



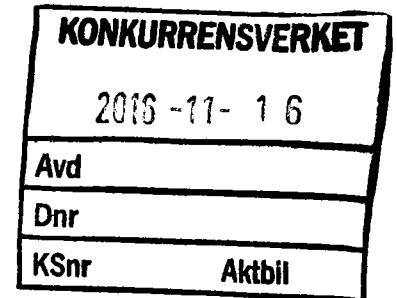
**SÖKANDE**

Bothnia VVS Ingenjörer AB, 556586-0318  
Smedjegatan 19  
972 32 Luleå

**MOTPART**

Luleå kommun

Ombud: Advokaten Hampus Ek  
Foyen Advokatfirma KB  
Box 7229  
103 89 Stockholm



**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

---

## BAKGRUND

Luleå kommun har genomfört upphandling (öppet förfarande) av Tekniska konsulttjänster för Kyla, Luft, SÖ och VS. Totalt åtta anbud kom in inom tjänsteområde Projektering Luft, varav ett från Bothnia VVS Ingenjörer AB (Bothnia). Enligt tilldelningsbeslut den 26 september 2016 antog kommunen Rejlers Sverige AB:s anbud. Bothnias anbud kom på fjärde plats.

## PARTERNAS INSTÄLLNING

### Vad Bothnia framför

Bothnia ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom att en ny anbudsutvärdering görs med beaktande av bolagets borttappade referensyttrande. Bolaget yrkar i andra hand att hela upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan framför Bothnia följande. Kommunen har vidtagit åtgärder som går utöver vad som är nödvändigt i upphandlingen. Enligt förfrågningsunderlaget ska företagsreferenser lämnas av referenten direkt till kommunen. Därigenom tillförs andra parter än upphandlande myndighet/enhet och anbudsgivare i anbudsproceduren. Ett förfarande som olyckligtvis lett till att referensyttranden kommit bort. Detta har medfört att Bothnia endast haft med 2 av 3 möjliga referensyttranden i utvärderingen. Bothnia har därför erhållit en avsevärt lägre poängsumma för kriteriet ”Bedömning av företaget” och riskerar därigenom att lida skada.

I utvärderingen finns sju kriterier varav ett är ”Bedömning av företaget”. Kriteriet viktas med 20 procent och har den största betydelsen tillsammans med två andra kriterier. Poängsättning av det aktuella kriteriet görs med referensyttrandena som grund. Maximalt kan 5 poäng erhållas för kriteriet.

Med en viktning om 20 procent ger det ett värde om 1,00. Ett av Bothnias tre referensyttranden har fallit bort. Eftersom uteblivna referenser poängsätts med 1 har Bothnias poäng blivit 3,67. Det viktade värdet blev då 0,73. Med samtliga tre referensyttranden hade det viktade värdet blivit 1 och Bothnias anbud placerats som etta i upphandlingen.

Genom att referenter ska skicka in sina yttranden direkt till kommunens inköpsavdelning överförs viktiga delar av anbudsgivningen på utomstående parter och anbudsgivare tappar sin fulla kontroll över anbudet. Dessutom hotas anbudets integritet när anbudet delas upp i flera delar.

Normalt bekräftar referenten till anbudsgivaren att denne har skickat in sitt yttrande. Gränsen för att kolla eller dubbelkolla och besvara referenten på ett störande sätt kan vara hårfin. Proceduren med att införa utomstående parter i en upphandling innebär ett stort riskmoment.

Inte mindre än fyra anbudsgivare av åtta saknar ett referensyttrande i anbudsutvärderingen. När så många anbudsgivare saknar ett referensyttrande borde kommunen ha insett att det fanns ett systemfel i upphandlingsförfarandet. Kommunen hade då, i enlighet med 9 kap. 8 § LOU och utan att bryta mot principerna om likabehandling och öppenhet, kunnat uppmana samtliga anbudsgivare att se över sina referenser innan utvärderingen gjordes. En förnyad anbudsutvärdering där samtliga anbudsgivare ges möjlighet att komplettera sina referenser kan knappast utgöra någon risk för särbehandling eller vara konkurrensbegränsande.

#### **Vad kommunen framför**

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan och framför följande.

Kommunen har gett alla anbudsgivare samma förutsättningar och därigenom behandlat dem på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Det har varit förutsebart vad kommunen efterfrågar i upphandlingen. Kommunens agerande har inte stått i strid med 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i lagen eller unionsrätten.

En upphandlande myndighet har stor frihet själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges i 1 kap. 9 § LOU. Grundläggande är att anbudsgivarna ska behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande, samt att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt. De utvärderingskriterier som anges i 12 kap. 1 § LOU är endast en exemplifiering. Detta markeras tydligt i lagstiftningen med begreppet ”såsom” innan den uppräkningslista som följer i 12 kap. 1 § LOU.

LOU innehåller inga särskilda föreskrifter om hur konkurrensen ska tillvaratas och det finns inte heller några lagregler eller föreskrifter för hur ett förfrågningsunderlag eller anbud språkligt ska formuleras. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget på vilket sätt och när i tiden referensyttrandena skulle vara kommunen tillhanda samt vilken konsekvens som följer om så inte sker. Bothnia har haft möjlighet att stämma av frågorna och övrigt innehåll i blanketten med referenten innan bolaget angav sina referenser. Det ligger inom ramen för hur en aktsam och noggrann anbudsgivare agerar inför ingivande av anbud. Det är anbudsgivaren som ansvarar för referentens uppgifter som är en del av anbudet.

9 kap. 8 § LOU ger endast en möjlighet, inte skyldighet för den upphandlande myndigheten att begära ett förtydligande eller en komplettering. En av Bothnias referenter mailade in referensyttrande utan att ange vilken anbudsgivare som avsågs. Kommunen har inte känt till vilken anbudsgivare referensen i fråga var hänförlig till. Kommunen har inte haft någon skyldighet att eftersöka information om vilken anbudsgivare referensen hörde till.

Själva poängen med den skriftliga referenstagningen är att inhämta uppgifter från en opartiskt tredje man utan att anbudsgivare kan påverka dess innehåll. Kommunen har utfört referenstagningen på ett korrekt sätt och genomfört anbudsutvärderingen enligt förfrågningsunderlaget. Bothnia är självt ansvarigt för de referenser och svar som lämnades eller inte lämnades i bolagets anbud. Att låta Bothnia komplettera sitt anbud med det bortkomna referensyttrandet skulle innebära ett brott mot likabehandlingsprincipen och 9 kap. 8 § LOU.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om förfrågningsunderlaget uppfyller principerna om förutsebarhet och öppenhet avseende hur referenser ska lämnas i upphandlingen, samt om kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen genom att utvärdera Bothnias anbud utan den borttappade referensen.

Av förfrågningsunderlagets avsnitt AUB.52 framgår bl.a. följande.

...

#### **Utvärdering av företaget**

Kommunens utvärderingsgrupp kommer att med egna erfarenheter, där sådana finns, och övriga beställares referensyttranden att sammanvägt utvärdera Konsulten.

...

Tre stycken bedömningar från övriga beställare ska vara Kommunen till handa senast 2016-05-30.

Om fler än tre stycken bedömningar inkommer till Luleå kommun så bedöms de tre lägsta. Saknas ett eller flera referensyttranden från övriga beställare kommer dessa att utvärderas som 1 poäng.

Medelvärdet av den egna och övriga beställares bedömning kommer att gälla som poäng vid utvärdering.

Dessa bedömningar ska skickas från referenterna direkt till Luleå kommun på bifogat formulär "07.13 Referenser".

Stämmer alltid, mycket nöjd

Stämmer oftast – godkänt	3 p
Stämmer inte alls, mycket dåligt – mycket missnöjd	1 p

Av formulär 07.13 Tekniska konsulttjänster för Projektering Luft kan man vidare utläsa bl.a. följande.

