



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-05-22
Meddelad i Linköping

Mål nr
1190-18

KONKURRENSVERKET	
2018-05-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

HÖ Allbygg AB, 556103-1807

MOTPART

Specialfastigheter Sverige Aktiebolag, 556537-5945

Ombud: Bolagsjurist Matthias Brandt
Box 632
581 07 Linköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen "Nybyggnation av boendeavdelningar, SiS Johannisberg, Kalix" (dnr SPF2017-046) ska göras om.

Dok.Id 325536

Postadress

Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress

Brigadgatan 3

Telefon

013-25 11 00

Telefax

013-25 11 40

E-post: [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Specialfastigheter Sverige Aktiebolag (nedan Specialfastigheter) genomför upphandlingen ”Nybyggnation av boendeavdelningar, SiS Johannisberg, Kalix” (dnr SPF2017-046). Upphandlingen genomförs enligt reglerna för selektivt förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån pris och kvalitet som utses utifrån tilldelningskriterierna pris, projektspecifik organisation/erfarenhet samt genomförande. Den 6 februari 2018 beslutade Specialfastigheter att anta Skanska Sverige AB som leverantör i upphandlingen. HÖ Allbygg AB (nedan Bolaget) kvalificerades för anbudsgivning och anbudsutvärdering.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Specialfastigheter bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Referensobjekt

Av punkten 5.8 i upphandlingsdokumentet ”Kvalificeringskrav” framgår att Specialfastigheter begär en redovisning av tre referensuppdrag som ska ha utförts under de tre senaste åren. Det som efterfrågas i denna punkt motsvarar inte sådant bevis som får begäras med stöd av 15 kap. 11 § 1 LOU. Något intyg om att byggentreprenaderna har utförts på ett tillfredställande sätt har inte efterfrågats. Kravet avseende referenser har därmed inte utformats i enlighet med 15 kap. 11 § 1 LOU eftersom uppgift om att byggentreprenaderna utförts tillfredställande saknas och intygande härav inte skett.

Det är även oklart vad som avses med att Specialfastigheter förbehåller sig rätten att kontakta personer i angivna entreprenader för att verifiera innehållet i ansökan. Oklarheten med förbehållet består av att det inte framgår vilka personer som Specialfastigheter eventuellt kommer att kontakta. Det går inte att ur punkten 5.8 utläsa om det är utomstående personer eller personer hos anbudsgivaren som ska verifiera innehållet. Det bevismedel som står till buds enligt 15 kap. 11 § LOU är dessutom ett intyg.

Det kan inte uteslutas att för det fall intygande om referenser hade efterfrågats skulle det haft betydelse för den vinnande leverantörens möjlighet att kvalificera sig i upphandlingen. Detta innebär att Bolaget i vart fall riskerat att lida skada.

Tilldelningskriteriet "projektspecifik organisation/erfarenhet"

I punkten AFB.53 i de administrativa föreskrifterna anges att anbudsutvärderingen kommer göras utifrån tilldelningskriterierna pris, projektspecifik organisation/erfarenhet samt genomförande. Under tilldelningskriteriet "projektspecifik organisation/erfarenhet" anges att utvärderingen bl.a. kommer att ske med beaktande av referensobjekt (organisation samt de anställdas), hur väl dessa motsvarar denna verksamhet med avseende storlek, komplexitet, typ, pågående verksamhet, säkerhetsnivå och den erfarenhet inom det specifika fackområdet som referensobjekten ger upphov till.

Referensobjekt kan inte utvärderas på det sätt som anges i de administrativa föreskrifterna. Det är endast tillåtet att utvärdera referenser i utvärderingsfasen om dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det kan vara fallet om nyckelpersoner har ett mervärde att tillföra. Ett referensobjekt i sig kan emellertid inte utvärderas och är inte detsamma som en organisation. Kriterier som avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser en leverantör förfogar över för att säkerställa ett tillfred-

ställande utförande av uppdraget utgör inte tilldelningskriterier. Det är inte tillåtet att utvärdera omständigheter som huvudsakligen är hänförliga till leverantörens allmänna förmåga att utföra uppdraget på ett bra sätt.

