



**KAMMARRÄTTEN I
GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011 -06- 07
Meddelad i Göteborg

Mål nr 4851-10

KONKURRENSVERKET

2011 -06- 10

Avd

Dnr

Doss

Aktbil

KLAGANDE

Svedala kommun
Kommunhuset
233 80 Svedala

Ombud:

Martin Puumalainen
c/o Kommunupphandling Syd AB
Baltzarsgatan 25
211 36 Malmö

MOTPART

Mark o VA i Malmö AB, 556624-3803
Santessons väg 9
232 91 Arlöv

Ombud:

Advokaten Magnus Nedström och Jur.kand. Sarah Anderberg
Advokatbyrån Sigeman o Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 17 september 2010 i mål nr 11609-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Med bifall till överklagandet upphäver kammarrätten förvaltningsrättens dom och avslår Mark o VA i Malmö AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 183306

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:40

YRKANDEN M.M.

Svedala kommun yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom avslår Mark o VA i Malmö AB:s ansökan om överprövning. Kommunen åberopar det som anförts i förvaltningsrätten och tillägger i huvudsak följande. Kommunen hade i upphandlingen att välja mellan att hantera frågan om tidigare erfarenhet av anläggande av konstgräsplaner antingen i kvalificerings- eller i utvärderingsfasen. Skälet till att utvärdering av referenserna valdes är att entreprenaden i fråga inbegriper flera olika moment, varav anläggandet av konstgräsplaner är det absolut mest kritiska. Ett krav på att en anbudsgivare ska ha genomfört en sådan entreprenad hade varit att bedöma som alltför ingripande i förhållande till upphandlingsobjektet som helhet. Detta innebär dock inte att anläggandet av konstgräset inte är den del av entreprenaden som i stor utsträckning styr hur arbetet ur ett kvalitetsperspektiv vid slutförandet samt i ännu högre utsträckning nyttjandet av konstgräsplanerna kommer att betraktas som väl genomfört eller inte.

Anläggandet av konstgräsplanerna är av sådan teknisk komplicerad art att tidigare erfarenhet av sådant arbete i hög grad bedöms komma att inverka på kvaliteten på slutresultatet. Genom att koppla utvärderingen till referenternas erfarenheter från liknande entreprenader kan kommunen med tillförlitlig säkerhet dra slutsatser angående kvaliteten på föremålet för den aktuella upphandlingen. De frågor som referenterna har haft att besvara har rört kvaliteten på utförd entreprenad, om entreprenaden har utförts enligt tidsplan, om det avtalade priset har hållits samt hur nöjda referenterna har varit med skötsel och uppföljning under garantitiden. Dessa frågor kan inte anses huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan syftar till att bedöma och öka själva kvaliteten på totalentreprenadens utförande samt ange relevant information för bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

När det gäller mer avancerade produkter och tjänster och även bygg- och anläggningsentreprenader bör referenser eller andra kriterier än pris användas i utvärderingsfasen för att skapa mervärden och höja kvaliteten på den levererade produkten eller tjänsten (jfr tidigare åberopad praxis samt EU-domstolens dom i mål C-247/02 Sintesi SpA). Att använda referenser som utvärderingskriterium utgör i detta fall det enda lämpliga kriteriet för bedömning av kvalitet på slutligt resultat och andra tänkbara kriterier för att utvärdera kvalitet har inte gått att identifiera för kommunen. Sättet referenserna använts på har inneburit en både transparent och effektiv utvärdering av kvalitetsbegreppet och det har inte, som bolaget har gjort gällande, rört sig om en enkel uppräknning och antal referenser.

