



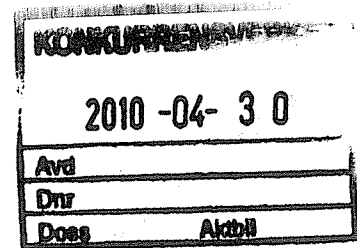
**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

Förvaltningsrättsnotarien
T Flodin

DOM
2010-04-29
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1811-10 E

Sida 1 (8)



SÖKANDE

BN Måleri & Golv Aktiebolag, 556248-5796
Sjögatan 11
891 60 Örnsköldsvik

Ombud:

Advokaten Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois
c/o Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 1774

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314 871 27 Härnösand	Backgränd 9	0611 - 34 98 00 E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se	0611 - 34 98 10	måndag – fredag 08:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Örnsköldsviks kommun som genomför upphandling av Golvarbeten, dnr A 10-03 f, har i tilldelningsbeslut den 25 februari 2010 beslutat att anta Anders Berglund Golv AB och BN Måleri & Golv AB som leverantörer. Anders Berglund Golv AB har rangordnats som leverantör nummer ett och BN Måleri & Golv AB som leverantör nummer två.

BN Måleri & Golv AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som skäl för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. EG-domstolen har i mål C-532/08 anfört bl.a. att 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. 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 avser anbudsgivarens förmåga att utföra projektet och utgör således inte kriterier för tilldelning. Kammarrätten i Sundsvall har i mål nr 3474-08 ansett att frågor till referenter om kvalitén på utförda arbeten och frågor om leverantörens förmåga att informera och kommunicera med beställarens ombud inte är tillåtna i utvärderingsfasen. Kammarrätten i Stockholm har i mål nr 3582-09 ansett att frågor till referenter angående anbudsgivarens förslag till effektiviseringar och frågor om totalintryck vid genomförandet av arbetet inte är tillåtna i utvärderingsfasen. Kammarrätten i Stockholm har vidare i mål nr 5512-08 ansett att frågor till referenter om anbudsgivarens produktivitet inte är tillåtna i utvärderingsfasen. Samtliga de referensfrågor som har använts i utvärderingsfasen avser huvudsakligen vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av de tjänster som upphandlingen avser och syftar inte till att till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förfrågningsunderlaget strider därför i denna del mot 1 kap. 9 § LOU enligt praxis

från EG-domstolen och kammarrätterna. Förfrågningsunderlaget är otydligt utformat i den del som avser vilka referenser som ska utvärderas. Det förhållandet att en upphandling ska ske på lika villkor och att det således är av största vikt att en upphandlande myndighet såväl skriver ett klart och tydligt förfrågningsunderlag som följer detsamma framgår av både svensk och EG-rättslig praxis. EG-domstolen har i mål C-19/00 angivit att alla anbudsgivare ska kunna tolka kriterier på samma sätt. Kammarrätten i Stockholm anförde i mål nr 5512-08 att den upphandlande myndigheten inte lagt samma antal referenser till grund för utvärderingen av samtliga anbudsgivare samt att den upphandlande myndigheten inte hade klargjort hur referenserna skulle väljas ut. Kammarrätten ansåg att detta förfarande, att till synes godtyckligt välja ut vissa referenser, får anses oförenligt med de krav på upphandlingsförfarandet som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. I punkt 4.3 i det aktuella förfrågningsunderlaget anges dels att kommunen förbehåller sig rätten att använda både interna och/eller externa referenser, och dels att en intern och en extern referens kommer att användas i de fall då intern referens finns att tillgå. Denna motstridiga beskrivning av vilka referenser som ska utvärderas medför att anbudsgivaren inte kan förutse vilka referenser som kommunen väljer att utvärdera och lämnar kommunen utrymme att godtyckligt välja vilka referenser som ska utvärderas. Kommunen har inhämtat tre olika interna referenser avseende bolaget. Vilka av dessa referenser som har använts i utvärderingen har kommunen inte angivit. Baserat på den totalpoäng som bolaget tilldelats avseende kvalitet kan dock fastställas att kommunen vid utvärderingen använt två av dessa interna referenser samt en av de externa referenser som bolaget angivit i sitt anbud. När det gäller Berglunds Golv AB har kommunen inte alls använt sig av interna referenser utan i stället använt två externa referenser som företaget angivit i sitt anbud. Berglunds Golv AB har utfört åtskilliga jobb åt kommunen de senaste åren, vilket innebär att intern referens finns att tillgå. Kommunen har med beaktande av vad som anförts valt referenser i utvärderingen på ett godtyckligt sätt. Utrymme för ett sådant godtycke har

lämnats genom att förfrågningsunderlaget inte på ett tillräckligt tydligt sätt anger hur referenstagningen ska gå till. Förfrågningsunderlaget och kommunens agerande strider i detta avseende mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen samt 1 kap. 9 § LOU. Kommunens genomförande av den aktuella upphandlingen strider i flera avseenden mot LOU. Bolaget kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU eftersom bolaget vid en korrekt utförd upphandling skulle ha kunnat antas som leverantör nummer ett.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. De referensfrågor som använts vid anbudsutvärderingen avser inte anbudsgivarens förmåga att utföra tjänsterna utan avser anbudsgivarnas kvalitet på de utförda tjänsterna och frågorna syftar därmed till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen hänvisar till en dom från Kammarrätten i Göteborg mål nr 7332-08. Referenstagningen i det aktuella målet avsåg anbudsgivarens hantering av tjänsten, anbudsgivarens aktiva arbete med förbättring av arbetsmiljö, leverans av rätt tjänst i rätt tid, dialog med beställaren och service mot abonnenterna samt entreprenadens prisvärdhet. Enligt kammarrätten kunde dessa kriterier inte huvudsakligen anses hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder. Utvärderingen av referenserna ansågs förenlig med LOU. Kommunen har tagit fler än en intern referens gällande bolaget för att få en mer rättvisande bild av entreprenören. Detta har fallit positivt ut för bolaget då poänggenomsnittet blev högre än poängen för den första interna referenten.

