dock är kravet att samtliga referenskunder ska avse uppdrag där minst en person av bemanning för detta avtal varit verksam.

I Utvärderingsmatris – Kompetens VVS-konsult anges bl.a. följande. Saknas i anbud uppgifter om någon punkt ovan erhålls automatiskt lägsta po-

äng för den punkten. Saknas t.ex. uppgifter om tidigare relevanta anställningar, erhålls 1 p för denna del.

I instruktioner på referensfrågeblankett - anbudsgivarens referenskund, anges följande. Denna utvärdering är en del av den pågående upphandlingen. Bakgrunden och syftet med utvärderingen är att tillvarata utomstående beställares erfarenheter av anbudsgivaren och väga in dessa i upphandlingen på ett sätt som tillgodoser kraven på likabehandling och objektivitet för anbudsgivare. Baskravet på enkätsvaret är att referenspersoner ansvarar för riktigheten i lämnade uppgifter. Lämnade uppgifter bör kunna styrkas i händelse av efterkontroll. Upphandlingsenheten kan komma att behöva efterkontrollera uppgifter som inte överensstämmer med övriga.

Av referensfrågeblankett ifylld av Roslagsbostäder avseende Torbjörn Pettersson framgår bl.a. följande. Av totalt sju frågor är tre besvarade, där konsulten har erhållit två poäng för vardera fråga. Under övriga upplysningar har Roslagsbostäder angivit följande: "Torbjörn Pettersson har inte själv deltagit aktivt i någon projektering åt oss. Torbjörn Pettersson har deltagit i andra sammanhang där det har varit konflikt."

I förtydligande av referensen anges bl.a. följande. Man hade tidigare bolaget som upphandlad konsult och det var en mängd problem. Torbjörn Pettersson blev involverad som chef över två andra konsulter som gjort en del fel. Det är den relationen man har svarat på i två av frågeställningarna. Man kan inte bedöma Torbjörn Petterssons prestationer inom t.ex. OVK eller praktiskt arbete.

Förvaltningsrättens bedömning

I målet har förvaltningsrätten att ta ställning till om Roslagsbostäder vid upphandlingen har brutit mot någon bestämmelse i LOU eller någon av de grundläggande principer som bär upp lagstiftningen. En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är vidare att bo-

laget har, eller i vart fall har riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att bolaget inte har invänt mot utformningen av referensbedömningen i sig eller haft invändningar mot de frågor som har ställts däri. Förvaltningsrätten har därmed endast att pröva om Roslagsbostäders poängsättning och utvärdering i övrigt har skett i strid med någon av de grundläggande principerna i LOU.

Roslagsbostäders användande av egen referens

Bolaget har gjort gällande att Roslagsbostäders egna poängsättning som referens av bolagets konsult Torbjörn Pettersson inte ska beaktas eftersom han inte har utfört arbeten åt Roslagsbostäder under de senaste tre åren samt att anbudsutvärderingen som har utförts av beställaren är inte fullständig. Roslagsbostäder anför å sin sida att det i konsultföreskrifterna inte anges någon specifik tidsfrist för de erfarenheter som ska bedömas av referenterna, att faktiska tidigare erfarenheter kan vägas in i en referensbedömning samt att poängen har beräknats på ett så förmånligt sätt som möjligt.

Av praxis framgår att det är möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser, så länge referenstagningen sker på ett objektivt sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 november 2010 i mål nr 2505-10). Ett förfarande att använda egna referenser strider således inte generellt sett mot LOU och principen om likabehandling. Det kan dock inte anses vara i enlighet med LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna att en upphandlande myndighet lägger egna referenser till grund för bedömningen om den upphandlande myndigheten inte har någon tidigare erfarenhet av anbudsgivaren att basera sin bedömning på (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09).