Bolagets påstående att kraven vad gäller underarbete skulle var hårdare vid vägbyggnation jämfört med vid anläggandet av konstgräs är felaktigt, då det som är relevant för jämförelsen av komplexiteten mellan de olika anläggningsarbetena är jämnhetskraven för det obundna bärlagret. Svenska fotbollsförbundets riktlinjer jämte övriga rambeskrivningar innebär väsentligen högre jämnhetskrav än Anläggnings-AMA:s toleranskrav för asfalt (DCC3). Det är just denna yta som bolaget avsett att utföra själv utan hjälp av underentreprenör. Vidare fylls mindre ojämnheter ut när asfalt läggs med hjälp av maskin medan alla ojämnheter i bärlagret kommer att synas när en färdig konstgräsmatta rullas ut. Utöver krav på jämnhet ställer anläggandet av konstgräs ytterligare höga krav på underliggande material, bombering med jämn avrinning samt dränering. Diskrepansen i jämförelserna och parternas divergerande uppfattning om tillämpliga krav och föreskrifter understryker den komplexitet som de facto föreligger vad gäller anläggande av konstgräsplaner och det faktum att bolaget saknar erfarenhet därav.

Att bolaget fått högsta poäng på utvärderingskriteriet ”genomförandebeskrivning” saknar relevans för bedömningen av kriteriet ”referensobjekt och erfarenhet”. Bedömningen av ett kriterium vid användandet av en relativ viktningsmodell varken får eller ska påverka bedömningen av ett annat,

eftersom hela syftet med modellen då hade förfelats. Kommunen har varken påstått eller agerat som om bolaget inte uppfyller de i upphandlingen ställda kraven. Det är ostridigt i målet att åberopande av annat företags kapacitet, i detta fall underentreprenör för läggandet av konstgräset, är tillåtet. Anledningen till att bolaget inte erhållit poäng för referenser som underleverantören Unisport Scandinavia AB har lämnat är att referenserna inte avser samma arbete, d.v.s. bolaget har inte varit markanläggare i de entreprenader där Unisport har lagt konstgräsytan. Det är anläggandet av skiktet under konstgräset som är det kritiska i kvalitetshänseende och för detta saknar bolaget helt referenser. Skillnaden mellan referensobjekt framgår tydligt i förfrågningsunderlaget, enligt vilket anbudsgivare ska ha genomfört entreprenader där anläggandet av konstgräsfotbollsplaner ingår för att få högre poäng. Den aktuella entreprenadmarknaden är speciell så till vida att samtliga entreprenörer använder sig av underentreprenörer för själva anläggandet av konstgräs. Som bolaget tolkar utvärderingsmodellen skulle därför samtliga anbudsgivare som kan påräkna sig Unisports eller likvärdigt bolags kompetens att lägga konstgräs få högsta poäng oavsett deras tidigare erfarenhet av förberedande markarbete som det nu är fråga om och som har en direkt inverkan på slutlig kvalitet på entreprenaden.

Mark o VA anser att överklagandet ska avslås. För det fall kammarrätten finner att kriteriet referenser i sig kan godtas i tilldelningsfasen yrkar bolaget att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på det sättet att anbudsutvärderingen gjorts om så att det vid poängsättningen avseende bolagets anbud inte görs någon skillnad mellan bolagets egna och Unisports referenser. Bolaget åberopar det som anförts i förvaltningsrätten samt tillägger i huvudsak följande. Utgångspunkten är att de krav som ställs i kvalificeringsfasen får vara organisationsorienterade medan tilldelningskriterierna istället ska vara kopplade till den vara eller tjänst som upphandlas. De hänsyn som kan göra det tillåtet att beakta utförande personals erfarenhet och kompetens inom ramen för tilldelningskriterierna i en upphandling av ett uppdrag avseende exempel vård och omsorg eller personliga tjänster av lik-

