



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2011-12-19
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
11293-11 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

Skanska Sverige AB, 556033-9086
Sjöallén 20
432 44 Varberg

Ombud: Martin Ahlström
Skanska Sverige AB, Juridik
405 18 Göteborg

MOTPART

Falkenbergs Bostads AB, 556095-1245
311 80 Falkenberg

Ombud: Lina Henriksson
Falkenbergs kommun

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011-12-20	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Falkenbergs Bostads AB har som öppet förfarande genomfört en upphandling av Nybyggnad bostäder, Kv. Passaren 16 Falkenberg – Byggentreprenad.

Av tilldelningsbeslut, daterat den 23 september 2011, framgår att Falkenbergs Bostads AB kommer att teckna avtal med AB Peterson & Hansson Byggnads AB.

YRKANDEN M.M.

Skanska yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att ny anbudsutvärdering ska göras vid vilken Peterson & Hansson Byggnads AB:s (P & H) anbud ska förkastas. I andra hand görs gällande att upphandlingen ska göras om eftersom förfrågningsunderlaget är otydligt när det gäller hur/på vilket sätt utvärderingen ska ske. Falkenbergs Bostads AB (FaBo) har brutit mot reglerna i LOU genom att pröva anbudet från P & H trots att anbudet inte uppfyller kvalificeringskravet i upphandlingsföreskrifterna avseende tre relevanta referenser som styrker erfarenhet och kompetens inom det aktuella verksamhetsområdet. Två av de tre referensprojekt som P & H angivit i sitt anbud avser projekt som utförts av annan än P & H. Referensuppgiften syftar till att bedöma anbudsgivarens tekniska kapacitet och förmåga. Skall-kravet är således kopplat till den juridiska personen som sådan. P & H:s anbud redovisar två referenser som utförts av annan, nämligen Förenade Bygg, vilket anses utgöra ett bolag som P & H äger tillsammans med Byggbröderna. Då kvalificeringsprocessen syftar till att bedöma anbudsgivarens kvalifikationer kan inte annat företags kvalifikationer åberopas till styrkande av

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

anbudsgivarens kapacitet. P & H har följaktligen inte uppfyllt ställt skalkrav avseende teknisk förmåga och kapacitet och dess anbud skulle rätteligen ha förkastats.

För den händelse förvaltningsrätten finner att P & H:s anbud uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda kvalificeringskrav görs i andra hand gällande att förfrågningsunderlaget är otydligt och ofullständigt när det gäller vad som värderas och hur en sådan värdering ska ske. Av de grundläggande gemenskapsrättsliga kraven på likabehandling, förutsebarhet och öppenhet följer bl.a. att upphandling ska ske på lika villkor. För att detta ska uppnås krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. En upphandlande enhet måste sålunda t.ex. formulera sina utvärderingskriterier på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Anbudsgivare ska inte behöva gissa sig till vad som efterfrågas. Av Administrativa Föreskrifter AFB.52, framgår att vad avser utvärderingskriteriet kompetens och organisation kommer bedömning ske av "Relevant" erfarenhet och organisation. Vidare anges att vid själva utvärderingen kommer hänsyn tas till "utbildning och erfarenhet" hos anbudsgivarens nyckelpersoner. Såsom det får förstås sätts poängen sedan utifrån i vad mån utbildning och erfarenhet uppfyller FaBo:s "önskemål". Närmare förklaring med vad som avses med nyssnämnda begrepp saknas. Utvärderingen är i denna del helt i avsaknad av objektiva kriterier och det saknas vägledning för vad analys och värdering kommer att baseras på. De allmänt hållna förutsättningarna innebär att den upphandlande enheten i praktiken närmast får fri prövningsrätt vilket inte är förenligt med principerna om förutsebarhet och likabehandling. På fråga från Skanska har FaBo angett att det som medförde att P & H fick maxpoäng i denna del var att en i P & H:s anbud angiven nyckelperson hade deltagit vid en särskild i passivhusteknik. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att FaBo haft önskemål om att nyckelpersoner ska gå någon viss

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 4
11293-11 E

kurs eller för den skull att med "relevant" utbildning och erfarenhet avser kunskaper eller kurser i passivhusteknik.

Av LOU framgår att en leverantör vid behov får åberopa andra "företags" ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Så görs normalt genom att tillhandahålla ett särskilt åtagande från företaget i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga organisatoriska resurser hos det andra företaget. Något åtagande från Förenade Bygg har inte givits in tillsammans med P& H:s anbud.

