



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Ann-Louice Jonsson

DOM
2019-04-29
Meddelad i Falun

Sida 1 (7)

Mål nr
923-19

KONKURRENSVERKET	
2019-04-26 29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Bygg & Miljöteknik Sweden AB, 556650-3511
Box 141
615 23 Valdemarsvik

MOTPART

Förbo AB, 556109-8350

Ombud: Advokaten Christian Martinsson och jur. kand. Amir Daneshpip
Front Advokater AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 248619

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se
www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–12:00
13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Förbo AB (Förbo) genomför, genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU), en upphandling benämnd "Yttre underhåll o d, Stationsvägen 7-11, Mölnlycke" (dnr 18/37). Tilldelningsbeslut meddelades den 14 februari 2019 varvid en annan anbudsgivare än Bygg & Miljöteknik Sweden AB (BMT) antogs som leverantör. Av utvärderingsprotokollet framgår att BMT:s anbud förkastades.

BMT yrkar i en ansökan att upphandlingen ska rättas vad gäller utvärderingen av referenser alternativt att upphandlingen ska göras om. BMT anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Förbo har ställt upp ett krav i AFB.52 som medför att anbudsgivare som tidigare haft uppdrag hos Förbo blir helt beroende av myndighetens referent för att bli kvalificerad i upphandlingen. BMT utförde under 2017 en liknande entreprenad åt Förbo. Bristfällig förprojektering från Förbos sida medförde dock en mängd tillkommande arbeten och även avsevärda förändringar av den ursprungliga tidsplanen. Förbos projektledare, tillika referent, var irriterad över de bristfälliga handlingarna vilket fick till följd att förhållandet mellan BMT och Förbo, dvs. referenten, var ansträngt under projektets slutfas. Slutbesiktningen visade dock att projektet utförts helt i enlighet med handlingarna utan några väsentliga anmärkningar. Referenten (nr 1) gav betyget 15 poäng. Det medförde att BMT:s anbud förkastades. Det av referenten avgivna betyget avspeglar vare sig BMT:s uppfattning om hur projektet genomfördes eller den dokumentation som upprättades under projekttiden. Korrespondens, mötesprotokoll m.m. ger vid handen att projektet genomfördes på ett för Förbo föredömligt sätt, varför referenten borde gett en betydligt högre poäng. BMT:s egen referent (nr 3) visar bättre på bolagets förmåga att genomföra liknande projekt. Förbo valde dock att inte ta in betyg från den referenten. Förbos referent ges personlig vetorätt att utesluta den anbudsgivare som denne önskar utesluta, vilket inte är förenligt med likabehandlingsprincipen i LOU. Formuläret för utvärdering är även utformat så att referenten kan missledas att tro att "god-

tagbart” är en bedömning som är helt acceptabel. Betygsättningen kan således även förklaras av att referenten inte varit medveten om att det i sig godtagbara betyg man avgett fått till följd att BMT:s anbud ändå förkastats. Om Förbos avsikt varit att sortera bort anbudsgivare som tidigare utfört godtagbara entreprenader åt myndigheten och endast utvärdera anbudsgivare som utfört entreprenader med en betygsättning därutöver borde detta ha framgått tydligt av formuläret för referensfrågor. Tillräcklig transparens har inte uppnåtts. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas och tilldelas entreprenaden, vilket inte skett i förevarande fall.

