



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

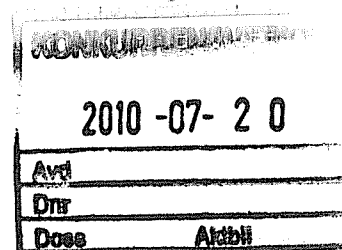
DOM
 2010-07-16
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 30037-10
 Enhet 12

SÖKANDE

Peab Asfalt AB, 556098-8122
 Margretetorpsvägen
 260 92 Förslöv

Ombud
 Bolagsjuristen Johan K Nilsson
 c/o Peab AB
 Box 808
 169 28 Solna



MOTPART

Södertälje kommun
 Samhällsbyggnadskontoret
 151 89 Södertälje

Ombud
 Advokat Henrik Seeliger
 Advokatfirman Lindahl KB
 Box 11911
 404 39 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen Mark- och beläggnings-
 arbeten i Södertälje, TI 2010-040, ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 7 maj 2010 upphör därmed att
 gälla.

Dok.Id 28820

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Södertälje kommun (kommunen) har i förfrågningsunderlag den 10 mars 2010 avseende entreprenaden ”Mark- och beläggningsarbeten i Södertälje, TI 2010-040” inbjudit leverantörer att lämna anbud. Kommunen har i ett odaterat tilldelningsbeslut, avsänt till samtliga leverantörer den 28 april 2010, meddelat att man har för avsikt att teckna avtal med andra leverantörer än Peab Asfalt AB (Peab).

Peab har ansökt om överprövning av upphandlingen enligt LOU hos förvaltningsrätten i Stockholm. Rätten har den 7 maj 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har förordnats.

Förvaltningsrätten har i beslut den 17 juni 2010 avslagit Peab:s yrkande om muntlig förhandling.

Peab ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar Peab att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att utvärderingen ska ske på ett sätt som har stöd i förfrågningsunderlaget och innebär likabehandling. Peab anför bland annat följande.

Bakgrund

Prövningen av anbuderna gjordes med hjälp av poängsättning enligt olika kriterier. Fem olika bolag lämnade anbud på entreprenaden. Peab:s anbud var komplett och avgivet helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. NCC Construction Sverige AB:s (NCC:s) huvudanbud var också komplett och i princip avgivet i enlighet med förfrågningsunderlaget. NCC lämnade dock även ett sidoanbud och det är detta anbud som kommunen, enligt tilldelningsbeslutet, avser att anta.

Sidoanbudet

Enligt NCC:s sidoanbud skulle de i mängdförteckningarna föreskrivna beläggningsmassorna ABT och AG bytas ut mot beläggningsmassor av ett annat, miljövänligare slag, vilka ingick i NCC:s "Green Concept". Det borde inte vara möjligt för kommunen att anta NCC:s sidoanbud eftersom det inte finns några minimikrav i förfrågningsunderlaget. I vart fall är det felaktigt att anta sidoanbudet eftersom det saknas utredning för att de beläggningsmassor som ingår i "Green Concept" är likvärdiga med de standardiserade beläggningsmassor som föreskrivits i förfrågningsunderlaget. Att kommunen trots detta upptog NCC:s sidoanbud till prövning strider mot såväl 1 kap. 9 § LOU som de EG-rättsliga principerna om lika-behandling och transparens.

Felaktigheter vid anbudsprövningen

Kommunen har inte beaktat konsekvenserna av att NCC har ett avsevärt högre arvode på de arbeten för vilka á-pris saknas. Peab har fått mycket goda omdömen från mer än två större beställare men ändå bara erhållit två poäng. Poängavdraget kan inte vara korrekt med hänsyn till hur referenser skulle bedömas enligt AFB.22. Det poängavdrag bolaget har fått beträffande kommunens fyra år gamla overifierade erfarenheter hänför sig till bolagets dåvarande projektorganisation. Endast ett fåtal nu aktuella personer var aktuella för den aktuella entreprenaden. Poängavdraget för referenser kan därför inte anses korrekt även i denna del. De referenser som efterfrågades i förfrågningsunderlaget avsåg Peab som företag och inte delar av en inaktuell projektorganisation. Det var felaktigt av kommunen att ge Peab poängavdrag på grund av att bolaget inte är etablerat i Södertälje. Organisation på plats eller ISO-certifiering har dessutom inget med referenser att göra.