FaBo har i upphandlingen brutit mot de grundläggande principerna för upphandling såsom principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens. Som en följd av att FaBo brutit mot LOU har Skanska lidit eller riskerar att lida skada. – Skanska åberopar dom från Kammarrätten i Jönköping den 27 oktober 2009 i mål nr 2187-09.

Falkenbergs Bostads AB (FaBo) anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Det framgår av 11 kap. 12 § LOU att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Regleringen bygger på de grundläggande unionsrättsliga principerna om likabehandling och ickediskriminering och syftet är att möjliggöra för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Anbudsgivares rätt att åberopa extern kapacitet har fastslagits flera gånger av EU-domstolen. Bl.a. kan nämnas mål C-176/98 (Holst Italia) där domstolen konstaterar att en leverantör som inte själv uppfyller de minimikrav som krävs för att delta i en upphandling tillåts att åberopa kapacitet hos tredje man. Företaget måste dock visa att det förfogar över de resurser hos tredje man som är nödvändiga för att uppfylla kontraktet. P & H har i sitt anbud angivit tre referensuppdrag varav två är utförda av Förenade Bygg. Det framgår av beskrivningar av referensuppdragen att P & H samt Byggbröderna står bakom Förenade Bygg. I

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 5
11293-11 E

beskrivningen av referensuppdragen anges platschef Anders Eriksson samt arbetschef Jonny Hansson. Båda dessa personer är anställda av P & H och var även anställda av P & H när referensuppdragen genomfördes. Anders Eriksson och Jonny Hansson kommer även att ansvara för den aktuella entreprenaden. P & H har ett tydligt band till Förenade Bygg och den platschef och arbetschef som har utfört referensprojekten är anställda av P & H. Med hänsyn till ovan nämnda torde det vara ostridigt att P & H förfogar över Förenade Byggs erfarenhet och kompetens i sådan utsträckning att referenserna måste anses vara godkända.

FaBo anser att de faktorer som kommer att tillmätas betydelse vid utvärdering av kompetens och organisation framgår av underlaget. FaBo har genom AFB 52 samt övrig erforderlig information i förfrågningsunderlaget på ett tydligt och transparent sätt redogjort för vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. En upphandlande myndighet måste inte nödvändigtvis i detalj ange exakt vad som måste uppfyllas för att uppnå viss poäng. Se dom från Kammarrätten i Göteborg den 30 maj 2011 i mål nr 1212-11. En upphandlande myndighet måste dock ge anbudsgivarna ledning avseende vilka förväntningar man har samt vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Av AFB 52 p.3 framgår att bedömning kommer att ske av relevant erfarenhet, relevant kompetens och att hänsyn kommer att tas till utbildning och yrkeserfarenhet hos anbudsgivarens nyckelpersoner i projektet. Det är således både företaget och dess personals erfarenhet och utbildning inom aktuellt område som bedöms. Den aktuella upphandlingen rör byggnation av passivhus. Att erfarenhet och utbildning inom både byggnation och passivhusteknik tillmäts betydelse torde stå klart för anbudsgivarna. FaBo ansåg vid utvärderingen av Kompetens och Organisation att P & H:s och Skanskas anbud var jämbördiga vad gäller byggnation. Vad gäller nyckelpersoners kompetens och utbildning erbjuder P & H ett stort mervärde i form av utbildning och erfarenhet av passivhusteknik. Till följd av detta åsattes P & H högre poäng. Skanska

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 6
11293-11 E

anför i sin ansökan att det inte framgår av underlaget att utbildning eller erfarenhet i passivhusteknik tillmätts betydelse. Skanska borde ha insett detta med tanke på uppdragets karaktär.

DOMSKÅL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter ska 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 11 kap. 12 § LOU framgår följande. En leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen

I Administrativa föreskrifter, AFB 51 förfrågningsunderlaget, vad gäller kvalificering av anbudsgivare anges bl.a. följande. Anbud kommer att förkastas i fall de inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda minimikrav. Vidare anges under rubriken Teknisk förmåga och kapacitet föl-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 7
11293-11 E

jande. Presentation av företaget och för objektet tänkt personal, samt referenser och CV för dessa. Tre stycken relevanta referenser från liknande jämförbara uppdrag, som styrker anbudsgivarens erfarenhet och kompetens inom det aktuella verksamhetsområdet. BE skall redovisa minst tre genomförda referensuppdrag av likartad typ och omfattning. Varje enskilt uppdrag måste överstiga 20 000 000 sek och minst ett ska vara utfört med passivhus teknik. Av AFB 52 i förfrågningsunderlaget framgår vidare att vid anbudsutvärderingen kommer det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att antas med hänsyn tagen till nedan angivna utvärderingskriterier respektive vikter.

