



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I VÄXJÖ**

Föredragande:  
Per Gyllenstierna

**DOM**  
2013-07-19  
Meddelad i  
Växjö

Mål nr  
2144-13

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013 -08- 1 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**SÖKANDE**  
KPMG AB, 556043-4465  
Box 16106  
103 23 Stockholm

Ombud:  
Advokat Kaisa Adlercreutz  
Advokat Joel Gustafsson  
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB  
Box 11918  
404 39 Göteborg

**MOTPART**  
Oskarshamns kommun, 212000-0761  
Box 706  
572 28 Oskarshamn

Ombud: Västerviks kommun  
593 80 Västervik

**SAKEN**  
Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår KPMG AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 74353

**Postadress**  
Box 42  
351 03 Växjö

**Besöksadress**  
Kungsgatan 8

**Telefon**  
0470-56 02 00  
**E-post:** fva@dom.se

**Telefax**  
0470-255 02

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:30

**BAKGRUND, YRKANDEN M.M.**

Oskarshamns kommun (kommunen) har inlett en upphandling av revisions-tjänster genom öppet förfarande. Avtalsperioden är två år med möjlighet till förlängning med högst två år. Kommunen fick in två anbud, från KPMG AB och från PWC AB, som båda kvalificerade sig för utvärdering. Av utvärderingsprotokollet framgår att PWC erhöll högst betyg i referenstagningen och sammanvägt med övriga utvärderingsgrunder innebar det att de lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

KPMG AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen i första hand ska rättas på så sätt att deras utvärderingspoäng avrundas uppåt enligt gängse avrundningsregler. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Som stöd för sin inställning anför bolaget att kommunen agerat i strid mot principerna om likabehandling och transparens och genom att poängsätta de ingivna anbuden på ett sätt som inte har stöd i förfrågningsunderlaget tillskapat sig en fri prövningsrätt. Vidare innebär utvärderingsmodellen med referenstagning en sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen.

Kommunen anser att bolagets ansökan om överprövning ska avslås. Som skäl för sin inställning anför de i huvudsak följande. De frågor som ställts till respektive konsults referens har inte karaktär av bedömning av företagets tekniska förmåga och yrkesmässiga kapacitet utan har varit klart utformade för att fastställa referensernas bedömning av utförandet av tjänsten. Kommunen har öppet redovisat referenspersonernas bedömning av de olika konsulterna och det framgår tydligt att KPMG:s referenser är sämre än PWC:s. Det har inte angetts i förfrågningsunderlaget om avrundning ska ske vare sig uppåt eller nedåt. Dock är det ofrånkomligen så att KPMG:s poäng är lägre och detta ska också framgå av bedömningen. Samtliga refe-

rensner har fått förklaring av betygsstegen i samband med referenstagningen.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### **Tillämpliga bestämmelser**

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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 har lidit eller kan komma att lida skada.

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör 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 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

*Avrundningen av poängsättningen*

Av förfrågningsunderlaget framgår såvitt nu är i fråga följande avseende utvärderingen. Utvärderingen sker enligt följande kriterier:

1. Genomförande mervärde 100 000 kr.
2. Referensfrågor mervärde 300 000 kr.

Mervärde kommer att tilldelas enligt nedanstående betygsskala:

- Betyg 5. Mycket bra, mervärde 100 %  
Betyg 4. Godkänd, över förväntan, mervärde 80 %  
Betyg 3. Godkänd, enligt förväntningar, mervärde 60 %  
Betyg 2. Mindre bra, under förväntan, mervärde 40 %  
Betyg 1. Kvalitetsbrister, mervärde 20 %  
Betyg 0. Ej svar, mervärde 0 %

HFD har i RÅ 2002 ref. 50 angett att en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga antas. Som framgår av EG-domstolens praxis är det höga krav som ställs på både förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller för att de inte ska komma i konflikt med principerna i 1 kap. 9 § LOU. Detta har av domstolen uttryckts bl.a. i Siac (C-19/00, Siac Construction Ltd mot County Council of the County of Mayo, (REG 2001 s. I-7725)) med följande innebörd. Tilldelningskriterierna ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt.