Den bakomliggande tanken med att referenser ska lämnas vid anbud är att referenserna ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare har utfört liknande uppdrag. Avsikten är inte att leverantören själv ska kunna välja vilken bild av denne som ska visas. En generell möjlighet för Roslagsbostäder att utvärdera och poängsätta i de fall leverantören tidigare har utfört uppdrag av liknande art för dem måste därför enligt förvaltningsrättens mening anses vara ett rimligt och proportionerligt ställt krav för att säkerställa att upphandlande myndighet kan utröna vilken tjänst som är ekonomiskt mest fördelaktig.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget inte i sig framgår någon närmare begränsning av referensutvärderingen vad gäller tid eller omfattning, fränsett kravet att samtliga referenskunder ska avse uppdrag där minst en person av bemanningen för det avtal upphandlingen rör har varit verksam. Även om förfrågningsunderlaget kunde ha varit tydligare avseende vilka referenser som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen samt att dessa referenser kunde utgöras av andra personer än de som avsågs i kvalificeringskrav (E) anser förvaltningsrätten att bristerna i denna del inte har varit av sådan art att de har påverkat upphandlingen. Det framgår inte heller annat av utredningen i målet än att bolaget faktiskt har kunnat ge in relevanta referenser.

En mer allvarlig brist är dock den av bolaget anförda omständigheten att Roslagsbostäder saknar erfarenhet av konsulten Torbjörn Pettersson i den egenskap som referensbedömningen ska avse. Av utredningen i målet framgår att Roslagsbostäder har valt att fullt ut beakta den egna referensen i utvärderingen, trots myndighetens egna uppgifter om att deras erfarenhet av den aktuella konsulten inte omfattade bl.a. projektering. Roslagsbostäder har härvid inte heller kunnat poängsätta merparten av de utvärderingspunkter som ingår i referensbedömningen.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning får det anses vara ett klart avsteg från LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna att en upphandlande myndighet lägger egna referenser till grund för utvärderingen i de fall myndigheten inte har någon tidigare relevant erfarenhet av anbudsgivaren att basera sin bedömning på. Detsamma måste enligt förvaltningsrätten gälla om upphandlande myndighet åberopar en viss erfarenhet av konsulten hämtat från ett sammanhang som inte täcks av förfrågningsunderlaget. Roslagsbostäders uppgift om att de har räknat poängen på ett förmånligt sätt för bolaget ändrar inte denna bedömning. Upphandlingen har i denna del således stått i strid med principerna i LOU.

Poängsättning av meriter/erfarenhet

Bolaget har vidare anfört att Utvärderingsmatris – Kompetens är inkorrekt rättad och att bolaget ska erhålla ytterligare poäng i denna del. Förvaltningsrätten instämmer i Roslagsbostäders konstaterande att skrivningen i matrisen för utvärdering av kompetens avseende tidigare relevanta anställningar kan anses brista i tydlighet läst tillsammans med angivelsen i Konsultföreskrifter. Informationen i Konsultföreskrifterna att automatiskt lägsta poäng är noll får dock anses vara tillräckligt tydlig angående hur poängsättningen ska ske i detta avseende att förfrågningsunderlaget med anledning därav inte kan anses brista i transparens. Enligt förvaltningsrättens bedömning har bolaget inte heller visat att bolagets konsult rätteligen skulle ha erhållit högre poäng i aktuell del. Förvaltningsrätten anser därmed att det saknas skäl för ingripande på denna grund.

Begäran att få del av handlingar

Bolaget har yrkat att få ta del av vinnande anbuds referensfrågeformulär. Enligt Roslagsbostäder har samtliga uppgifter ur myndighetens arbetsdokument skickats till bolaget. Förvaltningsrätten, som anser att de aktuella handlingarna i sig saknar relevans i målet, kan inte finna annat än att bolaget har fått ta del av begärda uppgifter i upphandlingen och bolagets fram-

ställan härom kan därför inte leda till någon åtgärd från förvaltningsrättens sida.

Sammanfattande bedömning

Roslagsbostäder har brutit mot LOU och principerna om transparens och likabehandling genom att under utvärderingsfasen använda sig av en ofullständig egen referens. Genom att poängsumman för bolagets referenser i sin helhet har satts till noll har förfarandet påverkat hela utvärderingen. Förvaltningsrätten gör därför bedömningen att bolaget får anses ha visat att det sätt på vilket upphandlingsprocessen har genomförts har medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada.

Det felaktiga förfarandet hänför sig till utvärderingen av bolagets anbud och inte till förfrågningsunderlaget och det konkurrensuppsökande skedet. Det saknas därför skäl att göra om upphandlingen utan den ska istället rättas på så sätt att Roslagsbostäder vid utvärderingen ska bortse från den egna referensen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför bifallas.

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



Linnea Fagerberg

förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Nicklas Rydgren.