Bedömningen av NCC:s referenser

Enligt AF punkt AFB.52 skulle mycket goda omdömen från mer än två större beställare ge tre poäng. Kommunen har inte inhämtat några externa referenser beträffande NCC, varför det har varit inkorrekt att ge NCC tre poäng. Vid poängsättningen har, förutom kommunens egen referens, även beaktats att NCC är certifierat enligt ISO 9001 och 14001 samt att NCC har en organisation på plats i Södertälje. I övrigt har kommunen endast varit i kontakt med Peabs referenser. Det kan inte vara möjligt att göra en bedömning av externa referenser utifrån samtal med referenser för endast en av fem anbudsgivare; särskilt inte i ett fall där samtalen varit allmänt hållna. Kommunen har vidare underlåtit att dokumentera den referensupptagning som faktiskt skett.

Bedömningen av kvalitet

Hur kvalitetskriteriet ska bedömas framgår inte av förfrågningsunderlaget. Peab har dock fått ett halvt poängs avdrag på grund av att bolaget inte är etablerat i Södertälje och på grund av frånvaron av certifiering enligt ISO 14001. Peab är certifierat enligt ISO 9001. En förutsättning för att en certifiering ska kunna ge något mervärde är att detta framgår av förfrågningsunderlaget. Arbetsätt och kvalitetssystem borde dessutom vara intressantare än certifiering. Upphandlande myndigheter ger normalt samma poäng för certifierade system som med dessa likvärdiga (prop. 2006/07:128 s. 90).

Bedömningen av miljö/arbetsmiljö

Hur detta kriterium ska bedömas framgår inte av förfrågningsunderlaget. Peab har dock även beträffande detta kriterium fått ett halvt poängs avdrag

för att bolaget inte är etablerat i Södertälje och på grund av frånvaron av certifiering enligt ISO 14001. ISO 14001 avser förvisso miljöarbete men i förfrågningsunderlaget har det inte angivits att certifiering skulle ge något mervärde. Peab har vidare beskrivit både sitt miljöarbete och arbetsmiljöarbete och miljöavsnitten i bolagets bifogade projektplan följer ISO 14001:2004 "Miljöledningssystem".

Felaktigheter i förfrågningsunderlaget

Kommunen har beträffande samtliga mjuka kriterier gjort oförutsebara bedömningar som saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Om Peab skulle ha fått fem poäng avseende referenser skulle det i sig ha varit tillräckligt för att bolaget skulle ha tilldelats entreprenaden. NCC har gynnats eftersom kommunen inte har beaktat skillnaderna i anbudsgivarnas offererade entreprenörsarvode. Peab har inte möjlighet att bedöma den närmare omfattningen av vilka kostnader dessa arvoden ska beräknas på. Vid utvärderingen har kommunen, i strid med förfrågningsunderlaget, styrt utvärderingen på ett sådant sätt att NCC kunnat tilldelats entreprenaden.

Föreskrifterna om utvärdering av pris borde ha innefattat storleken på entreprenörsarvode. Föreskrifter om utvärdering av referenser borde ha inkluderat upplysningar om vad som menades med "mycket goda omdömen" samt vad de olika omdömena skulle avse. Eftersom sådan information saknas lämnas utrymme för helt oförutsebara och godtyckliga utvärderingar. Kriteriet är inte ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Underkriteriet strider mot EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 (Lianakis). Även föreskrifter om utvärdering av kvalitet och miljö eller arbetsmiljö saknas och lämnar utrymme för en godtycklig och oförutsebar utvärdering. Utvärderingsmodellerna och kriterierna avseende kvalitet och miljö/arbetsmiljö strider mot 1 kap. 9 § LOU samt de EG-rättsliga principerna om likabehandling och transparens. Förfrågnings-

underlaget är mot bakgrund av föreskrifterna om utvärdering inte godtagbart och strider mot kammarrättspraxis.