nande slag gör sig inte gällande i en upphandling av anläggandet av en idrottsplats. För att kunna lägga en konstgräsyta krävs en viss teknisk kompetens, som anbudsgivaren antingen har eller inte har. Sedan den upphandlande myndigheten konstaterat att skall-kravet i detta hänseende är uppfyllt återstår inte något mervärde att utvärdera. Det kan därför inte anses tillåtet att beakta denna förmåga hos anbudsgivaren även vid den följande utvärderingen. Av den av kommunen återopade domen Sintesi SpA framgår att en upphandlande myndighet vid tilldelning av kontrakt avseende bygg-, eller anläggningsarbeten inte får åläggas att endast tillämpa kriteriet lägsta pris. Självfallet står det upphandlande myndighet fritt att bestämma vilka kriterier som ska gälla för den aktuella upphandlingen, under förutsättning att dessa är ägnade att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av förfrågningsunderlaget, AFB 52, framgår uttryckligen att referensobjekten utvärderas för att bedöma i vilken grad anbudsgivaren kan förväntas inneha tillräcklig kompetens att leverera den kvalitet beställaren efterfrågar. En sådan referenstagning måste anses vara att hänföra till leverantörens tekniska kapacitet, vilken ska bedömas enbart vid kvalificeringen. I den mån utvärdering av referenser ska tillåtas i tilldelningsskedet ska dessa tillföra något särskilt mervärde med direkt avseende på anbudet (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 9 november 2010 i mål nr 2164-10).

Kommunen har i förfrågningsunderlaget också uppställt s.k. skall-krav för att säkerställa anbudsgivarnas kapacitet och det är ostridigt att bolaget uppfyllt samtliga dessa krav. Bolaget har vidare erhållit högsta poäng för sin genomförandebeskrivning, vilket visar att kommunen inte ifrågasatt bolagets kompetens eller kunskaper om byggnation av fotbollsplaner. Om anläggandet av konstgräs varit av så kritisk art som kommunen gör gällande vore det inte oproportionerligt med ett skall-krav även angående detta. Mer troligt är att egen erfarenhet av anläggande av konstgräs inte är av kritisk betydelse, då det i själva verket är samma underarbete som utförs under såväl asfalt som konstgräs. Kraven enligt Anläggnings-AMA utgår från en färdig yta belagd med asfalt som då ska hålla en viss tjocklek. Om underla-

get inte är jämnt kan denna tjocklek inte hållas. Bärlagerytan tätas med stenmjöl innan konstgräset läggs och bolaget kontrollerar att alla ytor är jämna och ansvarar för att packningsprov tas. Dessa moment överensstämmer med tillvägagångssättet vid vägbyggnation.

För det fall det skulle anses godtagbart att beakta företagets förmåga att utföra anläggningsentreprenaden även som ett kriterium för utvärdering kan det inte accepteras att detta sker genom att räkna antalet referenser på det sätt som kommunen gjort, eftersom detta strider mot EU-domstolens dom i mål C-315/01 GAT. Utvärderingsmodellen är vidare konstruerad så att även om en referensperson sätter lägsta möjliga betyg på den utförda entreprenaden kan referensen i fråga anses som god. En sådan modell kan inte anses ägnad att identifiera kvalitetsaspekter i anbudet eller att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Bolaget har till sitt anbud fogat referensblanketter avseende sin egen och underentreprenörens erfarenhet beträffande relevanta entreprenader som med god marginal uppfyller kraven för att anbudet ska tilldelas högsta poäng vid utvärdering av kriteriet. Mer än fem egna referenser för det som i förfrågningsunderlaget beskrivs som "motsvarande entreprenader" och fem referenser avseende konstgräsfotbollsplaner som utförts av underentreprenören har åberopats. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att referensobjekten måste vara utförda av anbudsgivaren själv för att få tillgodoräknas vid poängsättningen. Kommunen har i förvaltningsrätten anfört att högre poäng ges då entreprenören har erfarenhet av att som totalentreprenör ansvara för entreprenader som innehåller anläggandet av konstgräs. Detta är något annat än hur tilldelningskriteriet beskrivs i förfrågningsunderlaget och kan således inte läggas till grund för en korrekt och transparent anbudsutvärdering. Dessutom framstår en sådan tillämpning av utvärderingsmodellen som ett rent kringgående av förbudet mot att hindra användningen av underleverantörer. Eftersom bolaget lämnat anbudet med lägst pris och även fått maximal poäng på utvärderingskriteriet "genomförandebeskrivning"

skulle det ha vunnit upphandlingskontraktet om det fick högsta poäng även för kriteriet ”referensobjekt och erfarenhet”.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Referenser som utvärderingskriterium i tilldelningsfasen

