



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 31

DOM

2018-01-17

Meddelad i Stockholm

Mål nr

22629-17

SÖKANDE

S:t Eriks VVS Konsult & Installation KB, 969630-3206

Ombud: Sten Lövrup och André Prentell
Jansson & Norin AB
Kungsporsavenyn 18
411 36 Göteborg

MOTPART

Statens Fastighetsverk

Ombud: Markus Mårline
Advokatbyrån Sigeman & Co
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKE	
2018-01-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 931913

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30

BAKGRUND

Statens fastighetsverk (SFV) genomför ramavtalsupphandling, dnr 22-2193/15, avseende entreprenadarbeten till SFV:s förvaltningsområden Central Stockholm och Regeringsbyggnader. Upphandlingen är indelad i tre discipliner (VS/rör-arbeten, elarbeten och byggnadsarbeten) och tre geografiska områden (Riddarholmen/Gamla stan, Skepps- och Kastellholmen, samt Klarakvarteren och Harpsund), innebärande att totalt nio delupphandlingar genomförs samtidigt. Den nu aktuella överprövningen avser de två delupphandlingarna VS/rör-arbeten inom område 1 (Riddarholmen/Gamla stan) och VS/rör-arbeten inom område 2 (Skepps- och Kastellholmen). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande. Enligt upphandlingsföreskrifterna ska SFV anta tre anbud. Sju leverantörer lämnade anbud. I tilldelningsbeslutet valdes Bengt Johanssons Rör AB, Radiator VVS AB och Effektrör som ramavtalsleverantörer. Kravuppfyllnad har kontrollerats avseende dessa leverantörer samt en ytterligare leverantör som hade varit aktuell för tilldelning om denne uppfyllt samtliga krav, vilket den inte gjorde. För de tre andra anbudsgivarna (VVS Montage, S:t Eriks VVS Konsult & Installation KB och Wahlings Installationservice) har kravuppfyllnad inte kontrollerats.

YRKANDEN M.M.

S:t Eriks VVS Konsult & Installation KB (SEVK) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse skett. Rättelsen ska bestå i att en ny anbudsprövning sker och att åtminstone anbuderna från Bengt Johanssons Rör AB, Radiator AB och Effektrör AB förkastas. Dessutom ska anbudet från VVS Montage förkastas. VVS Montage ska vid eventuell utvärdering inte heller erhålla några mervärden. SEVK ska därmed tilldelas

ramavtal såsom rangordnad etta. I andra hand yrkas att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

SFV bestrider bifall till ansökan om överprövning.

GRUNDER M.M.

S:t Eriks VVS Konsult & Installation KB

SEVK anför bl.a. följande till stöd för sin talan. SFV har genomfört upphandlingen i strid med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, och de EU-rättsliga grundprinciperna. Prövningen av de anbud som inkommit har inte skett på det sätt som angivits i upphandlingsdokumentet. Anbuden från Bengt Johanssons Rör AB, Radiator AB och Effektrör AB uppfyller inte alla obligatoriska krav som uppställs i upphandlingsdokumentet och skulle därför ha förkastats av SFV. Om anbuden hade förkastats hade SEVK tilldelats ramavtal och SEVK är således skadelidande. När SFV gör en ny utvärdering ska också anbudet från VVS Montage förkastas eftersom bolaget inte uppfyller formaliakraven för upphandlingen. Om VVS Montages anbud inte förkastas ska VVS Montage vid utvärdering inte erhålla några mervärden eftersom bolaget inte inkommit med nödvändigt antal referenser för att erhålla mervärdesavdrag. SFV har vidare sammanblandat kvalifikationskrav och utvärderingskriterier på ett sätt som strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1-2 §§ LOU. Detta innebär att upphandlingen ska göras om. Om upphandlingen görs om har SEVK möjlighet att lämna anbud och bli tilldelat kontrakt. SEVK är således skadelidande eller riskerar i vart fall att lida skada om upphandlingen tillåts bestå.