Om kommunen hade gjort en korrekt utvärdering av underkriterierna skulle Peab ha tilldelats entreprenaden. Om kommunen hade tillhandahållit ett förfrågningsunderlag utan allvarliga brister hade samtliga anbudsgivare kunnat bedömas på förutsebara och lika villkor. Till följd av felaktigheterna i upphandlingen har Peab lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada.

Kommunen bestrider yrkandet om ingripande enligt LOU och anför följande.

Entreprenörsarvodet

Peab:s krav på att entreprenörsarvode ska medräknas i anbudsutvärderingen saknar grund eftersom det inte är ett utvärderingskriterium enligt de administrativa föreskrifterna (AF) i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna har inte valt att lämna uppgifterna om entreprenörsarvode; att så rätteligen ska göras framgår av det tillämpliga standardavtalet AB 04– 6 kap. 9 §. Enligt AFB.31 ska dessa procentsatser innehålla pålägg för olika kostnader avseende bl.a. arbetsledning, försäkringar och avgifter. I NCC:s entreprenadarvoden ingår dessa kostnader.

Referenser

Peab kan endast tillgodoräkna sig en extern referens och kommunens dåliga erfarenheter av bolaget har haft stor betydelse vid utvärderingen. Detta sammantaget ger fyra och ett halvt poäng för referenser trots att Peab är certifierat enligt ISO 9001. Danderyds kommun är mycket nöjd med Peab med det är en annan platschef i Danderyd än den som är aktuell för ett

eventuellt uppdrag i Södertälje. Stockholms kommun är mycket nöjd med bolaget men i åtagandet ingår endast beläggningsarbeten; markarbeten utförs av andra entreprenörer. Även Haninge kommun är mycket nöjda med Peab men i det åtagandet ingår endast beläggningsarbeten. Haninge har vidare mycket dåliga erfarenheter av Peab:s sätt att sköta markarbeten under åren 2003 och 2004, vilket innebär att referenser avseende markarbeten är mest intressanta. Samtalen blev förhållandevis korta eftersom de avsåg beläggningsarbeten och inte markentreprenader. Två av referenserna hade därför inte full relevans för uppdraget men har ändå gett vissa poäng. NCC och Skanska, en annan anbudsgivare, är båda två certifierade enligt ISO 14001 och ska därför erhålla maximala fem poäng för miljö eller arbetsmiljö. Peab och andra arbetsgivare som har miljöledningssystem anslutna till 14001 får 4,5 poäng. NCC har den nu aktuella entreprenaden sedan 2005. Kommunen har så goda erfarenheter av NCC:s sätt att sköta sina projekt att NCC erhöll högsta poäng för referenser utan att kontakta de referenspersoner som NCC angett. Efter att bolaget begärt överprövning har NCC:s referenser kontaktats; samtliga har varit mycket positiva till NCC:s tidigare arbetsprestationer.

Sidoanbudet

NCC:s sidoanbud kan jämföras med och är tekniskt likvärdigt med de i förfrågningsunderlaget efterfrågade produkterna. Detta följer av uppföljnings- och laboratorierapporter från att antal utförda projekt. Miljövinsten ligger i att mindre energi krävs för att tillverka produkterna då tillverkningen sker vid lägre temperatur än vid vanlig asfaltstillverkning. Enligt AFB.311 ska sidoanbud alltid avges. Enligt AFB.52 ska sidoanbud som bedöms tekniskt likvärdigt med huvudanbudet inte upptas till prövning varvid beställaren ensam avgör likvärdigheten.

Kvalitets- och miljöpoäng

Med hänsyn till kommunens dåliga erfarenheter av Peab:s tidigare markarbeten kan det inte erhålla maximala fem poäng; men med hänsyn till att bolaget är certifierat enligt ISO 9001 får det fyra och en halv poäng. De anbudsgivare som är certifierade enligt ISO 14001 har fått maximalt antal poäng medan de som redovisat ett miljöledningssystem som ansluter till 14001, men inte är certifierade, har fått fyra och ett halvt poäng. NCC är certifierat enligt både ISO 9001 och 14001 och har därför har fått maximalt antal poäng avseende både kvalitet och miljö.