Av EU-domstolens avgöranden C-532/06 Lianakis och C-199/07 ERGA framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Däremot kan något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen varken utläsas av LOU eller EU-rättslig praxis, så länge som referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är kvalitet och pris av avgörande betydelse och sambandet mellan erfarenhet/kompetens och kvalitet är varierande från bransch till bransch. Avgörande är om erfarenhet kan förväntas leda till ökad kvalitet för den vara eller tjänst som upphandlas.

Kommunen har anfört att anläggandet av konstgräs är tekniskt komplicerat och det mest kritiska momentet i hela entreprenaden, varför tidigare erfarenhet av sådant arbete i hög grad bedöms komma att inverka på kvaliteten på slutresultatet. Anledningen till att tidigare erfarenhet trots detta inte har ställts upp som ett kvalificeringskrav är att det har bedömts oproportionerligt i förhållande till entreprenaden som helhet. Av förfrågningsunderlaget framgår att referensobjekt och erfarenheter från konstgräsfotbollsplaner samt motsvarande entreprenader utvärderas för att bedöma i vilken grad anbudsgivaren kan förväntas ha tillräcklig kompetens att leverera den kvalitet beställaren efterfrågar. Frågorna som har ställts till referenterna har avsett kvaliteten på utförd entreprenad, om entreprenaden färdigställts enligt överenskommen tidsplan, utförts till avtalat pris samt skötsel och leverantö-

rens uppföljning under garantitiden. Dessa kriterier är, enligt kammarrättens bedömning, inte huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan till föremålet för upphandlingen, d.v.s. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder. Referensupptagningen i anbudsvärderingen har således syftat till att utröna hur anbudsgivaren tidigare har utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten och inte till att bedöma anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Mot denna bakgrund anser kammarrätten inte att anbudsvärderingen har påverkats av ovidkommande hänsyn i strid mot kraven i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten har därför inte haft att förordna att upphandlingen ska göras om på denna grund.

Utvärderingsmodell och poängsättning avseende kriteriet "referensobjekt och erfarenhet"

För det fall kriteriet referenser i sig kan godtas i tilldelningsfasen har bolaget anfört att den utvärderingsmodell som har använts inte syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet då den går ut på att räkna antalet referenser, som dessutom kan anses vara goda trots att referenspersonerna har satt lägsta betyg på den genomförda entreprenaden. Bolaget har vidare yrkat att utvärderingen ska göras om på så sätt att det vid poängsättningen avseende bolagets anbud inte ska göras skillnad mellan bolagets egna och Unisports referenser.

Av förfrågningsunderlaget, AFB. 52, framgår bl.a. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas med hänsyn till utvärderingskriterierna:

1. Total anbudssumma 45 %
2. Referensobjekt och erfarenhet från konstgräs fotbollsplaner samt motsvarande entreprenader 45 %
3. Genomförandebeskrivning 10 %

Med motsvarande entreprenader avses entreprenader där något av följande delmoment ingått

- (1) anläggande av idrottsplaner,
- (2) VA-arbeten i motsvarande omfattning som nu aktuell entreprenad,
- (3) markterasseringsarbeten i motsvarande omfattning som nu aktuell entreprenad.

Bedömningen av referensobjekten görs i en skala från 1 till 5 poäng enligt följande:

Relevant erfarenhet från minst 5 motsvarande entreprenader där minst 2 av dessa avser konstgräs fotbollsplaner och där angiven referensperson lämnar goda referenser. Ger 5 poäng.

Relevant erfarenhet från 4 motsvarande entreprenader där minst 2 av dessa avser konstgräs fotbollsplaner och där angiven referensperson lämnar goda referenser. Ger 4 poäng.

Relevant erfarenhet från 3 motsvarande entreprenader där minst 1 av dessa avser konstgräs fotbollsplan och där angiven referensperson lämnar goda referenser. Ger 3 poäng.

