



SÖKANDE

Brekke & Strand Akustik AB, 556815-3760

Ombud: Editha Ehrmanntraut
Brekke & Strand Akustik AB
Box 1084
405 23 Göteborg

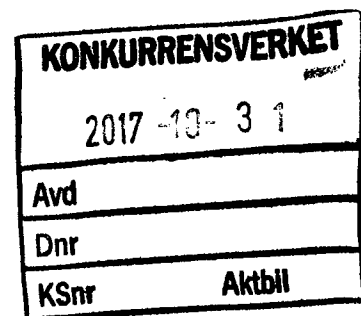
MÖTPART

Statens Fastighetsverk

Ombud: Chefsjurist Tomas Gustavsson
Box 2263
103 16 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Statens fastighetsverk (SFV) genomför en upphandling avseende konsulttjänster avseende akustik inför ombyggnation av Kungliga Operan och nytt produktionscenter (NPC), dnr 254-2783/13. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med avseende på kvalitet och pris. Tilldelningsbeslut meddelades den 31 augusti 2017 varvid kontrakt tilldelades annan anbudsgivare än Brekke & Strand Akustik AB.

Brekke & Strand Akustik AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att tilldelningsbeslutet återkallas och upphandlingen justeras så att enlighet med LOU uppnås innan en ny bedömning och tilldelning kan ske.

SFV bestrider bifall till bolagets ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Kravställningen har skett på ett odefinierat och otydligt sätt, främst avseende krav på referensprojektens beskrivningar och innehåll. Bedömningar av anbud har skett godtyckligt utan klara och tydliga parametrar avseende kravuppfyllnad och de mervärden som anbudsgivarna erhållit har därmed varit godtyckliga. Upphandlingen har därmed skett i strid med LOU.

Vad gäller kriteriet "Erfarenhet inom elektroniska system för reglering av scenkonsthus", Erfarenhet av liknande ombyggnationer" samt "Erfarenhet inom scenkonst" framgår inte tydligt hur SFV utvärderar leverantörens erfarenhet. Anbudsgivarna ges mervärden i form av 0-3 poäng för ringa, viss,

stor eller mycket stor erfarenhet. Det ges dock inte uttryckligen en beskrivning för vilka parametrar som styr indelningen i dessa kategorier. Utvärderingen kan därför inte anses ha skett annat än godtyckligt. Exempelvis har vinnande anbudsgivare fått 3 poäng i mervärde för en tresidig beskrivning om medarbetarnas erfarenhet i samband med att spela musikinstrument och deras musikaliska utbildning utan att nämna referensprojekt. Bolaget får i samma utvärdering 2 poäng i mervärde för beskrivning av åtta relevanta referensprojekt.

Vad gäller kriteriet "uppdragskritiska områden" ges anbudsgivarna mervärden i form av 0-3 poäng för godkänd, väl godkänd, mycket väl godkänd och utmärkt. Det beskrivs dock inte exakt vilka kriterier som gör att en anbudsgivare uppnår nämnda nivåer. Utvärderingen sker därmed godtyckligt.

Utan ett tydligt förfrågningsunderlag och en förutsägbar tillämpning av det samma kan upphandlande myndighet godtyckligt välja leverantör och syftet med offentlig upphandling i konkurrens har då åsidosatts. SFV har varit godtycklig i sin bedömning av anbud och upphandlingen har därför inte skett i enlighet med LOU.

SFV

Påstådda brister i kravställningen

Kraven avseende referensprojekt är tydligt beskrivna i förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte åberopat någon annan otydlighet. Kraven på referensprojekt utgör hursomhelst kvalificeringskrav och det är ostridigt att bolaget uppfyllt kraven. Referensprojekten har inte ingått som ett led i anbudsutvärderingen. Bolaget har därmed inte lidit någon skada på grund av eventuell otydlighet.

Påstådda brister i utvärderingsmodellen

Det följer av praxis och ligger i sakens natur att upphandlande myndigheter måste ges ett visst utrymme för egna bedömningar vid prövningen av ett anbuds innehåll. Den omständigheten att en anbudsgivare, enbart genom att ta del av förfrågningsunderlaget, inte helt kan förutse utfallet av utvärderingen av det egna anbudet medför inte att utvärderingsmodellen brister i transparens.

Det är ostridigt att förfrågningsunderlaget uttryckligen anger att vart och ett av delkriterierna vid sidan av priset skulle bedömas på en poängskala 0-3, där nivåerna motsvarade "godkänd", "väl godkänd", "mycket väl godkänd" respektive "utmärkt". Bolagets invändning gäller att SFV inte i detalj redovisat vad exakt som skulle krävas för den ena eller andra nivån. SFV bestriker att det finns någon sådan skyldighet. Mot bakgrund av EU-domstolens avgörande i mål C-6-15 (TNS Dimarso) får det anses uppenbart att SFV:s beskrivning i förfrågningsunderlaget av den aktuella utvärderingsmodellen med god marginal uppfyller de krav som gäller ifråga om transparens.