Bolaget anför i huvudsak följande med anledning av kommunens yttrande. Den syn på referenstagning i utvärderingsfasen som Kammarrätten i Göteborg ger uttryck för i den av kommunen åberopade domen är inte representativ för kammarrätternas sammantagna praxis avseende frågan om refe-

renser i utvärderingsfasen. Bolaget har i sin ansökan om överprövning hänvisat till två mål från Kammarrätten i Stockholm samt ett mål från Kammarrätten i Sundsvall där referensfrågor av samma art som de i ovan nämnt avgörande från Kammarrätten i Göteborg inte ansetts tillåtna i utvärderingsfasen. Två av de mål som bolaget hänvisar till i sin ansökan har dessutom avgjorts efter Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 7338-08. Det kan ifrågasättas varför det inte har angivits i förfrågningsunderlaget att fler referenser skulle utvärderas, eftersom kommunen i efterhand anser att en intern referens inte var tillräckligt. Oavsett varför fler än en intern referens har tagits så visar det faktum att kommunen har haft möjligheten att välja hur många referenser som ska tas att villkoren för referenstagning såsom de anges i förfrågningsunderlaget lämnar ett alltför stort utrymme för kommunens godtycke.

Kommunen vidhåller sin inställning.

Förvaltningsrätten beslutade den 5 mars 2010 att upphandlingen tills vidare inte fick avslutas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av EG-domstolens praxis framgår att referenser som är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan användas i utvärderingsfasen. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga kan inte anses utgöra utvärderingskriterier (jfr mål C-532/06 och mål C-199/07).

Av punkt 1.4 i förfrågningsunderlaget framgår att två leverantörer kommer att antas där leverantör med bästa anbud kommer att rangordnas som nummer ett och avropas i första hand. Om leverantör nummer ett inte kan åta sig en beställning/avrop kan leverantör nummer två avropas. Av punkt 4.4 framgår vidare att den anbudsgivare som har det för kommunen mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till utvärderingskriterierna pris och kvalitet kommer att tilldelas uppdraget. Kvalitet utvärderas enligt punkt 4.3 med hjälp av två referenter. Kommunen förbehåller sig rätten att använda både interna och/eller externa referenter. Där intern referens finns att tillgå kommer en intern referens att användas och en extern referens kommer att väljas ut bland lämnade referenser. Referens som väljs ut är den som mest liknar kommunen som beställare. Kommunen kommer att kontakta referenterna och ställa referensfrågor. De frågor som ställts till referenterna vid utvärderingen är följande.

4. Hur nöjd är ni med kvalitén på hantverkarens utförda arbete?
5. Hur nöjd är ni med hantverkarens effektivitet när det gäller utförande på arbetsplatsen?
6. Hur nöjd är ni med leverantörens förmåga till logistisk planering och samarbete med andra leverantörer (t.ex. snickare)?
7. Hur nöjd är ni generellt sett med samarbetet med företaget?

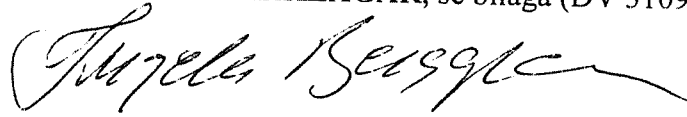
Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Referensfrågorna nummer fem, sex och sju hänför sig enligt förvaltningsrättens mening huvudsakligen till anbudsgivarens kvalifikationer och inte till föremålet för upphandlingen. Referensfrågorna som använts i utvärderingsfasen kan därmed inte anses syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga budet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering av kriteriet kvalitet ska ske med hjälp av två referenter. Av utredningen i målet framgår att tre interna och en extern referent har besvarat referensfrågorna avseende bolaget. Vidare framgår att svaren från två av de interna referenterna samt svaren från en extern referent, således tre referenter, har lagts till grund för utvärderingen. Inte heller framgår hur de interna referenterna väljs ut i de fall där det finns flera interna referenter att tillgå.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att användandet av referenser vid anbudsutvärderingen huvudsakligen har varit att hänföra till anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget. Vidare har referenstagningen i den aktuella upphandlingen inte skett på ett likvärdigt och öppet sätt då kommunen använt fler referenter avseende bolaget än det antal som angivits i förfrågningsunderlaget. Inte heller framgår det hur de interna referenterna väljs ut. Upphandlingsförfarandet får därmed anses strida mot 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har rangordnats som leverantör nummer två och kommer endast att avropas för det fall att Anders Berglunds Golv AB inte har möjlighet att åta sig en beställning. Förvaltningsrätten finner att bristerna i det aktuella upphandlingsförfarandet medfört att bolaget kan komma att lida skada. Då det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget ska upphandlingen göras om.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Ingela Berggren', with a long horizontal flourish extending to the right.

Ingela Berggren



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska 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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.