Peab anför härefter bland annat följande. Det är riktigt att entreprenörsarvodet inte ska medräknas i utvärderingen men det borde ha framgått av AF hur detta skulle utvärderas. Det stämmer inte att Peab endast kan tillgodoräkna sig en extern referens. I AF saknas stöd för att kommunens egen uppfattning skulle ge någon särskilt stor betydelse vid utvärderingen. Peab fick mycket goda omdömen från tre stora beställare, vilket borde ha inneburit maximalt antal poäng enligt föreskrifterna för utvärderingen. Kommunens egna erfarenheter avseende Peab:s markarbete, som utfördes 2003-2004, är inte relevanta eftersom de är så pass gamla. Att det är en annan platschef i Danderyd saknar betydelse. Om kommunen hade önskat utvärdera tilltänkt personal borde kommunen ha angivit detta i förfrågningsunderlaget. Det är dessutom beläggningsarbeten som utgör den betydande delen den nu aktuella upphandlingen. Det saknas fortfarande underlag som visar att likvärdighet föreligger beträffande sidoanbudet. Sidoanbudet uppfyller inte heller skall-kravet avseende å-priser. Kommunen har efter anbudstidens utgång kompletterat sitt underlag med NCC:s å-prislista, vilket strider mot bl.a. 15 kap. 12 § LOU. – Peab inger artikeln *Evaluation of Warm-Mix Asphalt Produced with the Double Barrel Green Process* av Brent Middleton och R.W. Forfyflow vid Lafarge SA.

Kommunen anför härefter bland annat följande. NCC Green Asphalt är en välkänd tillverkningsmetod som uppfyller minst samma kvalitetskrav som traditionell asfalt beträffande produktions- och materialkvalitet och som följer de tekniska specifikationer som används av exempelvis Trafikverket. Några andra krav avseende sidoanbud, utöver att de ska vara tekniskt likvärdiga med huvudanbud, har inte ställts upp i upphandlingen. Kommunen har inte föreskrivit att sidoanbud måste innehålla något specifikt bevis för att kunna uppfylla kravet på teknisk likvärdighet. Om kommunen hade förkastat NCC:s sidoanbud hade det stått i strid mot LOU. Kommunen har inte bevisbördan för att sidoanbudet är tekniskt likvärdigt. Av sidoanbudet framgår klart och tydligt att 60 000 kr avgår från lämnad mängdförteckning. Kommunen har inte låtit NCC justera det offererade priset, utan endast förtydliga hur priset fördelade sig mellan de olika posterna i mängdförteckningen; å-prislistan som NCC inkommit avseende sitt sidoanbud utgör således inte en komplettering utan endast ett förtydligande. Om förvaltningsrätten skulle anse att det är frågan om en komplettering har denna inte inneburit någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget inte angett vilket entreprenörsarvode som ska gälla för upphandlingen utan lämnat till anbudsgivarna att offerera detta; ett förfarande som inte strider mot LOU. Att entreprenörsarvode ska anges framgår av AFB.31 i de administrativa föreskrifterna. I förfrågningsunderlaget framgår inte att offererat entreprenörsarvode ska utvärderas; det anges dock uttryckligen att utvärderingen ska baseras på ingiven mängdförteckning. Kommunen valde en utvärderingsmodell där entreprenörsarvode inte ska utvärderas eftersom det var svårt att avgöra för kommunen i vilken omfattning entreprenörsarvode kommer att utgöra av det totala priset. Kommunen har inte utfäst sig att avropa de volymer som framgår av mängdförteckningen. Att entreprenörsarvode inte utvärderas är regel snarare än undantag i entreprenadupphandlingar. Den valda utvärderingsmodellen strider inte mot LOU.

Med anledning av att utfallet av upphandlingen har varit opåverkat av att entreprenörsarvode inte har utvärderats har bolaget inte heller lidit eller riskerar att lida någon skada av den påstådda överträdelsen av LOU.