Relevant erfarenhet från 2 motsvarande entreprenader där minst 1 av dessa avser konstgräs fotbollsplan och där angiven referensperson ger goda referenser. Ger 2 poäng.

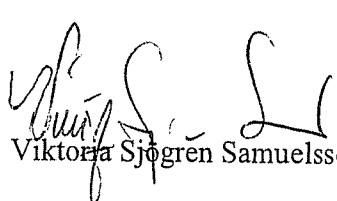
Relevant erfarenhet från 1 motsvarande entreprenad och där angiven referensperson lämnar goda referenser. Ger 1 poäng.

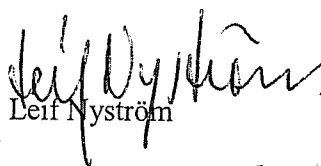
Referenspersonerna ska skriftligen svara på ovan angivna frågor enligt betygsskalan ”mycket nöjd”, ”ganska nöjd”, ”mindre nöjd” och för att referensen ska bedömas som god ska referenspersonen ha svarat ”mycket nöjd” på minst två av frågorna och ”mindre nöjd” på högst en av frågorna. Uppfylls inte dessa nivåer anses inte referensen som god och aktuell referens ger då inte anbudsgivaren någon poäng.

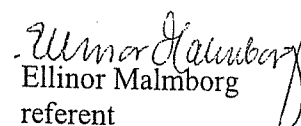
Enligt kammarrättens bedömning utgör referenstagningen i upphandlingen inte någon ren förteckning över antalet tidigare uppdrag, utan tillför svar på relevanta frågor om tjänstens utförande som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det har i förfrågningsunderlaget vidare preciserats vad som krävs för att en referens ska anses som god i enlighet med LOU:s krav på förutsebarhet och transparens.

När det sedan gäller poängbedömningen avseende referenserna framgår av förfrågningsunderlaget att relevant erfarenhet från entreprenader som avser konstgräsplaner ger högre poäng. Kommunen har obestritt uppgett att den aktuella marknaden är sådan att samtliga entreprenörer använder sig av underentreprenörer för anläggandet av själva konstgräsytan. Det moment som kommunen bedömer vara det mest kritiska i entreprenaden och för vilket referenserna förväntas bidra till en högre kvalitet är det förberedande markarbetet. Enligt kammarrättens mening ger inte de av Unisport lämnade referenserna någon ledning för bedömningen av utförandet det underliggande markarbetet, som Mark o VA ska utföra. Poängutvärderingen har således inte skett i strid med förfrågningsunderlaget på så sätt att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Viktoria Sjögren Samuelsson


Leif Nyström


Ellinor Malmberg
referent



FÖRVALTNINGSRÄTTEN **DOM**
I MALMÖ **2010 -09- 17**
Avdelning 1 Meddelad i
Christian Härdgård Malmö

Mål nr
11609-10 E

SÖKANDE

Mark o VA i Malmö AB, 556624-3803
Santesson Väg 9
232 91 Arlööv

Ombud:

Advokat Magnus Nedström
Jur.kand. Sarah Anderberg
Advokatbyrån Sigeman o Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

MOTPART

Svedala kommun
Kommunhuset
233 80 Svedala

Ombud:

Advokat Ola Jönsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 74
201 20 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Mark o VA i Malmö AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Svedala kommuns upphandling ”FSI-Området, Etapp 0, Svedala 306:34 m.fl, förnyad upphandling” ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Svedala kommun (nedan kommunen) genomför upphandlingen ”FSI-Området, Etapp 0, Svedala 306:34 m.fl, förnyad upphandling”. Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för förenklat förfarande.

Mark o VA i Malmö AB (nedan Mark o VA) ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på det sättet att utvärderingen av inkomna anbud gjorts om så att det vid poänggivningen avseende Mark o VA:s anbud inte görs någon åtskillnad mellan Unisports referenser och Mark o VA:s referenser.

Kommunen motsätter sig Mark o VA:s yrkanden.

