



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-05-19
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 8720-11
 Enhet 12

SÖKANDE

Miroi i-Learning AB, 556535-2688
 Medborgarplatsen 25
 118 72 Stockholm

MOTPART

Österåkers kommun
 184 86 Åkersberga

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2011 -05- 2 0	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Miroi i-Learning AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 130462

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Österåkers kommun genomför en upphandling avseende distansutbildning för vuxna i form av gymnasiekurser i distansform inom allmänna ämnen, vård och omsorg samt barn och fritid för successivt avrop under avtalsperioden, referensnummer 2011-18. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling. I tilldelningsbeslut som kommunen meddelade den 14 april 2011 antogs annan anbudssökande än Miroi i-Learning AB (Miroi) som leverantör.

Miroi ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att Mirois anbud bedöms uppfylla samtliga skall-krav och därför ska utvärderas och jämföras med andra anbudsgivares anbud i en förnyad anbudsutvärdering. I andra hand yrkar Miroi att det ska beslutas att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Miroi bl.a. följande. Kommunen har beslutat att förkasta Mirois anbud med hänvisning till att anbudet inte uppfyller kravet avseende referenser. Miroi presenterade i enlighet med förfrågningsunderlaget tre referensuppdrag avseende distansutbildning. Miroi har enligt kutym kontaktat sina referenser och informerat kontaktpersonerna om upphandlingens förutsättningar och krav. Enligt förfrågningsunderlaget ska referenserna vara tillgängliga för kontakt per telefon eller e-post under de två första utvärderingsveckorna, dvs. till och med den 11 april 2011. Uteblivet referenssvar efter förfrågan från kommunen inom tio arbetsdagar angavs medföra att anbudet skulle förkastas. Trots påminnelser har en av Mirois referenser inte inkommit med referenssvar och Österåkers kommun har därför förkastat Mirois anbud i sin helhet. Miroi har inte informerats om det uteblivna referenssvaret förrän tidsfristen löpt ut. Därmed har Miroi inte haft möjlighet att kontakta referensen och på egen hand inhämta svaret.

Vidare har Österåkers kommun den 6 april 2011, dvs. före sista dag för referenstagning, bjudit in Miroi till en anbudspresentation. Endast de an-

budsgivare som uppfyllde kommunens krav i utvärderingsprocessen skulle enligt förfrågningsunderlaget bjudas in till en intervju. Miroi var således en av de anbudsgivare som bäst motsvarade kommunens uppställda krav och Miroi uppfyllde därmed de kvalificeringskriterier som uppställts i förfrågningsunderlaget. Tre dagar innan anbudspresentationen meddelade kommunen per telefon att Mirois anbud förkastats på grund av uteblivet referenssvar från en av Mirois angivna referensuppdrag. Kommunens handläggning av ärendet är bristfällig. Miroi har kvalificerat sig i utvärderingsprocessen och blivit inbjuden till anbudspresentation. Att kommunen därefter lämnar ett negativt besked tyder på att deras handläggning inte följer de givna utvärderingskriterierna. Referenssvaren borde varit inhämtade och utvärderade innan anbudsgivare inbjuds till anbudspresentationen. Det anmärkningsvärda är således att inbjudan till intervju gjordes före sista dag för referenstagning.

Miroi ifrågasätter även kommunens rutiner för inhämtande av referenssvar. Miroi har som anbudsgivare ingen kontroll över om referenserna levererar in sitt referenssvar i tid. Trots att Miroi har stämt av med sin referens och informerat om upplägget, så ligger detta helt utom Mirois kontroll. Det är orimligt att en anbudsgivare ska förlita sig på en tredje part i upphandlingsprocessen som inte har ett eget intresse av den upphandlande tjänsten. En anbudsgivare borde ansvara för att referensernas skriftliga omdömen levereras in i tid genom att anbudsgivaren själv begär in uppgifterna från referensen med påskrift och skickar vidare till upphandlande myndighet. Stockholm stad och Solna stad har i sina upphandlingar haft ett sådant upplägg. Risken med att lägga för stort ansvar på referenserna är att de i framtiden blir mindre positiva att ställa upp som referens då detta innebär både krav på redovisning av referenssvar och att redovisa inom angiven tid. Trots att en anbudsgivare har bra och goda referenser, så skapar detta upplägg en konkurrensbegränsning. Anbudsgivaren måste självfallet förlita sig på sina referenser vad gäller deras kundnöjdhet och positiva inställning till anbudsgivaren som leverantör av utbildningstjänster. En anbudsgivare ska dock inte behöva förlita sig på sina referenser vad gäller krav på redo-