Kammarätten i Göteborg har i mål 5910-08 konstaterat att referenser från med upphandlingen likvärdiga uppdrag kan ge relevant information för bedömningen av vilket anbud som med hänsyn till kvaliteten är det mest fördelaktiga. Peab invänder mot att anbudsgivare kan erhålla poäng avseende referensuppgifter baserad på antalet liknande, relevanta och aktuella referensobjekt. Anledningen till att utvärderingsmodellen utformats på detta sätt är för att anbudsgivare inte ska erhålla poäng avseende alltför generella referensomdömen som inte har bäring på föremålet för upphandlingen. Det aktuella utvärderingskriteriet är utformat för att ge relevant information om vilket anbud som med hänsyn till kvalitén är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Peab har, vid utvärderingen av kriteriet referenser, en poäng för en referens avseende liknande och relevant uppdrag (Danderyds kommun). Bolagets övriga referenser har inte bedömts vara liknande och fullt relevanta eftersom de endast avsett beläggningsarbeten och inte markarbeten. Peab har inte erhållit något poängavdrag på grund av att platschefen vid referensobjektet Danderyd var en annan person än den nu offererade platschefen. Bolaget har inte heller fått poängavdrag på grund av att bolaget inte är etablerat i Södertälje eller är certifierat enligt ISO 14001. Kommunen har hållit sig till vad som framgår av förfrågningsunderlaget och har inte tillämpat någon form av underkriterier.

Kommunen kontaktade inte NCC:s referenser på grund av att kommunen har så goda erfarenheter av NCC:s mark- och beläggningsarbeten att detta inte ansågs nödvändigt; möjligen var detta förfarande felaktigt. Kommunens förfarande att inte utvärdera angivna referenser skulle möjligen kunna utgöra en sådan brist som föranleder rättelse av upphandlingen på så sätt att utvärderingen ska göras om, varvid kommunen även ska ta hänsyn

till de referenser NCC angett i sitt anbud. Efter Peab:s ansökan om överprövning har kommunen kontaktat NCC:s referenser som varit mycket nöjda med NCC. Utöver detta ska även kommunens referensomdöme vägas in, allt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Upphandlingens resultat har blivit korrekt även om kommunens förfarande att inte kontakta NCC:s referenser skulle anses felaktigt. NCC har erhållit den poäng avseende utvärderingskriteriet referenser som bolaget rätteligen skulle ha erhållit om kommunen redan från början kontaktat samtliga NCC:s referenser. Peab har under alla förhållanden inte lidit skada på grund av det fel som kommunen har gjort.

Det är riktigt att avsaknaden av certifiering, i sig, inte säger något om ett företags arbetsätt och miljöledningssystem. Att ett företag är certifierat innebär emellertid vissa garantier för att miljöledningsarbetet kontrolleras och följs upp. Det strider inte mot LOU att premiera certifiering vid utvärdering av miljöarbete. Av RÅ 2002 ref. 50 framgår att de exakta omständigheter som kommer att beaktas avseende varje utvärderingskriterium inte måste anges i förfrågningsunderlaget. Detta framgår även av EG-domstolens domar ATI C-331/04 och Lianakis C-532/06. Av dessa båda domar framgår att det inte finns hinder enligt EG-rätten att i efterhand bestämma vilka omständigheter som ska beaktas inom ramen för respektive utvärderingskriterium, under förutsättning bland annat av att förfarandet inte innebär att viktningen av huvudkriterierna förändras. Det förhållandet att en upphandlande myndighet inte anger underkriterier i förfrågningsunderlaget innebär därför inte att myndigheten ger sig själv ett obegränsat eller otillåtet mått av godtycke.

Peab anför härefter bland annat följande. Kommunen saknade underlag för bedömningen av huruvida sidoanbudet var tekniskt likvärdigt. Av NCC:s komplettering går det inte heller att dra någon slutsats avseende likvärdighet. Sidoanbud är endast tillåtna om de är tekniskt likvärdiga med

huvudanbudet. Saknas det underlag för att bedöma detta går det inte att komma fram till att likvärdighet föreligger. Peab känner inte till de prover som kommunen nämner i inlagan. Om det har skett kompletteringar med prover är dessa otillåtna redan därför att det ursprungligen saknades varje underlag för bedömningen av likvärdighet. Kommunen har bevisbördan för att bedömningen har skett på objektiva grunder, vilket framgår av kammar-rättspraxis. Eftersom NCC:s sidoanbud baserades på andra typer av arbeten än de som beskrevs i mängdförteckningen går det inte att bedöma värdet av sidoanbudet. Innan NCC ingav en á-prislista avseende sidoanbudet uppfyllde NCC:s sidoanbud inte detta skall-krav. En komplettering som innebär att en anbudsgivare uppfyller ett skall-krav kan inte betraktas som ett förtydligande.