I punkten 5.8 i upphandlingsdokumentet "Kvalificeringskrav" anges att såväl leverantören som föreslagen organisation, det vill säga projektets nyckelpersoner, ska ha en god erfarenhet och ha genomfört referensuppdrag. Organisationen har således bedömts under kvalificeringsfasen. Att så har skett framgår också av ansökningsformuläret. Den föreslagna organisationen har således använts i både kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Specialfastigheter har inte begärt någon redovisning av vilken organisation eller bemanning som var knuten till respektive referensobjekt, utan har endast begärt redovisning av referensobjekten. En sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har skett. En förteckning över utförda uppdrag är således inte ett godtagbart tilldelningskriterium.

Tilldelningskriteriet "projektspecifik organisation/erfarenhet" har viktas till fyrtio procent och har således haft en avgörande betydelse för bedömningen av vilket anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Utformningen av tilldelningskriteriet har inneburit att utvärderingen påverkats av ovidkommande hänsyn och Bolaget har till följd av detta lidit skada. Bolaget har tilldelats en lägre poäng för det aktuella tilldelningskriteriet än vinnande leverantör.

Specialfastigheter

Referensobjekt

Enligt 15 kap. 11 § 1 LOU har en upphandlande myndighet rätt att begära uppgift om referensobjekt och ifrågavarande intyg. Det står dock en upphandlande myndighet fritt att välja i vilken utsträckning denna rätt nyttjas,

det vill säga den upphandlande myndigheten kan välja om den endast begär uppgift om referensobjekt eller såväl denna uppgift som intygen. 15 kap. 11 § 1 LOU är inte heller uttömmande. Det står den upphandlande myndigheten fritt vilken och i vilken omfattning utredning krävs in. Avsikten med referenser i upphandlingen var inte heller att kräva in bevis om liknande entreprenader hade utförts på ett tillfredställande sätt, utan att få information om anbudsgivaren överhuvudtaget utfört entreprenader av aktuellt slag.

I punkten 5.8 i upphandlingsdokumentet "Kvalificeringskrav" ges information om att lämnade uppgifter beträffande referensobjekten kan komma att kontrolleras. Det anges inte att kontrollen kommer att ske för att bilda sig en uppfattning om kvalitén avseende referensobjekten eller som ett alternativ för ett intyg enligt 15 kap. 11 § 1 LOU, utan endast för att verifiera av anbudsgivaren lämnad information. I detta hänseende är den upphandlande myndigheten inte heller anvisad att godta lämnad information såsom i fallet enligt 15 kap. 2 § LOU, utan det ankommer på den upphandlande myndigheten om den vill säkerställa riktigheten av lämnad information genom kontroll eller inte. Avgörande i detta fall är att anbudsgivarna behandlas lika. Att så inte skulle ha varit fallet har inte heller påståtts av Bolaget.

Det kan konstateras att omständigheten att intyg inte begärts in eller den påstådda oklarheten om förbehåll inte lett till att Bolaget diskvalificerats.

Tilldelningskriteriet "projektspecifik organisation/erfarenhet"

Som framgår av AFA.21 i de administrativa föreskrifterna avser upphandlingen uppförande av boendeavdelning för ungdomar som tvångsvis vistas inom ungdomshemmet Johannisberg enligt lagen med särskilda bestämmelser om vård av unga, så kallad slutna ungdomsvård. Ungdomarna kommer delvis att vara inlåsta. Detta ställer höga krav på kvalitén på bygganden.

Brister i utförandet kan innebära stora risker att personalen eller ungdomar kommer till skada.

En kompetent och effektiv organisation hos anbudsgivaren är en av de viktigaste faktorerna som kan säkerställa att utförandet och resultatet av entreprenaden kommer att hålla erforderlig kvalitet. Mot bakgrund av detta har utvärderingskriteriet ”projektspecifik organisation/erfarenhet” enligt AFB.53 en central betydelse för den aktuella upphandlingen. Vid utvärderingen gjordes en ingående bedömning av kompetens, utbildning och erfarenhet avseende den av anbudsgivaren föreslagna organisation för att kunna avgöra hur kvalitetssäkert och därmed hur kostnadseffektivt anbudsgivaren förväntas kunna utföra den specifika entreprenaden. Detta har inget att göra med den generella bedömningen av anbudsgivarens allmänna, potentiella förmåga och kapacitet att utföra entreprenader av det aktuella slaget som gjorts i kvalificeringsfasen.