**07.13 Tekniska konsulttjänster för  
Projektering Luft**

**OBS! Nedan ifylls av anbudslämnaren innan bilagan skickas till referenten.**

**Anbudsgivare: <<Ange företag>>**

**Nedan ifylls av referenten.**

...

Varken EU-rätten eller LOU innehåller några formkrav hur en utvärderingsmodell ska vara utformad. Så länge kriterier för utvärdering inte strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen, och är ämnade för att, som i det aktuella fallet, anbudet med lägst pris antas, är den upphandlande myndigheten fri att bestämma vad som tillmäts betydelse i upphandlingen.

I nu aktuella upphandlingen har kommunen valt att inhämta skriftliga referensyttranden direkt från referenterna och poängsätta en utebliven referens med ett poäng. Som förklaring till den valda utvärderingsmodellen har kommunen uppgett att meningen med den skriftliga referenstagningen är att få uppgifter direkt från en opartisk tredje man utan att anbudsgivare kan påverka dess innehåll.

Enligt förvaltningsrättens mening är förfrågningsunderlaget och dess formulär 07.13 tillräckligt tydliga för att anbudsgivare ska kunna avgöra vad som kommer att tillmätas betydelse vid kommunens utvärdering och hur anbudet utvärderas (jfr. RÅ 2002 ref. 50). Utvärderingsmodellen synes också ha tillämpats vid utvärderingen på det sätt som angetts i förfrågningsunderla-

get. Kommunen har således inte brutit mot principerna om förutsebarhet och öppenhet i utformning eller tillämpning av den aktuella utvärderingsmodellen. Det kan inte anses strida mot LOU och unionsrätten att referenterna själva ombetts att sända sina yttranden direkt till kommunen.

Förvaltningsrätten har vidare att bedöma om kommunen skulle ha begärt ett förtydligande angående den inlämnade referensen som inte gick att härleda till något anbud, samt om kommunen brutit i sin utvärdering av Bothnias anbud.

Bothnia har gjort gällande att kommunen skulle ha gett samtliga anbudsgivare möjlighet att komplettera sina anbud med referensyttranden och därefter utvärderat anbuden på nytt. Kommunen anser däremot att de inte haft någon skyldighet att eftersöka information och att det är Bothnia själv som ansvarar för den uteblivna referensen i sitt anbud.

Enligt 9 kap. 8 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får även begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Förvaltningsrätten erinrar om att 9 kap. 8 § LOU är en fakultativ bestämmelse som ger den upphandlande myndigheten en möjlighet, inte skyldighet, att begära en komplettering eller ett förtydligande. Om den upphandlande myndigheten anser att en komplettering eller ett förtydligande är nödvändigt ska detta ske utan någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Kommunen har inte ansett att en komplettering eller ett förtydligande avseende de i upphandlingen inkomna referensyttrandena är nödvändigt. I sitt formulär 07.13 tillhörande förfrågningsunderlaget har kommunen valt att fetmarkera texten om vilka delar av formuläret ska fyllas i av anbudsgivare respektive referenten. Av det formulär som skickades till kommunen utan någon hänvisning till något företag har anbudsgivare inte fyllt i företagsnamn. I målet är det ostridigt att det bortkomna referensyttrandet skulle höra till Bothnias anbud.

Det har inte funnits någon skyldighet för kommunen att låta anbudsgivna att komplettera sina anbud i fråga om referenser.

Mot denna bakgrund och beaktande av vad som i övrigt framkommit i målet finner förvaltningsrätten att kommunen inte brutit mot 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i lagen eller unionsrätten i sin utvärdering av Bothnias anbud.

Skäl för ingripande mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU saknas därmed. Bothnias ansökan om överprövning ska följaktligen avslås.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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



Jonas Hägerlind

Raili Funck har föredragit målet.





# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

**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 nås 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.