Peab vitsordar att enbart den bristen att storleken på entreprenörsarvode inte skulle utvärderas inte hade påverkat utfallet av upphandlingen om förfrågningsunderlaget i övrigt varit godtagbart samt kommunens utvärdering av övriga kriterier varit korrekt.

Peab gör inte gällande att det finns ett generellt hinder mot att utvärdera referenser. Förfrågningsunderlaget brister i tydlighet eftersom det inte anges vad som menas med ”mycket goda” och ”goda” omdömen eller vilka förhållanden det är som dessa omdömen ska appliceras på. Utvärderingsmodellen lämnar således ett så stort utrymme för godtycklighet att anbudsgivarna inte har kunnat förutse vad som skulle tillmätas betydelse vid prövningen av detta kriterium. Det har inte skett en sådan utvärdering av referenser som beskrivits i förfrågningsunderlaget. Att två av Peab:s referenser inte ”bedömts vara liknande eller fullt relevanta” är en efterhandskonstruktion. Av kommunens egen redovisning av utvärderingen framgår att kommunen endast bedömt kriteriet referenser för bolaget utifrån sina tidigare erfarenheter samt att bolaget inte är etablerat i Södertälje och, såvitt kan förstås, frågan om certifieringen. Utvärderingen saknar helt stöd i

förfrågningsunderlaget. Samtalen har hållits på en allmän nivå och kommunen har före Peab:s ansökan endast varit i kontakt med en av sex anbudsgivares referenser, detta indikerar att själva utvärderingen är i det närmaste lika bristfällig som innehållet i förfrågningsunderlaget. Det sätt på vilket kommunen, i strid mot förfrågningsunderlaget, har bedömt referenskriteriet har inte att göra med att bedöma det mest fördelaktiga anbudet utan avser bolagets förmåga att utföra uppdraget. Detta förfarande strider mot EG-domstolens dom i mål C-532/06. I bolagets referensuppdrag för Stockholms stad och Haninge ingår exakt samma typ av markarbeten som kommunen den hänvisar till i de administrativa föreskrifterna. Om det vid samtalen inte framkom att Peab utfört markarbeten måste detta bero på det sätt som kommunen har ställt frågor till referenspersonerna.

Att utfallet av utvärderingen hade blivit korrekt om ansökan före kommunen för en ansökan hade kontaktat NCC:s referenser är felaktigt. Det går, mot bakgrund av förfrågningsunderlaget varit utformat, överhuvudtaget inte att bedöma vad som skulle vara ett korrekt utfall i denna upphandling. I den mån den efterhandsutvärdering som skett avseende NCC skulle vara korrekt, så saknar detta betydelse till följd av att kommunen utvärderade bolagets referenser på ett sätt som står i direkt strid med förfrågningsunderlaget. Skaderekvisitet är alltså uppfyllt.

Kommunens påstående om dåliga erfarenheter av Peab saknar fog. Bolaget har endast fått begränsade synpunkter samt vidtagit erforderliga åtgärder med anledning av dessa. Kommunen måste kunna visa att detta påstående är korrekt. De påstådda erfarenheterna saknar betydelse eftersom de avser en annan organisation än den som var aktuell för denna entreprenad samt att erfarenheterna är mer än sex år gamla. Det saknas grund för att utvärdera att kriteriet kvalitet utifrån denna bedömningsgrund. Eftersom även andra anbudsgivare inte har hört motsvarande arbeten som denna upp-

