



SÖKANDE

Structor VVS-konsulter i Norr AB, 556878-5256
Torget 3
921 31 Lycksele

MOTPART

Lycksele kommun
921 81 Lycksele

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-01-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Lycksele kommun (Kommunen) har infordrat anbud avseende Ramavtal för teknikkonsulttjänster (dnr UH-2015-43). Avseende upphandlingens delområde VS och luft har Kommunen beslutat att anta tre leverantörer enligt nu nämnd rangordning: WSP Sverige AB, Structor VVS-konsulter i Norr AB och Teknisk Merkantil Konsult AB. - Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Structor VVS-konsulter i Norr AB (Structor) ansöker om överprövning av den del av upphandlingen som avser VS och luft och yrkar härvid att upphandlingen i den delen får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN**Structor anför bl.a. följande**

Den interna referenstagningen är inte rättvis och ska tas bort och ny utvärdering göras. De interna referenserna bedöms lägre än de externa referenserna (se tabell nedan), vilket missgynnar dem som gjort ett arbete åt Kommunen jämfört med de som inte gjort något. Kommunens upphandlare beskriver själv i brev till Structor att de internt har en mer nyanserad bild av begreppen "extremt väl" och "inte alls" samt att han förmedlat inåt i verksamheten att 100 poäng bör vara i det närmaste omöjligt att uppnå.

	Externa referenser	Interna referenser	Totalt
Structor	100 %, 10 p	48 %, 0 p	74,5 %, 5 p
Sweco	92 %, 9 p		92 %, 9 p
TM	97,5 %, 10 p		97,5 %, 10 p
WSP	90,5 %, 9 p		90,5 %, 9 p
Ramböll	99 %, 10 p		99 %, 10 p

Structors anbud hade hög extern referenspoäng och Kommunen menar att det därför var lämpligt att de interna referenserna fanns med vid bedömningen. Nr 1 och nr 3 (i rangordning efter utvärderingen) hade också höga externa referenser men på grund av att interna referenser saknas för dem blir bedömningen inte rättvis. Fyra anbudsgivare har enbart externa referenser och en (Structor) har externa + interna referenser. Då ovan nämnd information om poängsättning gått ut enbart till interna referenser och inte till de externa referenserna blir det inte rättvist eller lika behandling.

Både nr 1 och nr 3 i anbudsutvärderingen har utfört uppdrag åt Kommunen men interna referenser har ej tagits med i utvärderingen. Varför?

Det är helt olämpligt att fastighetschef HW med understående personal är med vid utvärderingen. Med "rätt" poängsättning kan det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bli det från den VVS-konsultfirma som drivs av HW. HW är inte lämplig att lämna interna referenser, och kan hamna i en jävssituation, där någon eller några anbudsgivare gynnas på grund av att han kan få eller har fått jobb av denne. I och med att det är en jävssituation yrkas att de interna referenserna tas bort och att utvärderingen rättas till. Utdrag ur kommentarer till kommunallagen: "Endast om det är uppenbart att frågan om jäv saknar betydelse, bör det vara möjligt att se bort från ett förhållande som konstituerar jäv." Det är vidare naturligt att personal understående HW också blir jävig i detta ärende då han som chef kan påverka dem i eget syfte.

I förfrågningsunderlaget anges att två externa referenser ska lämnas samt att om beställaren haft egen erfarenhet ersätts den externa referensen som fått lägst poäng med medelvärdet av två interna referenters totalpoäng. Det står ingenstans att det ska vara två olika referensobjekt men då man läser frågorna i referensbilagan är de formulerade så att det krävs två olika objekt för att de ska vara relevanta. I Structors fall är de två interna referenterna på

samma objekt vilket gör att t.ex. följande frågor inte går att poängsätta för fastighetsingenjör ÅL:

- Jag som beställare kunde snabbt och enkelt komma i kontakt med **projektledare/uppdragsansvarig** och få svar på eventuella frågor

(ÅL har ej varit beställare eller beställarombud, han finns ej upptagen i beställarorganisationen i AF-del för projektet).

- Jag som beställare har stort förtroende för **konsultföretaget** och det team som utförde/utför uppdrag åt oss

(ÅL har ej varit beställare eller beställarombud, han finns ej upptagen i beställarorganisationen i AF-del för projektet).

Sammanfattningsvis blir det ej ekonomiskt mest fördelaktigt med interna referenser. Det är diskriminerande och ej likabehandlande då interna referenser bedömts lägre samt saknas för övriga och innehåller jäv. De interna referenspersonerna är inte lämpliga vid utvärdering avseende VS och luft eftersom HW driver ett konsultbolag som utför liknande uppdrag inom VS och luft och själv kan dra fördel av vilken anbudsgivare som hamnar högst.

