



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2014-09-04
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3029-14

SÖKANDE

Iterio AB, 556832-9451

Ombud:

Advokat Tobias Peedu
Biträdande jurist Marion Kronberg
Advokatfirman NOVA AB
Box 55996
102 16 Stockholm

MOTPART

Upplands Väsby kommun
194 80 Upplands Väsby

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2014 -09- 0 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Upplands Väsby kommunen (kommunen) har genomfört en ramavtalsupphandling benämnd ”Tekniska konsulttjänster, UVA 13-040”. Den 23 maj 2014 fattade kommunen tilldelningsbeslut i upphandlingen. I tilldelningsbeslut för delområde 33 i ramavtalet, Miljökonsekvensbeskrivning, antogs inte anbud från Iterio AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att kommunen omtar den referensprövning som skett då den första referenstagningen företogs på felaktiga premisser.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER M.M.

Bolaget

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Utvärderingen av upphandlingen skulle ske genom referenstagning hos fyra angivna referenser. Bolaget har erhållit noll poäng för sin referens nummer fyra vilket har påverkat bolagets totala utvärderingspoäng och anbudet har därvid förkastats. Bolaget hade för aktuell referent angett en person som skulle ha svarat på frågorna i enlighet med den information som fanns att tillgå i förfrågningsunderlaget.

För bolagets vidkommande var tiden som angavs för referenstagning av största betydelse. Kommunen har inte hållit sig till den tidsplan som man själv har bestämt. I utvärderingsbilageinformationen angavs att referenstagning skulle ske under perioden februari–mars. I frågor och svar angav kommunen att referenstagning skulle starta vecka 11. I kommunens beslutsunderlag framgår att referenstagningen skedde den 29 april 2014 med möjlighet för referenten att svara till den 8 maj 2014. En sådan för-

dröjning är inte obetydlig och ingen anbudsgivare skulle kunna föreställa sig att genomförandet av referenstagningen skulle dra ut så mycket på tiden. Bolaget är medvetet om att det förekommer förseningar vid offentliga upphandlingar men vanligtvis kommuniceras sådana till anbudsgivarna för att dessa ska kunna följa upphandlingen på bästa sätt. Det går inte heller att utläsa av kommunens svar om att referenstagningen kunde starta vecka 11 att ytterligare försening kunde förväntas.

Bolagets referensperson hade informerats av bolaget om när referenstagningen var planerad att ske och hade under dessa premisser accepterat att delta. I april 2014 gick referenspersonen i pension. Bolaget är införstått med att kommunen inte kan ta hänsyn till att bolagets referensperson har gått i pension, dock förlitade man sig på den information som kommunen hade gått ut med och att kommunen skulle hålla sig inom den tidsperiod som uppgetts. Det åligger ett ansvar på kommunen att fortlöpande uppdatera anbudsgivare kring omständigheter som kan tänkas påverka upphandlingen, speciellt vid situationer som hänför sig till utvärderingsmomentet. Hade bolaget fått besked om att referenstagningen skulle komma att genomföras mycket senare än vad som stipulerats i förfrågningsunderlaget hade man kunnat kontrollera att samtliga referenspersoner funnits tillgängliga. Bolaget har inte haft anledning att ifrågasätta den av kommunen angivna tidsramen eftersom man har utgått ifrån det som angetts i förfrågningsunderlaget. Om kommunen insett att vissa uppgifter i förfrågningsunderlaget skulle komma att ändras borde kommunen ha kommunicerat detta till samtliga anbudsgivare. Det åligger även en anbudsgivare att kontinuerligt hålla sig uppdaterad med den information som lämnas av den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång. Anbudsgivare ombesörjer detta genom att kontrollera frågor och svar. Om det inte framkommer någon information där föreligger inget att ansvar för anbudsgivarna att ta reda på ytterligare information. En anbudsgivare får inte ställa direkta frågor till upphandlande myndighet utan detta ska ske genom funkt-

ionen frågor och svar. Det är oklart på vilket sätt kommunen menar att anbudsgivare ska följa upp upphandlingen och det kan inte åligga anbudsgivare att kontrollera om den upphandlande myndigheten håller sin uppgivna tidsplan. Att kommunen inte kunnat hålla sig inom den tidsram som kommunicerats kan inte belasta anbudsgivarna eftersom de varken haft någon möjlighet att påverka eller erhålla nödvändig information.