Kvalificeringskrav och utvärderingskriterier har i upphandlingen sammanblandats då de kriterier som utvärderats i utvärderingsdelen är

hänförliga till anbudsgivaren. Utvärderingskriterier som härrör från resurser som anbudsgivaren förfogar över ska rätteligen ingå i kvalifikationsdelen i upphandlingen och inte i utvärderingsfasen. I upphandlingen har mervärde kunnat utgå för arbetsledares referenser inom kategorierna ”Utförande-kvalité, bemötande, samarbetsförmåga och komma med konstruktiva lösningar”, ”Tillgänglighet, inställelsetider och effektivitet”, ”Ekonomi och projektadministration” samt ”Erfarenhet/kunskap/förståelse/lyhördhet av arbeten/uppdraget i arkitektoniskt eller/och kulturhistoriskt värdefulla miljöer”. Den mervärdesgrundande referenstagningen härrör sig mycket starkare till anbudsgivarnas förmåga att fullgöra det upphandlade uppdraget varför SFV:s användande av utvärderingskriterierna påverkats av ovidkommande hänsyn. Upphandlingen kan i denna bemärkelse jämföras med den som var föremål för prövning i Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 486-17. Med anledning av att utvärderingskriterierna påverkats av ovidkommande hänsyn strider upphandlingen mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1-2 §§ LOU.

SEVK har vidare redogjort för andra brister i upphandlingsdokumentet, skälen till varför anbuden från Bengt Johanssons Rör AB, Radiator AB, Effektrör AB och VVS Montages ska förkastas samt skälen till varför SEVK:s anbud uppfyller alla obligatoriska krav.

Statens Fastighetsverk

SFV anför bl.a. följande till stöd för sin talan. SEVK:s anbud uppfyller inte ställda obligatoriska krav och kan därför inte bli aktuell för kontraktstilldelning vid en förnyad utvärdering. Bolaget har därmed inte riskerat att lida skada till följd av påstådda brister. Vidare uppfyller Johanssons Rör AB, Radiator AB och Effektrör AB alla obligatoriska krav som uppställs i upphandlingsdokumentet. VVS Montage bedömdes ha lämnat det fjärde bästa anbudet i enlighet med utvärderingsmodellen. SFV

har därför inte gjort någon kontroll av kravuppfyllnad och kan inte vitsorda SEVK:s uppgifter att VVS Montages anbud borde förkastas. SFV har slutligen inte sammanblandat kvalifikationskrav och utvärderingskriterier.

Enligt utvärderingsmodellen sker utvärdering genom att man gör en bedömning av förhållandet mellan pris och kvalitet. Kvalitetskriteriet består av en utvärdering av offererad arbetsledares erfarenhet och kompetens. Detta görs genom en poängsättning av två referenser, där man bland annat bedömt utförandekvalitet, tillgänglighet, effektivitet, ekonomi och projektadministration, samt erfarenhet och kunskap av arbeten i arkitektoniskt eller kulturhistoriskt värdefulla miljöer. Samtliga dessa moment är av stor betydelse för SFV i de arbeten som kan bli aktuella under ramavtalet och har direkt anknytning till de arbeten som ska utföras. En bedömning av offererad arbetsledares erfarenhet och kompetens inom nämnda moment får därför anses syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och är därför tillåtet att använda som utvärderingskriterium. Med hänsyn till att SEVK:s anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen och därför hade (eller kommer att) förkastats vid en kontroll av kravuppfyllnad har bolaget under inga omständigheter riskerat att lida någon skada av de påstådda bristerna i utvärderingsmodellen. Det ska framhållas att SEVK offererat det fjärde billigaste anbudspriset och inte hade tilldelats kontrakt även om man bortsett från mervärdeskriteriet.