1. Pris 75 procent

Till anbudssumman kommer en fiktiv mängd tilläggsarbete att läggas för att utvärdera även timpriser och påslag.

2. Referenser 10 procent

När det gäller referenser ska tre angivna referenspersoner inklusive kontaktuppgifter lämnas.

5 p Anbudsgivare har 3 st referenser från liknande objekt samtliga utförda med passivhusteknik.

3 p Anbudsgivare har 3 st referenser liknande objekt varav 2 är utförda med passivhusteknik

1 p Anbudsgivare har 3 st referenser liknande objekt varav 1 är utfört med passivhusteknik

3. Kompetens och Organisation 15 procent

- relevant erfarenhet för genomförande av entreprenaden
- relevant kompetens för genomförande av entreprenaden

Vid utvärdering av kompetens och organisation kommer hänsyn att tas till utbildning och yrkeserfarenhet hos anbudsgivarens nyckelperson i projektet.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 8
11293-11 E

Bedömning kommer att ske enligt följande skala:

5 p Mycket bra/god uppfyller önskemålen med råge, ger stort mervärde

3 p God/bra, fullgör önskemålen, ger visst mervärde

1 p Acceptabel, godkänd nivå ger dock inget mervärde

0 p inget svar. ej acceptabel. ej godkänd nivå, uppfyller inte önskemålen

Förvaltningsrättens bedömning

Peterson & Hansson AB (P & H) har tilldelats uppdraget av Falkenbergs Bostad AB och Skanska begär överprövning av det beslutet dels på den grunden att P & H inte uppfyller skall-kraven dels på den grunden att förfrågningsunderlaget har varit otydligt och ofullständigt.

Syftet med kravet på referenser måste anses vara att säkerställa att anbudsgivaren har tillräckligt med kompetens och erfarenhet för att kunna fullgöra kontraktet. P & H har i sitt anbud gett tre referenser där två är utförda av Förenade Bygg. Av det som framkommit i målet utgörs Förenade Bygg av P & H tillsammans med Byggbröderna. Platschefen och arbetschefen för den entreprenad som ska genomföras är båda anställda av P & H och var även anställda av P & H när referensuppdragen genomfördes. Det är alltså dessa personer som kommer att ansvara för den aktuella entreprenaden i ifrågavarande upphandling. Med hänsyn till detta styrker de referenser som lämnats av P & H att de som anbudsgivare har tillräckligt kompetens för att genomföra kontraktet. Detta innebär att något åtagande inte krävs från Förenade Bygg då P & H inte är beroende av deras kapacitet för att kunna genomföra kontraktet. Enligt förvaltningsrätten har P & H därmed uppfyllt skall-kravet på referenser och FaBo har därmed rätteligen låtit deras anbud gå vidare till utvärdering.


Ett förfrågningsunderlag måste vara klart och tydligt på sådant sätt att de grundläggande gemenskapsrättsliga kraven på likabehandling, förutsebar-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

het och öppenhet är uppfyllda. När det gäller utvärderingskriteriet kompetens och organisation ska anbudsgivaren enligt förfrågningsunderlaget ge in relevant erfarenhet och kompetens för genomförande av entreprenaden. Hänsyn kommer att tas till utbildning och yrkeserfarenhet hos anbudsgivarens nyckelperson i projektet. Eftersom ifrågavarande upphandling avser upphandling av byggnation av flerbostadshus i passivhusteknik borde det enligt förvaltningsrättens mening rimligtvis vara så att anbudsgivaren ger in de erfarenheter och kompetenser den har gällande detta. Förfrågningsunderlaget som sådant kan inte anses oklart vad gäller vad som ska värderas även om det inte helt klart framgår hur utvärderingen sedan ska ske men mot bakgrund av vad som ska värderas borde man som anbudsgivare ge in de bästa erfarenheter och kompetenser man har. Vid angivna förhållanden kan förfrågningsunderlaget inte anses så oklart att det strider mot grundläggande gemenskapsrättsliga kraven på likabehandling, förutsebarhet och öppenhet. Sammantaget finns det alltså inte skäl att besluta om någon åtgärd. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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


Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit Jennifer Onäng.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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, anledning förekommer till ändring i det slut vartill 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU