



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 15

DOM
 2013-02-14
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 23314-12

SÖKANDE
 Svesol Värmesystem AB, 556538-1943
 Djurmo 29
 785 62 Djurmo

MOTPART
 Stockholms Hamn AB, 556008-1647
 Box 27314
 102 54 Stockholm

SAKEN
 Överprövning enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi,
 transporter och posttjänster

KONKURRENSVERKET	
2013-08-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Svesol Värmesystem AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 317154

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Stockholms Hamn AB (Stockholms Hamn) genomför en upphandling av installation av solcellsanläggning, dnr 11-00413/E32. Upphandlingen har genomförts med tillämpning av reglerna om förenklat förfarande i lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF).

Av tilldelningsbeslut den 1 november 2012 framgår att Stockholms Hamn beslutat att anta anbud från annan leverantör än Svesol Värmesystem AB (bolaget).

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Erfarenhet som utvärderingskriterium

I den tillämpade modellen för utvärdering har den upphandlande enheten använt referenser för att utvärdera kvalitetsparametern eller som det uttrycks ”erfarenhet och kompetens på föreslagen platsorganisation”. En sådan modell är inte förenlig med LUF. Den modell som Stockholms Hamn använder är inte ägnad att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Stöd för denna uppfattning finns med utgångspunkt i tillämplig praxis från EG-domstolen, mål C-532/06 (Lianakis). I detta mål konstaterade domstolen att de kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivare förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projekt, inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Bestämmelserna i 12 kap. LUF förutsätter att den

upphandlande enheten vid bedömningen av anbuderna ska ta hänsyn till kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet. Föremålet för denna upphandling är installation av en solcellsanläggning, inte kompetenser och erfarenheter av en platsorganisation med anställda som ingen anbudsgivare kan garantera är tillgängliga när projektet ska genomföras.

Utvärderingsmodellen

Grunden för bedömningen av aktuell kvalitetsparameter "erfarenheter och kompetenser på utförande av liknande uppdrag på föreslagen platsorganisation" är mycket allmänt hållen och preciserar inte vad den upphandlande myndigheten avser med kvalitet eller vad som är föremålet för kvalitetsbedömningen. Förfrågningsunderlaget uppfyller inte de i 15 kap. 16 § LUF angivna kraven på hur utvärderingskriterier ska anges. Den i förfrågningsunderlaget beskrivna modellen ger utrymme för godtyckliga bedömningar och ger inte på förhand någon ledning om hur de redovisade kriterierna kommer att tillämpas. Detta har medfört att bolaget inte kunnat lämna ett optimalt anbud, vilket inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida ekonomisk skada. Upphandlingen bör därför göras om. Att bolaget inte lämnat något anbud i den aktuella upphandlingen påverkar inte uppkommet skaderekvisit. Ett bristande förfrågningsunderlag är ett tillräckligt skäl för den upphandlande enheten att på eget initiativ avbryta upphandlingen.

Tidsramar

De tidsfrister som Stockholms Hamn har tillämpat i denna upphandling medför orimliga krav för potentiella leverantörer och är i konflikt med såväl likabehandlingsprincipen som proportionalitetsprincipen. Beslut om leverantör fattades den 1 november 2012 och om meddelande om detta skickades samma dag skulle kontrakt kunna tecknas först den 12 november

2012, den dag som Stockholms Hamn förutsätter en igångsättning av projektet. Igångsättning kan enligt de administrativa förutsättningarna alternativt ske vid annan tidpunkt enligt överenskommelse med Stockholms Hamns projektledare, men kravet på färdigställande den 20 december 2012 är ett tydligt formulerat skall-krav och är enligt underlaget inte förhandlingsbart. En redan för kort tidsram blir än mer orealistisk då Stockholms Hamn enligt AFD.28 förutsätter att samråd ska ske med beställaren vid val av underentreprenör.

Stockholms Hamn förutsätter i sin tidsplanering att samma dag som avtalsspärren upphör ska entreprenören stå startberedd att påbörja entreprenaden. Med dessa ledtider tvingas varje potentiell avtalspart och anbudsgivare arbeta med överkapacitet inom sina produktionsorganisationer, vilket effektivt minskar förutsättningarna för kostnadseffektiva lösningar och för mindre företag skapar småskalenackdelar. Stockholms Hamn har felaktigt tolkat proportionalitetsprincipen som att den skulle omfatta de egna kravbilderna i stället för kraven på leverantörerna och de förutsättningar som ska gälla för efterfrågade prestationer.

Stockholms Hamn bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande.

Erfarenhet som utvärderingskriterium

Bolaget har feltolkat C-532/06 Lianakis. I bl.a. domar från Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5910-08 och 7332-08, har kammarrätten konstaterat att kriterier som avsåg att fastställa hur anbudsgivarna tidigare utfört liknande arbeten kan utgöra tilldelningskriterier så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I förevarande fall har syftet varit just att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vilket framgår av AFB.52. Stockholms Hamn vill genom denna

utvärderingsmodell alltså bedöma hur väl uppdraget kommer att genomföras.

Utvärderingsmodellen

Bolaget har vidare feltolkat modellen för utvärdering. Texten säger att det för högsta betyget ”krävs mycket bra erfarenheter och kompetenser, på utförande av liknande uppdrag med minst tre referensobjekt”. Det framgår sålunda tydligt av förfrågningsunderlaget att det är utförandet som ska vara mycket bra. I den definierande texten förklaras att det som bedöms är ”anbudets innehåll och referensuppdrag och kompletterar med referenstagning och eventuella anbudsgenomgångar/förhandlingar”. Givetvis är det de uppdrag som utförts av den av anbudsgivaren föreslagna platsorganisationen som ska bedömas vid referenstagning. Detta är en given grundförutsättning men har ändå tydliggjorts i förfrågningsunderlaget. I utvärderingstexten definieras vad som utgör ett liknande uppdrag, även detta en given grundförutsättning eftersom det är helt irrelevant för detta uppdrag om man utfört annorlunda projekt. Därefter kommer texten som beskriver att Stockholms Hamn kommer komplettera med referenstagning, som därmed kommer avgöra om anbudsgivaren får betyget ”mycket bra”, enligt den inledande poängbeskrivningen som fastslår att det är utförandet som ska vara mycket bra. Saknas någon av dessa förutsättningar kommer uppenbarligen inte anbudsgivaren att få betyget ”mycket bra”. Underlaget har alltså varit transparent och tydligt förklarat vilka uppgifter anbudsgivaren ska lämna in samt hur värderingen genomförts.

Tidsramar

Det bestrids att de tillämpade tidsfristerna i upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen eller proportionalitetsprincipen. Vid denna slags

upphandling, under tröskelvärdena enligt förenklat förfarande, krävs skälig anbudstid, men aldrig mindre än tio dagar. Från publicering av annons har lämnats 28 dagars frist att lämna in anbud. Orsaken till färdigställandetiden som är satt till den 20 december 2012 är att Stockholms Hamn fått beslut om ekonomiskt stöd från Länsstyrelsen som kräver att solcellsanläggningen ska vara färdigställd senast den 31 december 2012. Skälig tid har sålunda lämnats i förhållande till det beslut Länsstyrelsen fattat. Bolaget klagar generellt över för kort tid att utföra uppdraget utan att ens ha lämnat ett anbud och utan att förklara/visa vad bolaget anser vara skälig tid i liknande projekt och bransch.

Stockholms Hamn har sålunda proportionella krav även beträffande sina tidsfrister. Bolagets tolkning av proportionalitetsprincipen är felaktig. Proportionalitet innebär att Stockholms Hamn inte ska ställa större krav än vad dess behov utgör, den innebär inte att alla företag oavsett kapacitet och kvalitet ska få utföra uppdraget. Likaså har bolaget på felaktiga grunder åberopat att Stockholms Hamn brutit mot likabehandlingsprincipen utan att i sak och objektivt kunna visa på vilket sätt bolaget har behandlats på ett annat sätt än de andra leverantörerna. Eftersom tidsfristerna gäller lika för alla leverantörer har Stockholms Hamn inte brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan legal princip.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

I 1 kap. 24 § LUF stadgas bl.a. att upphandlande enheter 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. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grundval av vad sökanden

har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LUF. Av RÅ 2009 ref. 69 följer att det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på samt visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LUF.

Förvaltningsrättens bedömning

Tidsramar

Av 15 kap. 9 § LUF framgår att anbudssökande och anbudsgivare ska ges skälig tid att komma in med ansökningar respektive anbud. I paragrafen anges att tiden för att komma in med anbudsansökningar dock aldrig får vara kortare än tio dagar från den dag då ansökningsinbjudan blev publicerad enligt 4 § andra stycket. Från publicering av annons har Stockholms Hamn lämnat 28 dagars frist att lämna anbud, vilket är längre än minimifristen. Frågan är då om fristen på 28 dagar ändå varit oskäligt kort. Vad som utgör skälig tid måste bedömas med hänsyn till föremålet för upphandlingen, både dess art och omfattning, värdet av det som ska upphandlas och förfrågningsunderlagets karaktär. Förvaltningsrätten finner att bolaget inte anfört några omständigheter som medför att fristen om 28 dagar kan anses vara oskäligt kort i strid med LUF.