Förbo anser att ansökan ska avslås och framför bl.a. följande. Den bakomliggande tanken med att referenser ska lämnas vid anbud är att referenserna ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare utfört liknande uppdrag. Kravet på att anbudsgivare ska åberopa Förbo som en av de tre referenserna i det fall leverantören tidigare utfört liknande uppdrag för Förbo är ett rimligt och proportionerligt krav för att säkerställa att Förbo kan utvärdera vilken tjänst som är ekonomiskt mest fördelaktig. En upphandlande myndighet har rätt att använda sig av egna referenser vid utvärderingen, så länge det framgår att referenstagningen sker på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens inte överträds. Av AFB.52 framgår att referenterna har att bedöma leverantörens förmåga att leverera genom att sätta poäng på frågorna i förfrågningsunderlagets bilaga ”Referensfrågor daterad 2018-11-30”. Poängskalan är 0–3, där 3 är högsta poäng. Det krävs att leverantören får minst 22 poäng på referensfrågorna samt att inte något av betygen är en nolla (0) för att kvalificera sig. Kravet i AFB.52 är icke-diskriminerande och förenligt med likabehandlingsprincipen. I bilagan ”Referensfrågor daterad 2018-11-30” finns samtliga referensfrågor/parametrar. Av förfrågningsunderlaget framgår alltså med tydlighet vad som tillmätts betydelse vid referenstagningen samt hur poängsättningen kommer att ske. Bedömningen med tillhörande poängsättning av BMT:s referensuppdrag ”Tåbrovägen 1–55, Lindome” som utförts av Förbo har gjorts av den kontaktperson som BMT angett för projektet. Po-

ängsättningen har skett korrekt och på ett objektivt sätt utifrån angivna frågeställningar i bilagan med referensfrågor. BMT erhöll totalt 15 poäng för referensuppdraget. BMT:s uppgifter om myndighetens bristande förprojektering m.m. och uppgifterna om referentens påstådda irritation är inte korrekta. Det åberopade utlåtandet över slutbesiktning med tillhörande förbesiktningssprotokoll har inget att göra med den bedömning och poängsättning som skett beträffande utförandet av uppdraget. Det har inte framkommit något som talar för att BMT har blivit otillbörligt poängsatt. Eftersom BMT inte erhöll 22 poäng för referensuppdraget har bolaget i enlighet med anvisningarna i förfrågningsunderlaget inte kvalificerat sig för vidare utvärdering.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Utgångspunkter för prövningen

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av det BMT anfört är visat att Förbo brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att BMT lidit eller kan komma att lida skada så att det finns grund för ingripande (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iakttå principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Upphandlingsdokument

De administrativa föreskrifterna innehåller bl.a. följande:

AFB.52 Prövning av anbudsgivarens lämplighet

Anbudsgivaren skall de 3 senaste åren ha erfarenhet av liknande uppdrag. Med liknande uppdrag avses arbeten yttre underhåll o d på bostadshus o d med kvarboende hyresgäster/pågående verksamhet åt professionella fastighetsägare som bostadsbolag, bostadsrättsföreningar som förvaltar fastigheter. För nystartade företag gäller att platschef eller arbetsledare skall ha motsvarande erfarenhet.

Krav enligt ovan skall verifieras genom att till anbud bifogas:

- Referenslista på liknande arbeten. Listan skall omfatta flera liknande arbeten de senaste 3 åren. Minst 3 referenser skall anges med namn, företag, entreprenadens storlek och beställarens kontaktperson.

Referensuppdraget kommer att bedömas av respektive uppdragsgivare (referensgivare)

Anbudsgivaren skall uppge om Förbo har varit uppdragsgivare inom den senaste 3-årsperioden. Har detta uppdrag inte fullföljts med ett av beställaren godkänt resultat kommer inte prövning av anbud att ske.

Krav ovan skall verifieras på följande sätt och anges i anbudsformuläret

Utvärdering av referenser:

Referensgivarna ska vara vidtalade om att de kommer att kontaktas och vara tillräckligt insatta i uppdraget för att kunna svara på frågor för att bekräfta att angivna krav är uppfyllda.

Beställaren kommer att kontakta referensgivarna via antingen mail eller telefon under andra och tredje veckan efter anbudsöppning och genomföra frågeställning enligt referensfrågedokumentet.

Referensgivarna bedömer Entreprenörens förmåga att leverera med kvalitet genom att sätta poäng på frågorna i bilagan. Poängskalan är 0-3, där 3 är högsta poäng.

Entreprenören ansvarar för att korrekt e-postadress och telefonnummer till referensgivaren anges och att denne är vidtalad samt har möjlighet att besvara frågorna under ovan angiven tidsperiod.

