



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen  
Enhet 15

**DOM**  
2014-03-12  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
31255-13

**SÖKANDE**

Brunner & Brunner Bygg AB, 556524-0826  
Alfred Nobels Allé 212  
146 48 Tullinge

Ombud: Anders Zabala Vaca  
Annebergs Gårdsväg 2  
134 32 Gustavsberg

**MOTPART**

Tyresö kommun  
135 81 Tyresö

**SAKEN**

Offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2014-03-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Brunner & Brunner Bygg AB:s ansökan och beslutar att Tyresö kommuns upphandling Förskolan Galaxen, Tyresö – Invändiga Bygg- och installationsarbeten ska göras om.

Dok.Id 446299

Postadress  
115 76 Stockholm

Besöksadress  
Tegeluddsvägen 1

Telefon  
08-561 680 00

E-post:  
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax  
08-561 680 01

Expeditionstid  
måndag – fredag  
08:00-16:30

**YRKANDEN M.M.**

Tyresö kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende invändiga bygg- och installationsarbeten i förskolan Galaxen i Tyresö. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, (LOU). Av tilldelningsbeslut den 23 december 2013 framgår att kommunen beslutat att anta en annan leverantör än Brunner & Brunner Bygg AB (bolaget) då bolaget inte klarar av kraven enligt AFB.52 punkt B.

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att bolagets anbud ska tas upp till prövning. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunen har på ett avgörande sätt brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Bolaget har avgivit ett anbud i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget. Bolaget har en lägre anbudssumma än det vinnande anbudet och riskerar därför att lida skada pga. bristerna i kommunens anbudsgranskning.

Kommunen anser att bolagets ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Bolagets anbud kan ej tas upp till prövning eftersom det inte uppfyller kraven i AFB.52 punkt B. De ställda kraven strider inte mot proportionalitetsprincipen.

**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

De grundläggande principer som ska iakttas vid all offentligt upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som avses i 16 kap. 6 § LOU.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Grundprincipen är att en upphandling ska genomföras affärsmässigt och utan ovidkommande hänsyn, dvs. objektivt. Syftet är att försvåra möjligheterna att i upphandlingen gynna eller missgynna vissa leverantörer på ett obehörigt och därmed konkurrenssnedvridande sätt. Upphandlingens utfall ska i möjligaste mån vara förutsebart och anbudsgivarna och anbud ska behandlas lika och rättvist. I utvärderingsfasen av en offentlig upphandling förekommer alltid, vilket torde vara ofrånkomligt, ett visst mått av bedömningar och värderingar. Krav som ska ställas är att utvärderingen håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget och utvärderingskriterierna samt att den i övrigt inte strider mot principerna avseende likabehandling, förutsägbarhet och transparens. För att ett upphandlingsförfarande ska kunna anses strida mot dessa principer ställs relativt höga krav. I praxis har uttalats att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

#### **Ska-krav avseende ordersummor**

Bolaget har anfört att i upphandlingsföreskrifterna i de administrativa föreskrifterna under AFB.52 punkt B uppställs ett kvalificeringskrav avseende entreprenörens erfarenhet. Kravet är att liknande uppdrag med ordersummor om 3-12 miljoner kronor under de tre senaste åren ska anges. Bolaget anser att kravet är formulerat så att referensprojekten ska ligga i ett intervall mellan 3 och 12 miljoner kronor. Något krav att referensprojekten måste uppgå till angivna 12 miljoner kronor har inte ställts. Bolaget har redovisat uppdrag i intervallet 2-10 miljoner.

Kommunen anför att bolaget inte har kunnat styrka att de utfört liknande entreprenader upp till en ordersumma på 12 miljoner kronor och att bolaget därför inte har uppfyllt ska-kravet.

Av AFB.52 punkt B i förfrågningsunderlaget angående entreprenörens erfarenhet framgår bl.a. följande ska-krav:

E ska kunna styrka att liknande uppdrag med ordersummor om 3-12 miljoner sek är utförda under de senaste tre åren.