I bedömningen enligt AFB.53 vägs även angivna referensobjekt in som ett moment för värdering av anbudsgivarens specifika erfarenhet. Ett annat moment är utbildning, kompetens och individuell erfarenhet av viss nyckelpersonal hos anbudsgivaren. Momentet referensobjekt är således endast en del av bedömningen av anbudsgivarens erfarenhet för att bland annat utifrån detta kunna göra en samlad värdering av hur kvalitetssäkert och därmed hur kostnadseffektivt entreprenaden kommer att kunna utföras av anbudsgivaren. Aktuell byggnad utgör del av en speciell ändamålsfastighet. Det är inte ovanligt att det saknas regler enligt Svensk Standard eller andra liknande allmänna regler/rekommendationer för uppförande/utförande av vissa delar av entreprenaden. I detta fall är det mer kostnadseffektivt, och därmed meriterande i upphandlingen, att arbetet utförs av en anbudsgivare som har erfarenhet av liknande uppdrag. Detsamma gäller för erfarenhet av att hantera särskilda krav på säkerhet och sekretess. Detta ska inte blandas ihop med

kvalificeringsbedömningen av anbudsgivarens generella förmåga/kapacitet att överhuvudtaget kunna utföra entreprenader av aktuellt slag.

I den aktuella upphandlingen hade två anbudsgivare tillräcklig kapacitet och förmåga att utföra entreprenaden, varför de kvalificerades. I steg två i upphandlingen gjordes en närmare bedömning av hur kvalitetssäkert entreprenaden kan förväntas bli utförd, vilket i sin tur har betydelse för kostnadseffektiviteten avseende hela projektet. Bedömningen av hur kvalitetssäkert entreprenaden kan förväntas bli utförd har i den aktuella upphandlingen gjorts utifrån kompetens och erfarenhet hos anbudsgivarens nyckelpersonal och utifrån tidigare erfarenhet med liknande uppdrag (referensobjekt), vilket tydligt framgår av AFB.31 och AFB.53 samt anbudsformulär steg två.

I kvalificeringsfasen gjordes en generell bedömning av anbudsgivarens allmänna, potentiella förmåga/kapacitet att utföra entreprenader av det aktuella slaget. Påståendet att kvalificering skett utifrån den projektspecifika organisationen är inte korrekt. I utvärderingsfasen bedömdes hur kvalitetssäkert och därmed kostnadseffektivt den specifika entreprenaden kan förväntas bli utförd. Det är i detta skede den projektspecifika organisationen får relevans eftersom bedömningen sker bland annat utifrån erfarenhet hos viss nyckelpersonal hos anbudsgivarna. Yrkeserfarenhet och utbildning hos nyckelpersoner utgör godtagbara utvärderingskriterier. Det är nyckelpersoner som styr entreprenaden, som ser till att resurser används på ett effektivt sätt, att samordning inom arbetsområdet sker, att utförda entreprenadarbeten håller efterfrågad kvalitet m.m. Kompetens och erfarenhet hos dessa personer påverkar direkt hur kvalitetssäkert och kostnadseffektivt entreprenaden utförs. Dessa kriterier har således omedelbart samband med huvudkriterierna kvalitet och pris och det är i detta sammanhang inte fråga om kapacitet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bolaget har gjort gällande att det obligatoriska kravet avseende referensuppdrag i upphandlingsdokumentet ”Kvalificeringskrav” inte utformats i enlighet med 15 kap. 11 § 1 LOU samt att Specialfastigheter har sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Förvaltningsrätten väljer att först pröva Bolagets invändning att en sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har skett.

Av 16 kap. 2 § LOU följer bl.a. utvärdering av ett anbud på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet ska ske utifrån kriterier som har anknytning till det som ska anskaffas. I artikel 67 i LOU-direktivet (Europaparlamentets och Rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG) anges att en sådan kvalitetsbedömning kan innefatta organisation av samt kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet, om kvaliteten på den personal som utsetts på ett betydande sätt kan påverka nivån på kontraktets fullgörande. Av förarbetena till LOU framgår att lagstiftaren valde att inte införa detta exempel på utvärderingskriterium i LOU men att det inte innebär någon begränsning i förhållande till den nyss nämnda artikeln (se prop. 2015/16:195 s. 786 f.).

