



SÖKANDE

Byggessen Entreprenad AB, 556504-4137
Österleden 2
721 35 Västerås

MOTPART

Västerås kommun
721 87 Västerås

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019-06-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Västerås kommun (kommunen) genomförde upphandling benämnd "Rudbeckianska Gymnasiet – Ombyggnad av Storkök", dnr FN 2019/00052-2.6.1. Den 16 april 2019 beslutade kommunen att avbryta upphandlingen med motiveringen att endast ett giltigt anbud återstod.

Bygghuset Entreprenad AB (bolaget) yrkar att avbrytande av upphandlingen ogiltigförklaras. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Meddelandet om avbruten upphandling preciserar inte tydligt nog de sakliga skälen för avbrytandet. Kommunen borde ha begärt in kompletteringar från referenterna för bolagets angivna referentuppdrag då för lågt angivna referentbetyg inte står i proportion till förutsättningarna för avbrytandet av upphandlingen. I de blanketter som referenterna fått kommunicerat till sig går det inte någonstans att utläsa att ett snittbetyg om 3,5 är minsta värde för att referensuppdraget ska anses som kvalificerande för lämnade anbud. Det har inte heller på något annat sätt kommunicerats referenterna vad betygsskalan innebär för kvalificering. Det finns vidare en otydlighet i upphandlingsunderlagets punkter AFB.523 och AFB.524. I AFB.523 anges det i sjätte stycket att:

"Uppdragen ska ha utförts med för beställaren godkänt resultat och detta kommer att kontrolleras enligt AFB.524".

I AFB.524 anges det i åttonde stycket att:

"för att anbudsgivaren och bedömt personal ska anses kvalificerad för uppdraget ska referenternas medelbetyg i utvärderingen vara 3,5 eller högre".

I tionde stycket i AFB.524 anges det emellertid:

"3 = Stämmer oftast, godkänt".

Otydligheten består i att det står att det krävs 3,5 i medelbetyg samtidigt som 3 är godkänt.

I sammanhanget är det dessutom viktigt att väga in aspekten att de referentpersoner som fått förfrågan att lämna referens på uppdrag tidigare utförda av bolaget fått en blankett där betyget 3 motsvarar godkänt. Den rimligaste följden från kommunens sida borde ha varit att kräva in nya referenstagningar från samtliga referenter med förtydligande om referenstagningens egentliga betygsskala på referensblanketterna, där godkänt värde är 3,5 eller högre.

Kommunen yrkar att ansökan ska avslås och anför bland annat följande.

En upphandlande myndighet får avbryta en upphandling om den har sakligt godtagbara skäl för beslutet. Sakligt godtagbara skäl kan vara att det inte finns något anbud som uppfyller kraven i upphandlingsdokumenten, eller att det föreligger bristande konkurrens på så sätt att endast ett anbud uppfyller kraven (se 1C-27/98 Fracasso). En upphandlande myndighet har också sakligt godtagbara skäl att avbryta en upphandling om anbudspriserna överstiger myndighetens budget. I aktuell upphandling inkom anbud från tre olika anbudsgivare. Två av anbuden hade brister avseende referenser eller omdömen från referenser och uppfyllde därför inte de ställda kraven. Det tredje anbudet var högre än kommunens budget.

Vad gäller bolagets referenser så framgår av punkt AFB 524 i upphandlingsunderlaget att anbudsgivarens referenter kommer att få betygsätta angivna frågor/påståenden på ett sätt där betyg 1 är lägst och 5 är högst. Det framgår också att referenterna kommer att få förklaring till vad som avses med de olika betygsgraderna. Det står emellertid inte att referenserna kommer att få ytterligare information än just denna. Den referensblankett som använts har framgått av upphandlingsdokumentationen, liksom den information som finns med i blanketten. Bolaget har inte invänt vare sig mot instruktionen i punkt AFB.524 eller mot att endast angivna påståenden/frågor och betygsskalan samt dess innebörd framgått av blanketten. Bolaget borde därför, om rimligt informerad och normalt omsorgsfull, förstå innebörden av betygssättningen och dess betydelse i upphandlingen. Det saknar betydelse huruvida referenten

hade kännedom om vilka konsekvenser erhållande av ett visst medelbetyg skulle få. Syftet med kravet är att få viss kvalitet. Ett medelbetyg om 3,5 kan inte anses alltför krävande eller oproportionerligt, utan är både lämplig, rimlig och nödvändig för att det eftersträvade syftet ska uppnås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden RÅ 2008 ref. 35 och RÅ 2009 ref. 43 framgår förutsättningarna för att avbryta en upphandling. En upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när en inledd upphandling behöver avbrytas. Rätten att avbryta en upphandling begränsas inte till undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl. Ett beslut att avbryta en upphandling måste dock vila på sakligt godtagbara skäl och det får inte vara godtyckligt. Att endast en lämplig anbudsgivare återstår får som regel anses vara ett godtagbart skäl för att avbryta en upphandling.