Bolaget anser att kommunen frångått förfrågningsunderlaget på ett sätt som inte är förenligt med LOU genom att väga samman de poäng anbudsgivarna fått i referenstagningen och sedan avrunda poängen till ett heltal. Av utvärderingsprotokollet framgår att PWC erhöll i snitt 5,0 poäng vilket

avrundades till 5. Bolaget erhöll 4,6 poäng vilket avrundades till 4. Att avrundningen gjordes på detta sätt har förklarats av kommunen med att poängsättningen avsåg att spegla värdet av de referenser respektive anbudsgivare erhållit av sina referenspersoner.

Enligt förvaltningsrättens mening kan utvärderingskriterierna i den nu aktuella upphandlingen inte anses vara utformade på ett sätt som ger utrymme för olika tolkningar. En tolkning som innebär att sämre referenser ges en lika hög poäng som bättre referenser stöds inte av den utformning utvärderingsmodellen givits i förfrågningsunderlaget. En sådan tolkning skulle dessutom stå i strid med HFD:s uttalande att en utvärderingsmodell ska vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Kommunen kan således inte anses ha ändrat eller frångått det som angavs i förfrågningsunderlaget på sätt bolaget påstått.

Vidare ifrågasätter bolaget också den metod som kommunen valt att helt överlämna till referenspersonerna att poängsätta anbudsgivarna genom svar på kommunens frågor. Genom denna metod saknar kommunen möjlighet att jämföra anbuderna eftersom det är personer med olika måttstock som sätter poängen. Metoden kan jämföras med att kommunen själv haft flera olika utvärderingsgrupper som utan kontakt med varandra poängsatt anbuderna. Kommunen har inte heller gett referenserna några instruktioner om vad som avses med de olika poängnivåerna.

Mot detta har kommunen anfört att samtliga referenser har fått förklaring av betygsstegen i samband med referenstagningen. De olika poängnivåerna är specificerade i förfrågningsunderlaget. Det framgår även av förfrågningsunderlaget att kommunen förbehållit sig rätten att i utvärderingen väga in sina egna erfarenheter. Även om utformningen av utvärderingskriteriet inte varit optimal har bolaget inte förmått visa på vilket sätt det skulle ha påverkat deras möjligheter att avge ett konkurrenskraftigt anbud och

således strida mot det förutsebarhetskrav som följer av 1 kap. 9 § LOU eller på vilket sätt kommunen skulle ha tillskapat sig fri prövningsrätt.

*Sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen*

Vidare har bolaget gjort gällande att kommunen sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen genom att använda sig av referenser vid anbudsutvärderingen vilket strider mot LOU. Kammarrätten i Sundsvall har i dom den 13 februari 2009 uttalat följande vad gäller ett förfarings sätt med användande av referenstagning. Något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen kan inte utläsas vare sig i LOU eller av EG-domstolens praxis så länge dessa kriterier syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Domstolen anför vidare att det av EG-domstolens avgöranden framgår att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet ifråga 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 utgör kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och således inte kriterier för tilldelning (dom av den 24 januari 2008 i mål C-532/06 Lianakis, punkterna 30-31).

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande avseende referenstagningen. Upphandlande myndighet kommer att göra ett urval av de lämnade referenserna och förbehåller sig rätten att väga in kommunens egna erfarenheter. Följande frågor kommer att ställas till referenserna:

1. Bedöm hur ni tycker anbudsgivarens angreppssätt, revisionsmodeller, metoder och verktyg fungerar i de uppdrag de har/har haft i er kommun.

2. Bedöm hur ni tycker att arbetsmetoder som säkerställer kvalitet i granskningsarbetet fungerar.
3. Bedöm effekter och resultat samt genomslag och acceptans av granskningar och förslag.
4. Bedöm hur insatser genomförts enligt planering (metoder, tider, kostnader).

I den aktuella upphandlingen har referenserna enligt förvaltningsrättens bedömning inhämtats i syfte att bedöma kvalitén i leverantörernas arbete och är därmed inte hänförliga till anbudsgivarens ekonomiska och finansiella ställning eller tekniska kapacitet att utföra de upphandlade tjänsterna. Någon sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har såldes inte skett.

För att rätten ska kunna besluta om att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske krävs att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av myndighetens brott mot bestämmelserna i LOU. Bolaget har enligt förvaltningsrättens mening inte förmått visa att kommunen övertätt bestämmelserna i LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU)

Carl-Gustaf Juhlin



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

**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 nå 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 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.