handling avser åt kommunen är det tydligt att kommunens påståenden om kriteriet kvalité har utvärderats är en efterhandskonstruktion. Kommunen har inte definierat begreppet kvalitet i förfrågningsunderlaget. Även kriteriet miljö eller arbetsmiljö är minst lika mångtydigt som begreppet kvalitet och utvärderingen av detta kriterium har varit lika oförutsebart för anbudsgivarna som utvärderingen av kvalitetskriteriet. Kommunen har uppfattat kriterierna på ett sätt vid sin utvärdering och redovisar en annan uppfattning inför förvaltningsrätten. Anbudsgivarna har inte kunnat tyda de vaga formuleringarna avseende referenser och de har inte heller förstått vad kommunen avsett utvärdera avseende kriterierna ”kvalité” och ”miljö/arbetsmiljö”. Tillämpningen av kriterierna har skett på ett sätt som lämnat utrymme för godtycke. För att principerna om likabehandling och kunna transparens ska kunna upprätthållas är det viktigt att denna typ av förfrågningsunderlag inte accepteras, utan att alla anbudsgivare ska ges tillfälle att tävla på lika och förutsebara villkor. – Peab inger och åberopar *Teknisk handbok 2009* för Stockholms stad.

Kommunen anför här efter bland annat följande. I NCC:s sidoanbud finns det inga uppgifter som tyder på att anbudet inte skulle vara tekniskt likvärdigt med huvudanbudet. Kommunen har inte uppställt några krav på att anbud ska innehålla bevis till styrkande av att sidoanbud är tekniskt likvärdigt med huvudanbud. Peab har inte visat att NCC:s sidoanbud inte är tekniskt likvärdigt. Det framgår inte klart av förfrågningsunderlaget att det är ett ovillkorligt kvalificeringskrav att i anbudet bevisa att ett sidoanbud är tekniskt likvärdigt.

Innebörden av ”goda” respektive ”mycket goda” referenser följer av vedertaget språkbruk och torde inte behöva någon närmare förklaring. Det sätt på vilket begreppen tillämpats har knappast kommit som någon överraskning för någon av anbudsgivarna. Det innebär stora svårigheter att utforma ett utvärderingskriterium på ett sätt som helt utesluter alla

tolkningsmöjligheter utom den som den upphandlande myndigheten avsett. Så kallade mjuka parametrar är inte otillåtna och de innebär inte ett otillåtet utrymme för godtycke.

Peab:s påståenden om efterhandskonstruktioner är oriktiga. Kommunen har dokumenterat kontakterna med Peab:s referenser. Av dokumentationen framgår dock inte i detalj vad referenspersonerna uppgett. Kommunen har inte använt de förtryckta frågorna som återfinns i referensformuläret. Det framgår dock att referenspersonerna för Stockholms kommun och Haninge kommun uppgett att det aktuella referensuppdraget endast avsåg beläggningsarbeten; vilket torde vara det enda som är av intresse i förevarande fall. Referenspersonerna har blivit tillfrågade om referensarbetena avsåg beläggningsarbeten, markarbeten eller både och. De har även blivit tillfrågade hur nöjda de varit med anbudsgivaren. En upphandlande myndighet har att utvärdera de uppgifter som anbudet innehåller; myndigheten har varken skyldighet eller möjlighet att kontrollera om dessa uppgifter är korrekta. Peab:s anbud innehåller de aktuella referenserna. Att angivna referenspersoner inte lämnat de uppgifter som Peab önskat utgör inte ett fel i upphandlingen. Att kommunen inte förlängde kontraktet med Peab visar att kommunen inte varit nöjd med det arbete som bolaget utfört.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § 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.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bland annat att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas, såvitt nu är av intresse, följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leve-

rantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av förfrågningsunderlaget, av kommunen benämnt administrativa föreskrifter, framgår bl.a. följande. För bedömning av referenser och erfarenhet kommer anbudsgivarna att jämföras med varandra och den som kan redovisa den nivå som bedöms som bäst erhåller 5 poäng. Övriga anbudsgivare poängsätts i förhållande därtill i en skala där högsta möjliga poäng är 5 och lägsta poäng kan vara 0. Beställaren kommer vid bedömningen även att använda sig av egna referenser på anbudsgivarna.

Av anbudsutvärderingen framgår bl.a. följande.