Förvaltningsrätten har den 19 augusti 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Parternas argumentation

Mark o VA: Av EG-domstolens dom i mål C-532/06 (Lianakis m.fl.) framgår att valda utvärderingskriterier skall syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte huvudsakligen avse bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga. Utöver detta måste även beaktas den begränsning som framgår direkt av 12 kap. 1 § LOU och direktiv 2004/18/EG, nämligen att utvärderingskriterier skall vara kopplade till föremålet för kontraktet. Kriterier som avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga, är sådana kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och utgör därför inte kriterier för tilldelning. Vidare har EG-domstolen i mål C-315/01 (GAT) bedömt att det i princip inte är tillåtet för den upphandlande myndigheten att beakta antalet referenser som kriterium för tilldelning av detta kontrakt. Mark o VA anser att de frågor som referensen ska besvara inte

kan anses ägnade att säkerställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Användandet av kriteriet strider således mot LOU.

En upphandlande myndighet kan enligt LOU inte lagligen förbjuda en budsgivare från att använda sig av underentreprenörer. I strid med LOU och bakomliggande direktiv görs en åtskillnad mellan om erfarenheten finns inom den egna organisationen eller om underentreprenören har den efterfrågade erfarenheten. En sådan distinktion strider mot LOU:s krav på likabehandling och är inte tillåten. Utvärderingskriteriet gynnar dessutom större leverantörer eftersom det görs en skillnad mellan om man har kompetens inom organisationen eller om en underentreprenör skall användas för en viss del av arbetet. Ett sådant gynnande leder till att konkurrensen begränsas i onödan och kriteriet är således inte proportionerligt i förhållande till syftet med kriteriet. Såvitt Mark o VA vet saknar samtliga budsgivare kompetens att utföra läggande av konstgräsytan inom den egna organisationen. Istället utförs dessa tjänster regelmässigt av underentreprenörer som är specialiserade på denna typ av arbeten.

Kommunen: Kammarrätten i Göteborg har i mål 5910-08 klargjort att det av EG-domstolens praxis inte går att utläsa något generellt förbud mot att låta referenser utgöra ett utvärderingskriterium. Kammarrätten uttalade också att referenser från med upphandlingen likvärdiga uppdrag kan ge relevant information för bedömning av vilket anbud som med hänsyn till kvaliteten är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Att det är möjligt att utvärdera tidigare erfarenheter har fastställts av Kammarrätten i Göteborg i mål 7332-08. Kammarrätten konstaterade här att det inte fanns något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare framgår att referensupptagningen i upphandlingen avsett frågor rörande budsgivarnas utförande i tidigare sammanhang och att frågorna som ställts till referenspersonerna avsett budsgivarnas administrativa hantering av tjänsten, aktiva arbete med förbättring av arbetsmiljön, leverans av rätt tjänst i rätt tid, dialog med beställaren och service mot abonnenterna samt entreprena-

dens prisvärdhet. Kammarrätten fann att dessa kriterier inte kan anses huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och yrkesmässiga kapacitet utan till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst anbudsgivaren erbjuder.

Anläggandet av konstgräs är så pass skilt från annan markentreprenad och kräver kunskap och erfarenhet. Mot bakgrund av att det varit av stor betydelse för kommunen att totalentreprenaden utförs av en kompetensentreprenör med stor erfarenhet av motsvarande entreprenader har kommunen valt att utvärdera anbudsgivarnas referenser. Att använda referenser som utvärderingskriterium har således varit föranlett av kommunens intresse att tilldela kontraktet till den entreprenör som enligt utvärderingen offererat det ekonomiskt mest fördelaktiga entreprenaden. De frågor som referenspersonerna haft att besvara har rört kvalitet på utförd entreprenad, huruvida entreprenaden utförts enligt tidsplan, om det avtalade priset har hållits samt hur nöjd referenspersonen varit med skötsel och uppföljning under garanti-tiden. Frågorna har förväntats leda till ökad kvalitet avseende totalentreprenaden. Frågor av denna karaktär är huvudsakligen hänförliga till föremålet för upphandlingen.