Av EU-domstolens praxis framgår att upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska tillmätas, under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vidare har även i praxis särskilt angetts att kriterierna måste ha ett samband med kontraktets föremål (se bl.a. EU-domstolens dom i mål C-448/01, EVN och Wienstrom, p. 33 och 39).

Det följer även av praxis från EU-domstolen att leverantörskvalificering och anbudsutvärdering styrs av olika regler och inte får sammanblandas. I EU-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis anges därvidlag att 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 utvärderingskriterier.

I EU-domstolens mål C-601/13, Ambisig, fann domstolen att det vid upphandling av intellektuella tjänster – utbildning och rådgivning – inte fanns något hinder för den upphandlande myndigheten att införa ett kriterium som gör det möjligt att bedöma kvaliteten hos de arbetslag som anbudsgivarna konkret föreslagit för kontraktets fullgörande och som tar hänsyn till arbetslagens sammansättning samt erfarenhet och meriter hos dem som ingår i dessa. Domstolen anförde bl.a. att kvaliteten på fullgörandet av ett offentligt kontrakt på ett avgörande sätt kan vara beroende av vilka yrkesmässiga tjänster de personer som ska fullgöra kontraktet har, vilka utgörs av deras yrkeserfarenhet och utbildning.

I aktuell upphandling ska anbuderna utvärderas utifrån bästa förhållande mellan pris och kvalitet. I punkten AFB.53 i de administrativa föreskrifterna anges att anbuderna kommer att utvärderas enligt tilldelningskriterierna (i) pris, (ii) projektspecifik organisation/erfarenhet (iii) genomförande. Beträffande tilldelningskriteriet ”projektspecifik organisation/erfarenhet” anges i de administrativa föreskrifterna att utvärderingen av anbuderna i denna del kommer att ske utifrån dels hur effektivt anbudsgivaren kan förväntas genomföra entreprenaden med hänsyn till anbudsgivarens projektspecifika organisation (interna resurser och eventuella underentreprenörer) angående resurser och personalens utbildning och erfarenhet inom sitt fackområde (CV), dels hur väl referensobjekten (organisationens samt de anställdas) motsvarar upphandlingen avseende storlek, komplexitet, typ, pågående verksamhet, säkerhetsnivå och den erfarenhet inom det specifika fackområ-

det referensobjekten ger upphov till. Tilldelningskriteriet är viktat till fyrtio procent.

Enligt förvaltningsrättens mening kan det ur punkten AFB.53 inte utläsas att det vid utvärderingen av referensobjekten är fråga om en bedömning av förmågan hos ett specifikt arbetslag eller nyckelpersoner som har väsentlig betydelse för fullgörande av det aktuella kontraktet som upphandlingen avser. Vad gäller referensobjekten görs i nämnda punkt i de administrativa föreskrifterna istället en hänvisning till anbudsgivarnas organisation samt de anställda. Härvid kan konstateras att det i upphandlingsdokumenten inte heller finns något krav på att referensobjekten ska ha utförts av de nyckelpersoner som ska namnges i anbudet och som under entreprenadtiden inte får bytas ut utan godkännande från beställaren. Det finns inte heller något krav på att meritförteckningar för övriga anställda ska inges och att dessa personer ska förbehållas särskilt för att delta i fullgörandet av kontraktet.

Mot bakgrund av det ovanstående finner förvaltningsrätten att kriteriet ”projektspecifik organisation/erfarenhet”, vad gäller utvärderingen av referensobjekt, har utformas på ett sådant sätt att det huvudsakligen avser en bedömning av anbudsgivarnas allmänna förmåga och kapacitet att utföra det aktuella uppdraget. Det aktuella kriteriet har således inte en sådan koppling till kontraktet att det kan utgöra ett tilldelningskriterium. Förfarandet att utvärdera anbuderna utifrån kriteriet ”projektspecifik organisation/erfarenhet” strider därmed mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU och därvid särskilt mot principen om transparens. Det har inte framkommit annat än att Bolaget lidit eller riskerar att lida skada till följd av Specialfastigheters felaktiga utformning av det aktuella tilldelningskriteriet. Det föreligger därmed skäl för åtgärd enligt 20 kap. 6 § LOU. Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas skäl att pröva Bolagets övriga invändningar.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Christine Lindström
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Robert Larsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