Bedömning av referenser, kvalitet och miljö/arbetsmiljö

Anbudsgivare 1	4,5 poäng
Anbudsgivare 2	4,9 poäng
Anbudsgivare 3	5 poäng
Anbudsgivare 4 (Peab)	4,5 poäng
Anbudsgivare 5 (NCC)	5 poäng
Anbudsgivare 6 (NCC sidoanbud)	5 poäng

Anbudsgivare nr 4 hade motsvarande entreprenad för cirka fyra år sedan. Under denna entreprenadtid skötte inte entreprenören markarbetena på ett för kommunen tillfredsställande sätt. Anbudsgivaren uppger att han har för avsikt att bygga upp en organisation i Södertälje. Med de erfarenheter kommunen har sedan tidigare samt att anbudsgivaren ännu inte är etablerad i Södertälje och att han inte är certifierad enligt ISO 14001 erhåller anbudsgivaren 4 poäng för referenser, 4,5 poäng för kvalitet och 4,5 poäng för miljö/arbetsmiljö.

Av artikeln *Evaluation of Warm-Mix Asphalt Produced with the Double Barrel Green Process* av Brent Middleton och R.W. Forfylow vid Lafarge SA framgår bland annat följande. Egenskaperna hos den asfalt som producerats med hjälp av "Double Barrel Green Process" liknar andra mer vedertagna tillverkningsmetoder. Asfaltens egenskaper och kvalitet påverkas inte nämnvärt av tillverkningsmetoden Double Barrel Green Process. Metoden medförde såväl lägre koldioxidutsläpp som lägre energitillgång.

Förvaltningsrätten har att pröva om Södertälje kommuns upphandling benämnd TI 2010-040 har genomförts i enlighet med LOU och gemenskapsrätten.

Inledningsvis finner förvaltningsrätten att det av utredningen inte framgår annat än att sidoanbudet är tekniskt likvärdigt. I den här delen har utvärderingen således varit korrekt och i enlighet med förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner inte heller att vad Peab anfört beträffande kriterierna miljö/arbetsmiljö, entreprenörsarvode samt certifiering kan anses strida mot vare sig LOU eller gemenskapsrätten. I målet har inte heller framkommit att NCC har tillåtit komplettera sitt sidoanbud på ett felaktigt sätt. I ovannämnda delar föreligger således inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU.

Av utredningen i målet framgår dock att kommunen inte har tagit referenser på NCC men trots det givit bolaget maximalt antal poäng vid utvärderingen av referenser. I förfrågningsunderlaget framgår visserligen att kommunen får använda sig av egna referenser men inte hur utvärderingen av egna referenser ska göras. I förfrågningsunderlaget anges att maximalt antal poäng ska utgå vid tre mycket goda referenser. Det anges inga kriterier för vad som erfordras för att uppnå en viss poängsumma vad gäller egna referenser. Förvaltningsrätten finner att det uppställda utvärderingskriteriet brister i tydlighet och att förfrågningsunderlaget lämnar ett stort

utrymme för godtycklighet, vilket medför att anbudsgivarna saknat möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid anbudsvärderingen av egna referenser. Enligt förvaltningsrättens mening strider såväl förfrågningsunderlagets utformning som anbudsvärderingen mot principerna om likabehandling och transparens. I målet har vidare framkommit att kommunen har tilldelat Peab lägre poäng på grund av att bolaget inte är etablerat i Södertälje. Detta förfarande strider mot principen om icke-diskriminering. Ovan redovisade brister har inneburit att Peab lidit eller kunnat komma att lida skada. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således.

Förvaltningsrätten konstaterar att det vid ett ingripande enligt LOU endast är möjligt att förordna att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas på visst sätt. Det åligger rätten att besluta vilken form av ingripande som är lämplig för det fall det kan konstateras att en upphandling genomförts i strid mot LOU. Förvaltningsrätten är här inte bunden av sökandens yrkanden eller den ordning de uppställts i (jfr. rättsfallet RÅ 2005 ref. 47). Att kommunen först efter Peab:s ansökan om överprövning har kontaktat NCC:s referenser kan inte gottgöra den bristfälliga anbudsvärderingen. Detta förfarande innebär, enligt förvaltningsrättens mening, att en riktig utgång av en genom rättelse återupptagen anbudsvärdering kan sättas i fråga. Det är därför inte tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas. Mot bakgrund av ovanstående finner förvaltningsrätten att Södertälje kommuns upphandling av mark- och beläggningsarbeten, TI 2010-040 ska göras om.

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



Patrik Ernby

Förvaltningsrättsassessor

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Carl Johan Fahlander.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledningen förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.