SFV har vidare närmare redogjort för skälen till att SEVK:s anbud skulle ha förkastats och varför anbuden från Bengt Johanssons Rör AB, Radiator AB och Effektrör AB uppfyller alla obligatoriska krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som SEVK har anfört. Parterna bär själva ansvaret för utredningen

och domstolen är vid prövningen begränsad till vad parterna har anfört (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Enligt 20 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47 samt HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Förvaltningsrätten prövar därför inledningsvis de brister som uppges ha förekommit under det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen och börjar med SEVK:s påstående att SFV har sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskriterier.

Av avsnitt AFB.53 i upphandlingsdokumentet framgår att SFV kommer att anta de tre anbud som är de mest ekonomiskt mest fördelaktiga, med bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Vidare anges att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga är det som erhåller lägst utvärderingssumma. Utvärderingsmodellen innebär att anbudsgivaren har möjlighet att få avdrag (nedjustering) för erhållna mervärdespoäng. Mervärde erhålls genom att

lämna referenser för arbetsledaren. Referenterna ska betygsätta arbetsledarens resultat inom kategorierna ”Utförandekvalité, bemötande, samarbetsförmåga och komma med konstruktiva lösningar”, ”Tillgänglighet, inställelsetider och effektivitet”, ”Ekonomi och projektadministration” och ”Erfarenhet/kunskap/förståelse/lyhördhet av arbeten/uppdraget i arkitektoniskt eller/och kulturhistoriskt värdefulla miljöer. Ex; statliga byggnadsminnen, q-märkning, museum, kyrkor, fornminnen eller liknande anläggningar.”.

Av EU-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning, dvs. utvärderingskriterier (se p. 30). I ett senare avgörande, C-601/13 Ambisig, tog EU-domstolen fasta på att det vid bestämmande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska fastställas vilket anbud som har det bästa förhållandet mellan kvalitet och pris, vilket är ägnat att förstärka kvalitetsens betydelse vad gäller tilldelningskriterier vid offentlig upphandling (p. 29). Av avgörandet framgår att kvaliteten på fullgörandet av ett offentligt kontrakt på ett avgörande sätt kan vara beroende av vilken yrkeserfarenhet och utbildning de personer som ska fullgöra kontraktet har. Detta gäller i synnerhet om kontraktsföremålet avser intellektuella tjänster (p. 31-32).

Den nu aktuella upphandlingen avser inte intellektuella tjänster utan VS/rörarbeten. Med hänsyn till föremålet för upphandlingen bedömer förvaltningsrätten att utvärderingskriteriet arbetsledarens referenser huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga och kapacitet att utföra uppdraget. Genom att SFV använt detta kriterium har utvärderingen påverkats av ovidkommande hänsyn. Förfarandet strider därmed mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. (Jfr

Kammarrätten i Stockholms dom den 28 juni 2017 i mål nr 486-17 och dom den 19 december 2017 i mål nr 4767-17).

SEVK har anfört att om upphandlingen görs om har SEVK möjlighet att lämna anbud och bli tilldelat kontrakt, och att bolaget därför riskerar att lida skada om upphandlingen tillåts bestå. SFV har invänt att SEVK inte riskerar att lida skada eftersom SEVK:s anbud inte uppfyller alla obligatoriska krav och därför skulle ha förkastats samt att SEVK offererat det fjärde billigaste anbudspriset och inte skulle ha tilldelats kontrakt även om man bortsett från mervärdeskriteriet. Huruvida SEVK uppfyllt alla obligatoriska krav och hur SEVK placerat sig i förhållande till andra anbudsgivare vad avser anbudssumman saknar betydelse i detta fall. Det kan nämligen antas att om felet i upphandlingen inte hade förelegat hade SEVK:s anbud kunnat utformas på ett annat sätt och uppfyllt alla krav samt varit konkurrenskraftigt. SEVK får därför anses ha visat att bolaget kan komma att lida skada. Felet har, som ovan angetts, påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är därför inte tillräckligt med rättelse utan upphandlingen måste göras om. Vid denna utgång saknas anledning att pröva vad SEVK i övrigt anfört utgör skäl för att ingripa mot upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Per-Erik Nistér

Tf. rådman

Anna-Karin Saxvold har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.