Vidare framgår det uttryckligen av förfrågningsunderlaget att de nu berörda delkriterierna för anbudsutvärderingen, beträffande uppdragskritiska områden och erfarenhet av olika slag, skulle bedömas på grundval av för ändamålet inlämnade beskrivningar, inte på grundval av de referensprojekt som hade begärts in som ett led i kvalificeringen av anbudsgivarna eller något annat.

Detta gäller även kriteriet "Erfarenhet inom scenkonst". Av handling 3.1.1., mervärdesmodell, framgår att det är erbjudna konsulter erfarenhet av akustik inom scenkonstområdet som ska bedömas utifrån inlämnad beskrivning. Vidare anges att en bedömning kommer att göras och poängsättas mellan 0-3 poäng beroende på hur stor erfarenhet de offererade medarbetarna har inom området. Det är alltså tydligt beskrivet att det är konsulternas erfarenhet inom scenkonstområdet som ska bedömas och inte enskilda referenspro-

jekt. Konsultens erfarenhet inom scenkonstområdet är viktigt i upphandlingen, eftersom det får antas påverka förmågan att förstå uppdragets komplexitet, att utföra en bra behovsanalys, att kunna föra en bra dialog med musiker, sångare, dirigenter och annan personal på Kungliga Operan m.m. Det är SFV:s uppfattning att den beskrivning som görs av delkriteriet är tillräcklig och att beskrivningen inte brister i transparens.

Bolaget anser att även delkriteriet "Uppdragskritiska områden" innebär att utvärderingen kan ske godtyckligt. Här framgår av handling 3.1.1 att bedömningen tar sikte på vilken insikt i uppdragskritiska områden som anbudsgivarna kan visa, och att därför de tre mest kritiska områdena för uppdraget ska beskrivas, med förslag på hantering av dessa fram till och med färdigställd systemhandling. Det framgår att bedömningen tar utgångspunkt i hur väl konsultföretaget identifierat de för uppdraget kritiska områdena och hur konsultföretaget avser att hantera dessa, och att bedömningen och poängsättningen sker enligt den beskrivna skalan. Kriterierna är tillräckligt tydliga för att anbudsgivarna ska ha kunnat förutse vad som skulle bedömas, och uppfyller med god marginal de krav som ställts i tidigare praxis.

Poängsättningen av delkriteriet "Erfarenhet inom scenkonst"

Av vinnande anbudsgivares beskrivning kan utläsas att flera av deras konsulter har musikalisk utbildning och att flera har medverkat som korister på scen i professionella operauppsättningar. En av konsulterna har varit ansvarig akustiker i många år för världsberömda festspel inom klassik musik och opera. Denne har dessutom fungerat som rådgivare i hundratals uppsättningar, från de första scenografiska skisserna till premiären. Flera av akustikerna har dessutom mycket stor erfarenhet av behovsanalys med enkäter och intervjuer av musiker, vilket är en viktig del i projekteringen. Sammantaget har vinnande anbudsgivares offererade konsulter därför bedömts ha mycket stor och synnerligen relevant erfarenhet inom scen-

konstområdet, och bolagets anbud har följdenligt tilldelats tre poäng för detta delkriterium.

Av bolagets beskrivning framgår jämförelsevis lite av offererade konsulter erfarenhet inom scenkonstområdet. Beskrivningen redogör kort för ett antal projekt som främst omfattar ingenjörsmässigt akustikarbete. Akustiska lösningar beskrivs inte med tydlig koppling till erfarenheten inom scenkonstområdet. De projekt som beskrivs har dock ansetts relevanta och även den forskningsstudie som bolaget hänvisar till har bedömts som relevant vid bedömningen. Bolagets konsulter har sammantaget bedömts ha stor erfarenhet av scenkonstområdet och anbudet har därför erhållit två poäng för detta delkriterium.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 20 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU (jfr HFD 2013 ref. 53).

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 myndigheter har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Strider kravställningen mot LOU?

Bolaget har anfört att kravställningen har skett på ett odefinierat sätt, främst avseende krav på referensprojektens beskrivningar och innehåll. Förvaltningsrätten konstaterar att kraven på referensprojekt utgör kvalificeringskrav och att bolaget har uppfyllt dessa krav. Bolaget har varken närmare preciserat på vilket sätt kravställningen skulle stå i strid med LOU eller redogjort för hur bolaget har lidit eller riskerat att lida skada av påstådda brister i kravställningen. Som ovan nämnts är det den som ansöker om överprövning som ska visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. Förvaltningsrätten finner inte att bolaget i detta avseende har förmått visa att SFV har agerat i strid med LOU. Skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad bolaget har framfört i denna del saknas således.

Strider utvärderingsmodellen mot LOU?

Bolaget har anfört att det inte framgår tydligt hur SFV utvärderar leverantörens erfarenhet och bl.a. invänt mot att det inte uttryckligen anges vad som krävs för att få en viss poäng/uppnå en viss nivå.

Av de Administrativa föreskrifterna, AUB.22 framgår att förfrågningsunderlaget bl.a. består av "Administrativa föreskrifter" samt "Mervärdesmodell". Av AUB.52 framgår att det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet enligt däri angiven beskrivning kommer att antas. Det framgår vidare exempel på hur jämförelsearvodet räknas ut enligt den i förfrågningsunderlaget angivna modellen.