Förvaltningsrätten anser att ska-kravets formulering gällande ordersummor inte preciserar att anbudslämnaren ska ge exempel på uppdrag med en ordersumma på exakt 3 respektive 12 miljoner kronor utan att det är formulerat som ett intervall inom vilka uppdragen ska ligga. Därmed har kommunen tolkat kravet vid kvalificeringen i strid med förfrågningsunderlaget. Eftersom kommunen anser att upphandlingen anbudslämnare ska lämna referensuppdrag på upp till 12 miljoner har förfrågningsunderlaget inte varit transparent i denna del.

#### **Ska-krav avseende referenser**

Bolaget anför att det mycket väl uppfyller det ställda kravet gällande referensprojekt och de kontakter bolaget haft med angivna referenspersoner kan omöjligen leda till ett genomsnittligt betyg om 1,69 som kommunen anger. Vidare uppger bolaget att det kan ifrågasättas om ett av referensbetygen ska beaktas vid en utvärdering då betygen skulle sättas inom en skala 1 till 5. Något utrymme för betyget 0 finns inte.

Kommunen anför att utvärdering av anbudet enligt ska-krav AFB.52 punkt B endast ska göras om bolagets genomsnittspoäng överstiger 3 vid sju stycken frågor med poängbedömningen 5-1. Detta ska-krav kan inte anses strida mot proportionalitetsprincipen. Att kräva att det anlitate byggnadsföretaget ska besitta en sådan erfarenhet som överstiger betyget 3

får anses vara en högst normal erfarenhet och inte ett för högt ställt krav. Bolaget har ett genomsnittligt betyg om 1.69. Referensuttagningen har utförts slumpmässigt av ett konsultföretag. En av de tre referenspersonerna som kommunen valde ut kom in med sitt referensutlåtande för sent varvid kommunen kontaktade en fjärde referensperson. Vid utvärderingen av anbud konstaterade kommunen att bolaget inte uppfyller ställda krav avseende referenser, oavsett om det för sent inlämnade referensutlåtandet tas med eller ej.

Av AFB.52 punkt B. i förfrågningsunderlaget angående referenser framgår bl.a. följande ska-krav:

<u>Utvärderingskriterier</u>	<u>Poäng</u>	<u>Bedömning</u>
1. Allmän bedömning av entreprenörens förmåga att utföra uppdraget	5-1	Utmärkt-begränsad

.....

För att utvärdering av anbud enligt AFB.52 skall ske skall genomsnittlig poäng enligt ovanstående överstiga 3.

Bolaget har inte invänt mot själva kvalificeringskravet att snittvärdet på tre slumpvalda referenser ska överstiga 3. Invändningarna rör att kommunen har satt betyget 0 och att snittet för bolaget borde ligga över 3. Av handlingarna i målet framgår att de referenspersoner som bolaget uppgett och som kommunen kontaktat har lämnat betyg som ger ett genomsnittligt betyg till bolaget under 3, oavsett om referenserna är tre eller fyra stycken. Sammanställningarna över svaren vid referenstagningarna visar dock att avseende en persons referenser har betyget 0 satts och förvaltningsrätten anser inte att kommunen har haft stöd i förfrågningsunderlaget för att sätta betyget 0 vid utvärderingen av referenser. Därmed har kommunen brutit i transparens också i denna del.

**Skadeprövning och val av åtgärd**

Förvaltningsrätten anser att bolaget har lidit skada som en följd av den bristande förutsebarheten i förfrågningsunderlaget AFB.52 punkt B.

Eftersom de brister som förvaltningsrätten har funnit i upphandlingen gäller förfrågningsunderlagets utformning har det påverkat det konkurrensuppsökande skedet och därför är det inte tillräckligt att upphandlingen rättas. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed bifallas på så vis att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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



Susanne Bagge

Rådman

Mia Svärd har föredragit målet.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.