



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

DOM
2017-04-19
Meddelad i Uppsala

Mål nr
5553-16 E

SÖKANDE

Effekt Svenska AB, 556679-1819
Östra Bangatan 1
195 60 Arlandastad

MOTPART

AB Sigtunahem, 556059-5356
Box 509
195 25 Märsta

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och biträdande jurist Linnéa Lindberg
Foyen Advokatfirma KB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2018-05-03	
Avd	
Der	
KSnr	AKSnr

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Effekt Svenska AB:s ansökan och förordnar att AB Sigtunahems upphandling avseende städtjänster, upphandling 16/4 ska göras om.

Dok.Id 198566

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853 751 48 Uppsala	Kungsgatan 49	018-431 63 00 E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se	018-10 00 34	måndag–fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

AB Sigtunahem (Sigtunahem) har genomfört upphandling avseende städning av Sigtunahems fastighetsbestånd, upphandling 16/4. I tilldelningsbeslut den 20 oktober 2016 antog Sigtunahem anbud från Inspira AB (Inspira). På andra plats i upphandlingen placerades Effekt Svenska AB (bolaget).

Bolaget yrkar, så som talan slutligen fastställts, i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Inspira förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Uppfyllande av ska-krav

Inspira har i sitt anbud, delsumma 1, angivit lägre timpriser och/eller högre avverkningsgrad än vad som varit tillåtet i upphandlingen. Inspiras anbud borde således inte ha utvärderats. Sigtunahem har medgivit att man antagit Inspiras anbud trots att det angivna priset för delsumma 1 har varit lägre än det lägsta tillåtna priset. Sigtunahem har därmed brutit mot upphandlingskriterierna och de grundläggande principerna för offentlig upphandling, En upphandlande myndighet får inte, i enlighet med likabehandlingsprincipen, efterge ska-krav eller absoluta krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Sigtunahem har gjort gällande att också bolagets anbud understiger lägsta tillåtna pris. Bolagets anbud är dock inte föremål för prövning i målet. Vad Sigtunahem anför om bolagets anbud ska således lämnas utan avseende och kan inte föranleda någon prövning inom ramen för detta mål (se Kammarrätten i Göteborgs dom mål nr 4904-09).

Användning av referenser i upphandlingen

Tilldelningsgrunden i upphandlingen var att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Enligt 12 kap. 1 § LOU gäller, när denna tilldelningsgrund ska användas, att myndigheten ska "ta hänsyn till olika kriterier

som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd". Uppräkningen anses inte uttömmande och det är en allmän uppfattning att den upphandlande myndigheten har stor frihet när det gäller att utforma förfrågningsunderlaget och tilldelningskriterier. Dock gäller att detta måste ske med iakttagande av de grundläggande principerna för offentlig upphandling. I fråga om användning av referenser är det i sin ordning att använda referenser i den så kallade kvalifikationsfasen. När det däremot gäller möjligheten att använda referenser i utvärderingsfasen, dvs. som ett tilldelningskriterium, är möjligheterna ytterligt begränsade. Användandet av referenser i utvärderingsfasen är enbart tillåtet om kriteriet är kopplat till det faktiska föremålet för kontraktet. I annat fall är det inte fråga om ett tillåtet tilldelningskriterium, utan snarare en kvalificeringsfråga (jfr Kammarrätten i Stockholm mål 5512-08 och Kammarrätten i Sundsvall, mål 3478-08). EU-domstolen har i målet C-532/06, Lianakis, uttalat den tydliga regeln att kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av förmågan hos anbudsgiraren att utföra uppdraget inte anses utgöra tilldelningskriterier.

Frågorna i referensupptagningen i den nu aktuella upphandlingen är huvudsakligen att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer och förmåga att utföra uppdraget och inte till föremålet för kontraktet. Referenserna har inte varit kopplade till föremålet för kontraktet och kan således inte anses syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingen av anbudet har därför påverkats av ovidkommande hänsyn och skett på ett otillåtet sätt.

Sigtunahem bestrider bolagets yrkanden och anför bland annat följande. Det saknas grund för ingripande i upphandlingen som har genomförts i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Sigtunahem har varken överträtt nämnda principer eller LOU genom att tilldela Inspira

upphandlingskontraktet. Bolaget har under alla omständigheter inte lidit skada.

Uppfyllande av ska-krav

Bolaget anför att Inspiras anbudspris understiger "minimipriset" för delsumma 1 enligt upphandlingsföreskrifterna och att anbudet därmed inte skulle ha utvärderats. För det fall bolagets beräkningsmetod skulle ligga till grund för bedömningen innehåller dock även bolagets egna anbud motsvarande brist. Både Inspiras och bolagets anbud brister således i denna del. Sigtunahem har emellertid behandlat samtliga anbudsgivare lika och agerat helt i enlighet med likabehandlingsprincipen genom hela upphandlingen. Bolaget lider därmed inte skada av att Sigtunahem tilldelat Inspira kontraktet. Vad bolaget anför om att dess anbud inte är föremål för prövning i målet ska bortses från eftersom att bolagets anbuds giltighet i nu aktuellt hänseende har betydelse i målet vad gäller frågan om huruvida bolaget är att anse som skadelidande (jfr Kammarrätten i Göteborg, mål nr 4278-09).

Användning av referenser i upphandlingen

I EU-domstolens mål C-601/13, Ambisig, klargörs att det inte är uteslutet med utvärdering av referenser rörande kompetens och erfarenhet under vissa specifika omständigheter såsom när fråga om att utvärdera fysiska personer vilka utgör en del av den offererade prestationen. Domstolen fann att kvaliteten på fullgörandet av ett offentligt kontrakt "kan på ett avgörande sätt vara beroende av vilka yrkesmässiga förtjänster de personer som ska fullgöra kontraktet har" (punkten 31). EU-domstolen uttalade i anslutning härtill att detta i synnerhet gällde om kontraktsföremålet utgörs av tillhandahållande av intellektuella tjänster, såsom utbildnings- och rådgivningstjänster. Det saknas skäl att göra avsteg från EU-domstolens uttalande vad gäller nu aktuellt kontraktsföremål, städtjänster, vad det gäller den generella tillåtligheten att utvärdera referenser för nyckelpersoner för uppdragets genomförande. Med stöd av Ambisig är det således tillåtet att tillmäta personers

skicklighet att utföra uppdraget ifråga betydelse i utvärderingen. EU-domstolens uttalanden i Ambisig finner även stöd i de nya numera antagna upphandlingsdirektiven (Dir. 2014/24/Eu). I artikel 67 framgår att det är möjligt att utvärdera 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. Sigtunahems frågor vid referensupptagningen tar sikte på att utvärdera kvaliteten och erfarenheten hos den personal som ska utföra arbetet vilket ostridigt måste anses på ett betydande sätt kunna påverka nivån på kontraktets fullgörande. Någon upphandlingsrättslig överträdelse föreligger inte i detta avseende.

För det fall förvaltningsrätten skulle dela bolagets uppfattning om att otillåtna utvärderingskriterier brukats i form av referenser är bristen i så fall att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet varvid det enda möjliga ingripandet är att upphandlingen ska göras om.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphört att gälla. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap, 9 § LOU 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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. 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 myndighet har agerat i strid med LOU (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

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 brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Det är inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrätten prövar inledningsvis frågan om Sigtunahem brutit mot LOU genom att inte förkasta Inspiras anbud på grund av bristande kravuppfyllnad avseende lägsta tillåtna pris (delsumma 1). Sigtunahem har i förvaltningsrätten inte ifrågasatt att Inspiras anbud understigit lägsta tillåtna pris (delsumma 1) varför detta sakförhållande får anses ostridigt.

I målet har framkommit att inte heller bolaget uppfyllt förfrågningsunderlagets krav på lägsta pris. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är Sigtunahem berättigat att åberopa denna brist i målet hos förvaltningsrätten bland annat med hänsyn till likabehandlingsprincipen (se Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012 i mål nr 924-12, jfr även Kammarrätten i Göteborgs dom den 14 november 2013 i mål nr 4224-13 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 24 mars 2016 i mål nr 2484-15). Det tillkommer dessutom att en upphandlande myndighet har rätt att vid en ny utvärdering göra en annan bedömning av i vilken utsträckning inlämnade anbud uppfyller ska-krav, även ifråga om anbud som tidigare ansetts kvalificerade.

Det kan således konstateras att varken anbudet från bolaget eller Inspira uppfyller det aktuella kravet. Såvitt framgår har båda anbuden dock bedömts

lika av Sigtunahem som har godtagit båda anbuden i det aktuella avseendet. Sigtunahem kan därför inte anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen i förhållande till bolaget på ett sätt som bolaget skulle kunnat lida skada av. Med hänsyn till kravet i 16 kap. 6 § LOU saknas därför skäl att ingripa mot Sigtunas upphandling i denna del.

Frågan är då om Sigtunahem gjort brutit mot LOU genom otillåten användning av referenser i utvärderingsfasen.

I upphandlingsföreskrifterna till den aktuella upphandlingen anges att referenser utgör utvärderingskriterier tillsammans med kvalitet, miljö och organisation. Dessa utvärderingskriterier är viktade med 50 procent och resterande 50 procent utgörs av pris. Anbudsgivaren ska lämna tre referenser gällande företaget och föreslagen arbetsledare som ska sköta den huvudsakliga dagliga kontakten med Sigtunahem under avtalstiden. Referenser ska vara från de fem senaste åren. Som referensfrågor anges följande.

1. Om ni väger samman era intryck, hur nöjda eller missnöjda har ni varit med arbetsledarens tillgänglighet?
2. Hur nöjda eller missnöjda är ni med bemötandet från arbetsledaren gentemot Er som beställare?
3. Hur nöjda är ni med arbetsledarens arbete?
4. Hur nöjda eller missnöjda är ni med leverantörens anlitade personal utöver arbetsledare?
5. Hur nöjda eller missnöjda är ni med leverantörens kompetens och utförande av uppdraget?
6. Hur nöjda eller missnöjda är ni med arbetsledarens återrapportering?
7. Hur nöjda eller missnöjda är ni med leverantörens tidhållning?
8. Hur väl har kvalitén på det utförda arbetet utförts utifrån Beställarens förväntningar, Erfordras efterjusteringar?
9. Hur nöjda eller missnöjda är ni med arbetsledaren när det gäller reklamationer/ rättelser?
10. Skulle ni fortsätta kontraktera ovan angivna företag med föreslagen arbetsledare med förtroende?

Av 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 det är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av praxis framgår även att leverantörskvalificering och anbudsutvärdering styrs av olika regler och inte får sammanblandas. Kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet, kan inte anses utgöra utvärderingskriterier (se EU-domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis AE m.fl.). Dock kan den upphandlande myndigheten införa ett utvärderingskriterium som gör det möjligt att bedöma kvaliteten hos det specifika arbetslag som anbudsgivaren konkret har föreslagit för kontraktens fullgörande vid upphandling av intellektuella tjänster så som utbildning och rådgivning (se EU-domstolens dom i mål C-601/13, Ambisig samt Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 2197-15). I den senare domen konstaterades att golvbeläggningstjänster inte var att anse som intellektuella tjänster.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förevarande fall inte heller är fråga om en upphandling av intellektuella tjänster utan av städtjänster. Förfrågningsunderlaget kan inte tolkas på annat sätt än att referenserna avser anbudsgivarens generella förmåga att utföra projektet. De uppställda kriterierna får enligt praxis användas avseende anbudsgivarens kvalificering, men kan inte utgöra utvärderingskriterier. Förfarandet strider därmed mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget har anfört att de har lidit eller kan komma att lida skada genom att Sigtunahem med förfrågningsunderlagets referenstagnung som utvärderingskriterium har antagit ett annat anbud. Av anbudsutvärderingen framgår att bolaget, innan anbuderna påverkats av det tilläggstal som referenstagnungen har genererat, hade lämnat det anbud som hade lägst pris. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund det visat att bolaget har lidit skada eller kan

komma att lida skada till följd av hur upphandlingen har genomförts. Då den aktuella bristen i upphandlingen avser utformningen av utvärderingsmodellen ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU).

Lena Björner
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Nicklas Rydgren.