Kommunen anför bl.a. följande

Structors anbud är ett av två anbud som erhållit maximal extern referenspoäng (100 + 100 poäng) för sitt kompetensområde. Detta torde, oberoende av upphandlande myndighet, betecknas som uppseendeväckande sett till att Kommunen fått totalt 17 anbud. Kommunen har emellertid räknat med att denna situation kunde komma att uppstå, varför det också är lämpligt att den interna referensbedömningen fanns med i utvärderingsmodellen.

I förfrågningsunderlagets bilaga Utvärderingsmodell anges följande: *Om vi som beställare har egen erfarenhet av den offererade uppdragsledaren kommer vi att byta ut det referenssvar med lägst totalpoäng och ersätta det med genomsnittet av två interna referenters totalpoäng. En hög totalpoäng utifrån två (2) referenssvar innebär ett mervärde vid utvärderingen av inkomna anbud.* Anledningen till att det tydligt angetts att Kommunen avser

att byta ut det referenssvar med den lägsta poängen mot två interna referenssvar är för att inte riskera att den interna delen av utvärderingen ska få så stor negativ påverkan på de utvärderade anbuden.

Det är en missuppfattning att Kommunens upphandlare gett de interna referenspersonerna i uppdrag att inte utdela höga poäng. Den information som de interna referenspersonerna fått inför bedömningen är att tänka på betydelsen av hela skalan i spannet "extremt väl" till "inte alls". Det bör i sammanhanget också påpekas att de interna referenspersonerna inte haft någon kännedom om hur de bedömda anbudsgivarna prissatt sina respektive anbud.

Att vissa anbudsgivare som Kommunen har erfarenhet av inte bedömts internt beror på att (1) erfarenhet av den offererade uppdragsansvarige saknas och att (2) endast en person från beställarsidan haft erfarenhet av den offererade uppdragsansvarige.

Användningen av Referensmodellen syftar till att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och är i linje med gällande praxis. Den interna referenstagningen är inte att anse som diskriminerande och står inte heller i strid med principen om likabehandling.

De personer som för Kommunens del utfört den interna bedömningen av Structors anbud är HW, fastighetschef, samt ÅL, fastighetsingenjör. De interna referenspersonerna företräder i sina respektive yrkesroller Kommunens beställarorganisation och bör inte anses vara beslutsrelevanta för detta mål.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter 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 (1 kap. 9 § LOU).

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

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att det normalt sett ankommer på den sökande i ett upphandlingsmål att på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundas på (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att en ansökan om överprövning ska kunna bifallas krävs vidare inte bara att felaktigheter konstaterats i upphandlingen utan även att den sökande lidit eller kunnat komma att lida skada till följd därav. Det ankommer på den sökande att visa att denne lidit eller kan komma att lida skada av den brist som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

Structor ifrågasätter Kommunens användning av interna referenser i upphandlingen (såvitt får förstås såväl den i förfrågningsunderlaget angivna modellen som själva genomförandet) och menar också att det förelegat jäv i upphandlingen.

Vad gäller den första grunden måste det enligt förvaltningsrättens mening vara möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser vid genomförandet av en offentlig upphandling. Tanken med referenser kan nämligen inte vara att anbudsgivaren själv ska kunna välja vilken bild av dem som ska visas. Vidare har det klart framgått av förfrågningsunderlaget att interna referenser skulle komma att användas om egen erfarenhet av anbudsgivaren fanns och även hur de skulle komma att användas.

Modellen har således varit förutsebar för anbudsgivarna. Det har inte heller visats att interna referenser faktiskt använts på ett sätt som strider mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna.

Vad gäller det som Structor fört fram om jäv kan förvaltningsrätten konstatera att LOU inte innehåller några bestämmelser om jäv. Frågan om eventuellt jäv hos Kommunens fastighetschef HW har därför inte någon självständig betydelse i målet. Vad förvaltningsrätten har att pröva är om åberopade omständigheter medför att Kommunen agerat på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen. Det förhållandet att en av de personer som utfört den interna bedömningen av Structors anbud driver ett konsultföretag inom samma bransch som upphandlingen avser kan visserligen medföra att förtroendet för att en opartisk bedömning görs rubbas. Enbart den omständigheten kan dock inte anses innebära en presumtion för att likabehandlingsprincipen trätts för när, detta särskilt som HW:s företag inte ingett anbud i upphandlingen, och det heller inte är visat att han gynnas på det sätt som påstås. Det ankommer då på Structor att visa att likabehandlingsprincipen trätts för när. Förvaltningsrätten finner inte visat att så skulle vara fallet.

På grund av det anförda och då inte heller vad som i övrigt anförts av Structor medför att förfarandet vid upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna ska ansökan om överprövning avslås.

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



Karin Granholm
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



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.