Beställaren kommer primärt kontakta referenspersonen via telefon, om denne inte svarar kommer e-post med referensmallen bifogad till referensgivaren att skickas.

Denne har då fem (5) arbetsdagar på sig att inkomma med ifylld utvärdering. Beställaren kommer att vid uteblivet svar under referensstagningsperioden att påminna referensgivaren om att inkomma med svar.

Om utvärdering inte inkommer i rätt tid till beställaren trots påminnelser kommer det aktuella referensuppdraget att ges noll (0) poäng.

Om anbudsgivare har arbetat för Förbo skall Förbo vara listad som nummer ett (1) av de tre (3) referenserna.



Det kommer krävas att Entreprenören får minst 22 poäng på referensfrågorna samt att inte något av betygen är en nolla (0) detta för att kvalificera sig.

AFB.53 Prövning av anbud

Det anbudet som uppfyller kraven enligt AFB.52 som uppfyller bästa förhållandet mellan pris och kvalitet

Utvärdering kommer ske genom att bedöma anbuden och poängsätta enligt nedan redovisade nivåer. Den sammanlagda viktade totalsumman av nedanstående punkter blir utvärderingspoängen. Den leverantör med lägst totalpoäng och som uppfyllt skall krav i AFB. 52 kommer vara den leverantör som antas.

1. Pris (Viktas med 70 %)

Lägsta pris enligt mervärdesmodell ger 10 poäng, näst lägsta 12 poäng därefter 14, 16, 18, 20 och så vidare.

2. Referenser (Viktas med 30 %)

Referensformulär med max 33 poäng per referens. Totalt kan en leverantör få max 99 poäng.

Svarspoäng från blanketten för referensfrågor räknas samman av Beställaren. Anbudsgivare med högsta antal totalpoäng på referensfrågorna får 10 poäng, näst högsta 12 därefter 14, 16, 18 och så vidare

Bedömning

En upphandlande myndighet har en stor frihet att själv utforma de krav som kommer att tillmätas betydelse i upphandlingen. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse i upphandlingen och utvärderingsmodellen ska vara ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte överträds (se RÅ 2002 ref. 50). Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att en överprövning inte tar sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om den upphandlande myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (jfr HFD 2013 ref. 5). Endast om den upphandlade myndigheten tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angetts i upphandlingsdokumenten kan det således bli aktuellt att ingripa mot en upphandling på denna grund.

En upphandlande myndighet kan och får använda egen referenstagning under förutsättning att det framgår av förfrågningsunderlaget och sker på ett objektivt sätt så att det grundläggande principerna i LOU inte träds för när. I det här fallet har Förbo i förfrågningsunderlaget angett hur utvärderingen av referenserna kommer att gå till och under vilka förutsättningar egna referenser kommer att användas. Samtliga referenser, såväl externa som interna, har haft samma referensfrågor/parametrar att utgå från när de satt poäng. Även med beaktande av det BMT fört fram har bolaget inte – mot Förbos invändningar – visat att den upphandlande myndigheten vid utvärderingen av referensprojektet utgått från några andra parametrar än de som framgår av referensblanketten och av upphandlingsdokumenten i övrigt eller att myndigheten tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen. Något annat har inte kommit fram än att BMT rätteligen tilldelats 15 poäng för referensprojektet ”Tåbrovägen 1–55, Lindome”. Eftersom upphandlingsdokumenten föreskriver att minst 22 poäng krävs för att anbudsgivaren ska kvalificera sig, har Förbo således inte förfarit felaktigt som förkastat BMT:s anbud. Det BMT anfört innebär alltså inte att bolaget visar att visat att Förbo brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att BMT lidit eller kan komma att lida skada så att det finns grund för ingripande. Ansökan ska följaktligen avslås.

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

Elin Ruthström
rådman



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 nyårsafton, 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.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

Handwritten notes or a list of items, possibly including names and dates, located in the upper left corner of the page. The text is illegible due to the quality of the scan.