Kommunen har som skäl för avbrytandebeslutet angett att det föreligger bristande konkurrens då endast en kravuppfyllande anbudsgivare återstår. Enligt avbrytandebeslutet har bolagets anbud inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav avseende referensbetyg och därför förkastats.

I upphandlingsunderlaget anges bland annat följande.

AFB 524 Referenstagning och bedömning
Referensuppgiften redovisas på separat blankett.

Det är viktigt att anbudsgivaren försäkras sig om att referenterna är villiga att delta och att de har god kännedom om det referensuppdrag som anges i anbudet.

Referenten som ger referensomdömet ska ha innehaft en befattning i referensuppdraget som ger möjlighet att bedöma kompetens och kvalitet vid genomförande av uppdraget. Anbudsgivare och referent får ej vara i jävsförhållande.

Nystartade företag eller företag som vill utvidga sitt verksamhetsområde får lämna referenser på tidigare utförda uppdrag där företagets företrädare eller nyckelpersonal har haft en viktig roll.

Referensformuläret skickas av Västerås stad till på referensbanketten angivna referenters e-postadresser. Max 4 st referenter kommer att kontaktas och beställaren kommer utvärdera de två (2) första referenserna som inkommit.

Svarsperioden för referensuppgifter kommer att infalla ca 1-3 veckor efter anbudstidens utgång. Påminnelse till referenten kommer att skickas vid ett tillfälle under svarsperioden.

Om referenten inte svarat inom angiven tid kommer anbudsgivaren att erhålla noll poäng för den obesvarade referensen. För att anbudsgivaren och bedömd personal ska anses kvalificerad referenternas medelbetyg i utvärderingen vara 3,5 eller högre.

Referenter kommer att få betygsätta nedanstående frågor:

Föreslagen entreprenör/person har i refererat uppdrag visat mycket god förmåga att:

- Se till så att genomförandet sker på ett yrkesmässigt mycket bra sätt
 - Se till att genomförandet sker inom utlovad tid
 - Har god förmåga att samarbeta och kommunicera med beställaren
 - Du kan tänka dig att ge anbudslämnaren förnyat förtroende att utföra ett liknande uppdrag åt dig i framtiden.

Referenser betygsätts enligt skalan 1-5 av referenterna efter påståendefrågor till referenterna.

- 1 = Stämmer inte alls, mycket dåligt - mycket missnöjd
- 2 = Stämmer endast undantagsvis, dåligt, missnöjd - tveksamt godkänt
- 3 = Stämmer oftast - godkänt
- 4 = Stämmer med enstaka undantag, bra - nöjd
- 5 = Stämmer alltid, mycket bra - mycket nöjd

Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsunderlaget får anses tydligt framgå hur referensupptagningen kommer att ske. I underlaget anges att den anbudslämnare som inte får snittpoäng motsvarande 3,5 inte kvalificerar sig för utvärdering i upphandlingen. Vilka uppgifter som referensper-

sonerna skulle frågas om framgång av utvärderingsmodellen där även betygs-
skalan finns återgiven på ett tydligt sätt. Vad gäller denna skala anför bola-
get att det föreligger en otydlighet i att det krävs 3,5 i snittbetyg samtidigt
som betyget 3 bedöms som ”godkänt”. Enligt förvaltningsrätten saknas
koppling mellan benämningen av ett visst betygssteg och det krävda snittbe-
tyget. Att bestämma det lägsta accepterade snittbetyget för vidare kvalifice-
ring till 3,5 av 5 möjliga där 3 motsvarar betyget ”godkänd” kan i sig inte
anses oproportionerligt. Beträffande vilken information som lämnats till re-
ferenterna anser förvaltningsrätten att det är tillräckligt att dessa känner till
sina egna uppgifter och att det inte måste framgå för referenspersonen vad
följderna av ett visst betyg blir (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 8
mars 2018, mål nr 9-18). Mot den bakgrunden framgår inte annat än att
kommunen haft fog för att diskvalificera bolagets anbud i upphandlingen.

När endast ett anbud återstår i en upphandling finns det ingen möjlighet för
den upphandlande myndigheten att jämföra olika anbud och att utnyttja den
konkurrens som finns på marknaden. Med hänsyn till att det endast finns ett
anbud kvar som uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingsunderlaget
har kommunen visat att det föreligger sakligt godtagbara skäl för att avbryta
upphandlingen redan på denna grund. Det har inte heller framkommit att
beslutet att avbryta upphandlingen varit godtyckligt eller av annan
anledning fattats i strid med någon av de grundläggande principerna i 4 kap.
1 § LOU. Skäl att pröva om kommunen haft godtagbara skäl att avbryta
upphandlingen på annan grund föreligger inte. Ansökan om ingripande
enligt LOU ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Lena Björner
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.