Eftersom utvärderingen enbart har skett utifrån referenstagningen har aktuell omständighet hade betydande inverkan för bolagets del. Kommunen har agerat i strid mot principen om transparens och ett förkastande av bolagets anbud är i strid med LOU. För att kunna tilldelas plats i upphandlingen krävdes att en anbudsgivare uppnådde 128 referenspoäng. Tre av fyra referenter svarade och bolaget uppnådde därvid totalt 114 poäng. Det krävdes alltså mycket lite poäng för att bolagets anbud skulle ha nått upp till godkända referenspoäng och därmed erhålla tilldelning. Genom att kommunen i upphandlingen har förkastat anbudet på felaktiga grunder har bolaget lidit skada. Vid ett korrekt genomfört upphandlingsförfarande skulle bolaget ha tilldelats uppdraget och därmed sammanhängande intäkter.

Bolaget anser att det är fullt möjligt att korrigera ett felaktigt tilldelningsbeslut. Kommunen har, fram till det att avtal har tecknats, full möjlighet att dra tillbaka ett tilldelningsbeslut för att sedan genomföra en själv rättelse. Efter att kommunen meddelat att tilldelningsbeslutet inte längre är gällande kan tiden för utvärdering fortlöpa, varvid exempelvis referenstagningen tas om. Efter genomförd referenstagning kan sedan kommunen meddela ett nytt tilldelningsbeslut. För att kommunen inte ska agera i strid med de EU-rättsliga principerna eller LOU måste information om detsamma ges till samtliga anbudsgivare.

Kommunen

I upphandlingen har kommunen använt sig av utvärderingskriteriet referenser. I utvärderingsbilagan har angetts att referenstagning skulle ske under perioden februari–mars. Till de referenter som inte svarat inom 3 arbetsdagar efter utskick skulle beställaren att skicka en påminnelse per referent. Hade svar på påminnelsen inte kommit in efter 3 arbetsdagar skulle den referenten få betyget 0.

Under anbudstiden kom önskemål från anbudsgivare om begränsa frågeperioden till en viss tid samt att svarstiden skulle förlängas. Ett ytterligare förslag från anbudsgivare var att det skulle finnas en möjlighet att kontakta kommunen för att byta referentperson om något förutsett som t.ex. långtidssjukskrivning skulle göra att anbudsgivaren vet att kommunen inte kommer att få tag i referentpersonen. I detta fall skulle ansvaret ligga på anbudsgivarna att kontakta kommunen om man upptäckte att det skulle bli problem med att kontakta referenspersonen. Som svar på denna frågeställning meddelade kommunen att kvalificeringsfasen kommer att göras och förhoppningsvis avslutas vecka 10 vilket skulle göra att referenstagning kunde starta vecka 11. Svarstiden utsträcktes till att vara 5+5 dagar. Kommunen gav även möjlighet till kontakt om det uppstod problem med referenspersonerna.

Kvalificeringsfasen av inkomna anbud drog ut på tiden och blev klar i slutet av vecka 17. Vecka 18 påbörjades referenstagning. Referensförfrågan sändes till de referenter som bolaget lämnat i sin referensbilaga. Att bolaget angett en referensperson som gått i pension är inget som kommunen kan ta hänsyn till. Genom det svar kommunen angett på fråga om förlängning av ursprunglig svarstid borde bolaget ha insett att referenstagningen kunde komma att dra ut på tiden. Bolaget borde också ha tagit till sig det som angetts i frågor och svar om vem som skulle kontakta vem. Av frågor och svar framgår också klart att anbudsgivarna förstått att det var de som

ansvarade för att referentpersonerna fanns tillgängliga alternativt för att byta ut dessa vid exempelvis långtidssjukskrivning. Inkomna anbud skulle ha en giltighetstid om 90 dagar från det att anbudet inkommit sista anbudsdag den 27 februari 2014. Det är förvånande att bolaget angett en referensperson som i praktiken endast var tillgänglig fram till den 31 mars 2014. Kommunen har via e-post på angiven e-postadress till den person som gick i pension skickat en första fråga samt en påminnelse. Vid inget av utskick- en fick kommunen meddelande tillbaka om att personen i fråga gått i pension. Kommunen har därför slutfört referenstagningen för bolagets del med att den fjärde referenten inte avgett något referensbetyg. Kommunen anser att en anbudsgivare som lämnar anbud i en offentlig upphandling har ett eget ansvar att följa upp hur upphandlingen ligger till om man tycker att prövningen av anbuderna drar ut på tiden.