Det är riktigt att Mark o VA samt även övriga anbudsgivare avsett att använda sig av underentreprenörer vid anläggandet av toppskiktet på konstgräsplanerna. När det gäller referensobjekt och utvärdering av detta kriterium har kommunen också valt att ge poäng till de entreprenörer som kan medföra ökad kvalitet till aktuell upphandling. Detta innebär att entreprenörer får högre poäng då de har erfarenhet av att, som totalentreprenör, ansvarat för entreprenader som innehåller anläggande av konstgräs. Att underentreprenörer anlitas för vissa delar av sådana entreprenader förändrar inte bedömningen.

DOMSKÄL

Bestämmelser m. m.

En upphandlande myndighet 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 om proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU skall en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga, skall myndigheten 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.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Praxis m. m.

En anbudsprovning består av två faser: kvalificeringsfasen och utvärderings-/tilldelningsfasen. I kvalificeringsfasen kontrolleras anbudsgivarnas lämplighet utifrån kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderingsfasen, där tilldelning av kontraktet sker i enlighet med antingen kriteriet lägsta pris eller kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Även om det teoretiskt sett inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt, är det enligt EG-domstolen fastslaget att det är fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Se bl.a. mål C-31/87 (Beentjes).

Bestämmelserna om tilldelning av kontrakt enligt kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet framgår av artikel 53.1 a i direktiv 2004/18/EG (i princip motsvarande med artikel 36.1 i direktiv 92/50/EEG). Uppräkningen, i artikel 53.1 a, av kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan är emellertid inte uttömmande. Den upphandlande myndigheten har således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Detta val kan dock endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta bekräftas av EG-domstolen i bl.a. målen C-19/00 (SIAC Construction), C-513/99 (Concordia Bus Finland) och C-315/01 (GAT).

EG-domstolen har vidare i mål C-532/06 (Lianakis) konstaterat att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga, inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. I målet anförde domstolen att artiklarna 23.1, 32 och 36.1 i direktiv 92/50/EEG (i princip motsvarande artiklarna 44, 48 och 53 i direktiv 2004/18/EG) utgör hinder för den upphandlande myndigheten att under ett anbuds-förfarande beakta anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen, inte med hänvisning till att dessa faktorer utgör ”kriterier för kvalitativt urval”, utan istället med hänvisning till att de utgör ”kriterier för tilldelning”. EG-domstolen har i mål C-199/07 (ERGA) bekräftat sitt ställningstagande i Lianakis-målet.

Uttalandena i Lianakis- domen har i flera kammarrättsavgöranden tolkats som att det inte föreligger något absolut hinder mot att utvärdera referenser, så länge detta är ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i målen 5910-08, 7332-08 och 2295-09, Kammarrätten i Stockholms avgöranden i målen 5512-08 och 3582-09 samt Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 3474-08. I mål 6411-08 sträcker sig Kammarrätten i Göteborg ännu längre och uttalar att det även måste finnas en direkt koppling mellan erfarenheten som utvärderas och kvalitetsnivån på det som ska upphandlas.

I målet aktuellt förfrågningsunderlag

I förfrågningsunderlaget återfinns under punkten AFB.52 ”Värderingsgrunder vid provning av anbud” bl.a. följande.

”Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn till nedanstående utvärderingskriterier:

1. Total anbudssumma 45 %
2. Referensobjekt och erfarenhet från konstgräs fotbollsplaner samt motsvarande entreprenader 45 %
3. Genomförandebeskrivning 10 %

2. Referensobjekt och erfarenhet från konstgräs fotbollsplaner samt motsvarande entreprenader utvärderas för att bedöma i vilken grad anbudsgivaren kan förväntas inneha tillräcklig kompetens att leverera den kvalitet beställaren efterfrågar. Med motsvarande entreprenader avses entreprenader där något av följande delmoment ingått:

- (1) anläggande av idrottsplaner,
- (2) VA-arbeten i motsvarande omfattning som nu aktuell entreprenad,
- (3) markterrasseringsarbeten i motsvarande omfattning som nu aktuell entreprenad.