Av "3.1.1 Mervärdesmodell" framgår vilka kriterier som är föremål för utvärdering, vad bedömningen grundas på, poängskala samt vad varje erhållna poäng är värd i mervärde. Vad avser kriteriet "uppdagskritiska områ-

den” är den angivna poängskalan 0-3 poäng (motsvarande godkänd, väl godkänd, mycket väl godkänd och utmärkt). Anbudsgivaren ska här beskriva de tre mest kritiska områdena för uppdraget med förslag på hantering av dessa fram till och med färdigställd systemhandling. Det anges att bedömningen görs utifrån av anbudslämnaren inlämnad beskrivning och att bedömningen tar sin utgångspunkt i hur väl de för uppdraget kritiska områdena identifierats och hur dessa ska hanteras. Vad gäller kriterierna ”Erfarenhet inom elektroniska system för reglering av scenkonsthus”, ”Erfarenhet av liknande ombyggnationer” och ”Erfarenhet inom scenkonst” är den angivna poängskalan 0-3 poäng (motsvarande ringa erfarenhet, viss erfarenhet, stor erfarenhet och mycket stor erfarenhet). Det framgår att det är anbudsgivarens beskrivning av erfarenhet inom nämnda kriterier som är föremål för bedömning.

Förfrågningsunderlaget ger visserligen inte exakt ledning för hur anbudsgivaren kan uppnå en viss nivå och därmed erhålla en viss poäng. Upphandlingsföremålet är i förevarande fall konsulttjänster avseende akustik inför ombyggnation av Kungliga Operan och nytt produktionscenter. Det är alltså inte fråga om en specificerad och jämförbar produkt varför det måste finnas utrymme för myndigheten att använda sig av en mer öppen utvärderingsmodell. Den omständigheten att en anbudsgivare inte fullt ut kan förutse utfallet av utvärderingen genom att endast ta del av förfrågningsunderlaget innebär inte att utvärderingsmodellen står i strid med LOU (se Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 8289-15 m.fl.). Förvaltningsrätten anser att utvärderingsmodellen i förevarande fall är tillräckligt tydlig att för att varje anbudsgivare med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten finner således inte att bolaget har visat att utvärderingsmodellens utformning strider mot LOU.

Har utvärderingen skett i strid med LOU?

Bolaget har anfört att utvärderingen skett godtyckligt och som exempel angivit att vinnande anbudsgivare, avseende kriteriet ”Erfarenhet inom scenkonst” fått 3 poäng i mervärde för en tresidig beskrivning om medarbetarnas erfarenhet utan att nämna referensprojekt samtidigt som bolaget erhållit 2 poäng för beskrivning av åtta relevanta referensprojekt.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlande myndighet har ett relativt betydande bedömningsutrymme vid värdering av kriterier samt att det ankommer på sökanden att visa att poängsättningen är felaktig. En upphandlande myndighet har stor frihet att utforma utvärderingsmodeller och att utvärdera anbuderna (se RÅ 2010 ref. 78). Vidare ankommer det inte på domstolar att vid överprövning av offentlig upphandling göra en egen utvärdering av anbuderna. Prövningen inskränker sig till frågan om principerna i 4 kap. 1 § LOU, samt övriga regler i LOU, har överträtts (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2130-12). Först när det klart kan konstateras att den upphandlande myndighetens bedömning har gjorts i strid med förfrågningsunderlaget eller i strid med de principer som styr LOU finns det skäl för ingripande (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 3051-14).

Bolaget har framfört invändningar mot att vinnande anbudsgivare erhållit 3 poäng avseende delkriteriet ”Erfarenhet inom scenkonst” utan att de har nämnt referensprojekt i sin beskrivning. Förvaltningsrätten konstaterar att det, avseende det aktuella kriteriet, inte av förfrågningsunderlaget framgår att referensprojekt skulle ingå i beskrivningen.

Vinnande anbudsgivare har tilldelats 3 poäng för det aktuella kriteriet och bolaget har erhållit 2 poäng. SFV har i förvaltningsrätten redogjort för vad som utgjort skillnaden i vinnande anbudsgivares respektive bolagets beskrivningar av erbjudna konsulter erfarenhet inom kriteriet ”Erfarenhet

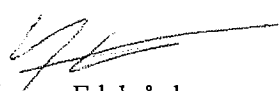
inom scenkonst”. Det har i målet inte framkommit något som talar för att SFV har vägt in någon annan omständighet än vad de angivit i förfrågningsunderlaget vid bedömningen. Det har inte heller framkommit att SFV på något annat sätt vid utvärderingen tagit osakliga hänsyn. Sammanfattningsvis har det inte framkommit annat än att SFV vid utvärderingen följt den utvärderingsmodell som har formulerats i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att bolaget inte har förmått visa att SFV har agerat i strid med LOU vid utvärderingen.

Slutsats

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte framkommit skäl att ingripa mot den aktuella upphandlingen med stöd av LOU mot bakgrund av vad bolaget anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Marcus Edelgård
Rådman

Sara Rostamian 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-post-adress, 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