Kommunen anser det inte formellt möjligt att bolaget, så som man yrkat, skulle få komma in med ett nytt referenssvar efter att tilldelningsbeslut är fattat. Komplettering enligt 9 kap. 8 § LOU kan inte göras efter att ett tilldelningsbeslut fattats.

DOMSKÄL

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 proportionalitet iakttas.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § samma lag besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förfrågningsunderlaget är det styrande dokumentet i en upphandling. I kravet på öppenhet ligger bland annat ett krav på tydlighet. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (jfr EU-domstolens avgörande C-19/00 SIAC Construction p. 42). Kravet på transparens innebär bland annat att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt på så sätt att leverantören har möjlighet att bedöma vad den upphandlande myndigheten efterfrågar och hur utvärderingen ska gå till. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt tydligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet tydlighet och transparens i alla delar av förfrågningsunderlaget. 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.

I kommunens utvärderingsbilaga anges bland annat följande. Utvärderingen av upphandlingen kommer att ske genom referenstagning hos fyra angivna referenter. Syftet med referenstagningen är att beställaren vill säkerställa andra kunders nöjdhet med företaget. Den högsta poängen en anbudsgivare kan få är 40 poäng per referent, totalt 160 poäng. För att anbud ska antas ska anbudsgivaren av de fyra referenterna sammanlagt erhållit 128 poäng eller mer. Om anbudsgivare av någon av referenterna erhåller betyget 2 eller lägre på någon fråga kommer det anbudet att förkastas. Referenspersonerna ska vara vidtalade och ha en funktion som innebär kunskap om anbudsgivarens genomförda arbetsuppgifter. Referenstagning kommer att ske via e-post under perioden februari-mars. Till de referenter som inte svarat inom 3 arbetsdagar efter utskick kommer beställaren att

skicka en påminnelse. Har svar på påminnelsen inte inkommit efter 3 arbetsdagar kommer den referensen att få betyget 0.

I kommunens redogörelse för frågor och svar anges sammanfattningsvis följande. På anbudsgivares förslag specificerades tiden för när kvalificeringsfasen förhoppningsvis skulle avslutas till vecka 10 vilket skulle göra att referenstagning kunde starta vecka 11. Enligt frågeställande anbudsgivare skulle detta ge anbudsgivarna möjlighet att kontrollera så att deras referenser verkligen var på plats den aktuella tidpunkten. Svarstiden utsträcktes vidare till att vara 5+5 dagar. Ett ytterligare förslag som kommunen antog var att det skulle finnas en möjlighet att för anbudsgivare att kontakta kommunen för att byta referentperson om något förutsett som t.ex. långtidssjukskrivning skulle göra att anbudsgivaren visste att kommunen inte skulle komma att få tag i referenspersonen. Det skulle i detta fall vara anbudsgivarnas ansvar att kontakta kommunen om man upptäckte att det skulle bli problem.

Det har varit av avgörande betydelse för anbudsgivarnas fortsatta deltagande i upphandlingen att kommunen kunnat komma i kontakt med de i anbudens angivna referenspersonerna. Enligt förvaltningsrätten låg det därför i anbudsgivarnas intresse, och var deras ansvar, att så långt det var möjligt säkerställa att referenspersonerna fanns tillgängliga för kommunen under anbudens giltighetstid. Detta motsvarar också den sedvanliga ansvarsfördelningen när referenser åberopas i olika sammanhang. Eftersom det av förfrågningsunderlaget framgår att referenspersonerna skulle vara vidtalade borde bolagets referens ha varit medveten om att planeringen var att vederbörande skulle bli tillfrågad via e-post under vecka 11. Bolaget har haft möjlighet att kontrollera med sin referensperson om denne mottagit förfrågan från kommunen under den tid man förväntat sig. Man har därigenom haft tillfälle att vidta åtgärder för att säkerställa att referenspersonen var anträffbar även när det uppstod en senareläggning av referenstagning-

en. Genom frågor och svar har kommunen också informerat anbudsgivarna om att referenstagningen förhoppningsvis kunde påbörjas vecka 11. Däremot angavs inte när den skulle vara avslutad. Den omständigheten att upphandlingen drog ut på tiden och att referenstagningen därmed kom att äga rum först vecka 18 kan enligt förvaltningsrättens mening inte i sig betraktas som att kravet på transparens har åsidosatts. Bolaget har genom sin ansökan inte heller visat att kommunen brutit mot någon annan av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Därmed saknas skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Peter Lij
rådman

Målet har handlagts av Nicklas Rydgren.



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 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 återropa 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.