Vidare är fråga om Stockholms Hamns färdigställandetid, som var satt till den 20 december 2012, varit så kort att den strider mot proportionalitetsprincipen. Att proportionalitetsprincipen ska iaktas betyder att en upphandlande myndighet inte ska ställa andra eller högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kraven. Färdigställandetiden har bestämts utifrån det faktum att länsstyrelsen har fattat beslut om bidrag till Stockholms Hamns solcellsanläggning under förutsättning att solcellsanläggningen skulle vara färdigställd senast den 31 december 2012. Mot

bakgrund av den aktuella färdigställandetidens längd och det angivna syftet med kravet på färdigställandetid anser förvaltningsrätten att vad bolaget anfört inte visar att kravet strider mot proportionalitetsprincipen.

Bolaget har anfört att i och med Stockholms Hamns angivna tidsfrister har Stockholms Hamn även brutit mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten konstaterar att de av Stockholms Hamn angivna fristerna gäller lika för alla anbudsgivare. Vidare anser förvaltningsrätten inte att vare sig den omständigheten att anbudsgivare tvingats arbeta med överkapacitet eller vad bolaget i övrigt anfört innebär att Stockholms Hamn, genom sina angivna tidsfrister, brutit mot likabehandlingsprincipen.

Erfarenhet som utvärderingskriterium

I ett upphandlingsförfarande ska ingå en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas. Prövningen under kvalificeringsfasen syftar till att säkerställa leverantörernas förmåga att leverera det som ska upphandlas enligt förfrågningsunderlaget. Prövningen tar i denna del således sikte på leverantörerna, inte på deras anbud. Vad härefter gäller prövningen under utvärderingsfasen avser denna att, utifrån de krav som framgår av förfrågningsunderlaget med avseende på det som upphandlas, värdera de anbud som kvalificerat sig till utvärderingen. Kriterier för tilldelning ska enligt rättspraxis utgöras av kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är den funktion i upphandlingen som kriterier har som är avgörande för om ett kriterium tillämpas på rätt sätt.

Det finns inget hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EU-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår emellertid att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka

kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier.

Förvaltningsrätten finner att det av förfrågningsunderlaget tydligt framgår att kriteriet "kompetens och erfarenheter" hänför sig till utvärderingsfasen. Vidare anser förvaltningsrätten att platsorganisationens erfarenhet av att tidigare ha utfört liknande uppdrag kan ge relevant information för bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriteriet framstår inte som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Att Stockholms Hamn har använt erfarenhet som utvärderingskriterium på det sätt som gjorts i aktuell upphandling strider därför inte mot LOU eller de unionsrättsliga principerna.

Utvärderingsmodellen

Det är den upphandlande myndigheten som står risken för om underlaget i en upphandling motsvarar de krav som ställs i LUF. Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Det framgår av förfrågningsunderlaget, under rubriken "Kvalitetsparameter" i poängbeskrivningen, att tilldelningskriteriet Kompetens och erfarenheter på platsorganisationen ska poängsättas; "Mycket bra erfarenheter och kompetenser på utförande av liknande uppdrag på föreslagen platsorganisation med minst tre referensobjekt" ger 100 poäng, "Bra erfarenheter och kompetenser på utförande av liknande uppdrag på föreslagen platsorganisation med minst två referensobjekt" ger

70 poäng och "Acceptabel nivå på erfarenheter och kompetenser på utförande av liknande uppdrag på föreslagen platsorganisation med minst ett referensuppdrag" ger 30 poäng.

Enligt förvaltningsrättens mening ger förfrågningsunderlaget ingen ledning för en anbudsgivare i vad som närmare avses med "mycket bra", "bra" och "acceptabel nivå" respektive "erfarenheter och kompetenser". Principerna för poängsättning ger därmed stort utrymme för godtycke och får anses medföra en i princip fri prövningsrätt för Stockholms Hamn. Anbudsgivare har saknat möjlighet att förutse vad som kan komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbud. De vaga formuleringarna strider mot kraven på transparens och likabehandling, vilket innebär att bolaget kan ha lidit skada. Det finns därför skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LUF. Eftersom det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget och bristen således hänför sig till det konkurrensuppsökande skeendet i upphandlingen finner förvaltningsrätten att upphandlingen måste göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Karl Lundberg
Rådman

Föredragande har varit Julia Nyberg.