Referensobjekten får inte sträcka sig mer än 10 år tillbaka i tiden. Erfarenheten skall avse entreprenader utförda av den del (t.ex. region eller avdelning) inom företaget som utgör organisation för uppdraget som denna upphandling avser”.

Av blanketten för betygsättning av referensobjekt framgår att det är följande fyra frågor som referenspersonen ska poängsätta:

- Kvalitet på utförd entreprenad
- Entreprenaden färdigställd enligt överenskommen tidplan
- Entreprenaden utförd till avtalat pris
- Skötsel och uppföljning under garantitiden

Frågorna ska besvaras med omdömena ”Mycket nöjd”, ”Ganska nöjd” eller ”Mindre nöjd”.

Förvaltningsrättens bedömning

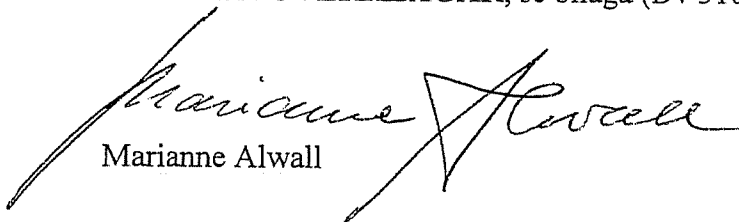
I aktuell upphandling har, som ovan framgår, referenterna haft att svara på hur nöjda de är med kvaliteten på den utförda entreprenaden, om entreprenaden blivit färdigställd enligt överenskommen tidplan, om entreprenaden blivit utförd till avtalat pris samt hur skötsel och uppföljning under garanti-tiden har skötts. Av förfrågningsunderlaget framgår att referensobjekten utvärderas för att bedöma i vilken grad anbudsgivaren kan förväntas inneha tillräcklig kompetens att leverera den kvalitet beställaren efterfrågar.

Enligt förvaltningsrättens mening måste en referensupptagning som syftar till att utvärdera i vilken grad anbudsgivaren kan förväntas inneha *tillräcklig kompetens* att leverera den kvalitet beställaren efterfrågar huvudsakligen anses vara att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer, dvs. leverantörens tekniska kapacitet vilket är föremål för bedömning vid kvalificeringen. Detta styrks av kommunens uttalande att entreprenören måste ”ha erfarenhet av entreprenader som omfattat anläggande av konstgräs. Kommunen har valt att använda detta som en del i utvärderingskriteriet Referenser, för att på så sätt höja kvaliteten på den entreprenad som skall utföras. Anläggandet av konstgräs är så pass skilt från annan markentreprenad och kräver kunskap och erfarenhet.”

Därtill kommer, allmänt sett, att referensupptagning lämnar upplysningar om tidigare leveranser däremot säger den inget med säkerhet om kvalitetsnivån i en kommande leverans. Till följd härav saknas - oftast - den koppling mellan referenser och föremålet för upphandlingen som krävs för att referensupptagningen kan godtas som ett utvärderingskriterium. Även med beaktande av vad kommunen har anfört som skäl för att använda referenser vid utvärderingen i nu aktuell upphandling kan det, enligt rättens mening, inte anses föreligga sådana förhållanden som undantagsvis medför att referenser kan tillåtas som utvärderingskriterium.

Rätten finner således att utvärderingskriteriet ”Referensobjekt och erfarenhet från konstgräs fotbollsplaner samt motsvarande entreprenader” inte kan anses vara ägnat att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och att detta strider mot 1 kap. 9 § LOU. Det kan inte uteslutas att Mark o VA har lidit eller riskerar att lida skada på grund av dessa ovan redovisade brister. Det finns därför förutsättningar för ingripande enligt LOU. Med hänsyn till att bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Därmed upphör rättens interimistiska beslut från den 19 augusti 2010 att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)


Marianne Alwall

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.