visning och krav att leverera svar inom given tid. Referenserna har inte eget intresse av den upphandlande tjänsten och därmed ska inte oproportionerliga krav ställas på referensernas medverkan och leverans i upphandlingsprocessen. Det ska åligga anbudsgivaren att själv ansvara för inlämnande av handlingar och annat relevant material i anbudsprocessen. Kravet i förfrågningsunderlaget om att anbudsgivarens referenser ska vara kontaktbara under två veckors tid och leverera in referenssvar inom given tid måste anses oproportionerligt och konkurrensbegränsande. Österåkers kommuns förfarande innebär att Miroi lidit eller åtminstone riskerar att lida skada.

Österåkers kommun bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Miroi uppgav i sitt anbud tre referenser. Kommunen begärde den 28 mars 2011 per e-post in referenssvar från samtliga av Mirois lämnade referenser. Referensen Järfälla kommun inkom med auto reply att denne var på semester men skulle vara tillbaka den 28 mars 2011 samt att denne därefter skulle besvara inkommen e-post. Den 7 april 2011 ringde upphandlande myndighet till referenten då svar ännu inte inkommit, men inte heller per telefon nåddes kontakt med referenten. Sista dag för referenstagning var den 11 april 2011. Därefter meddelades Miroi att de inte passerat kvalificeringskraven och därmed inte gått vidare till utvärdering vid anbudspresentation den 15 april 2011. Då det i förfrågningsunderlaget anges att endast de anbudsgivare som uppfyllt kvalificeringsfasen får delta i den fortsatta anbudstävlan har principen om likabehandling upprätthållits i upphandlingen. Formen med tidsbegränsad referenstagning har valts av administrativa skäl för att underlätta anbudsutvärderingen. Detta är rimligt. Vidare är det även rimligt att upphandlande myndighet själv står för referenstagningen. Att tillfälle till anbudspresentation har förlagts inom referenstiden innebär inte att någon av de fem huvudprinciper som styr all offentlig upphandling har trätts förnär.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. 5 § LOU framgår följande. 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 gjorts.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges under punkt 2.12 bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska ha och redovisa sin erfarenhet av liknande uppdrag, dvs. distansundervisning inom det/de delområden anbudet avser. Anbudsgivaren ska redovisa sin kunskap i och följa de lagar och bestämmelser som gäller för dennes verksamhet och som följer av uppdragets genomförande. Anbudsgivare ska utöver den egna beskrivningen som bevis för att kraven uppfylls redovisa tre (3) referenser på nuvarande och/eller tidigare kunder som man haft avtal med under minst två (2) år och som inte upphört att gälla längre tillbaka i tiden än 2009. *Referenserna ska redovisas i bilagan Svarsmall referenser och vid referenstagning visa på god kundnöjdhet för att anbudsgivaren ska kvalificera sig för anbudsutvärdering. Referensuppdragen ska i omfattning och art motsvara denna förfrågan för att anbudsgivaren ska kvalificera sig för anbudsutvärdering.* Referenser som anbudsgivaren uppger ska finnas tillgängliga per telefon och/eller e-post under de två (2) första utvärderingsveckorna (anbudsinlämningsdatum och tio (10) arbetsdagar framåt). Uteblivet referenssvar efter förfrågan från den upphandlande myndigheten (inom tio (10) arbetsdagar) medför att anbudet förkastas.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning i mål om överprövning av offentliga upphandlingar utgör en kontroll av om det på grundval av vad som framförts av sökanden i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs även att sö-

kanden kan visa att han eller hon har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Enligt Österåkers kommuns förfrågningsunderlag ska anbudsgivare lämna tre referenser som ska finnas tillgängliga per telefon eller e-post för den upphandlande myndigheten under de två första utvärderingsveckorna. Mirroi har anfört att detta krav strider mot bestämmelserna i LOU då det bl.a. är orimligt att lägga ansvaret för att en anbudsgivare uppfyller kraven i upphandlingen på en tredje part.

Enligt förvaltningsrättens mening måste dock tillvägagångssättet som Österåkers kommun använder sig av för att ta referenser på anses vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, vilket är att få till en god referenstagning. Österåkers kommun har uppgett att sättet har valts av administrativa skäl. Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. Då den negativa effekten som åtgärden eventuellt kan medföra för anbudsgivarna inte kan bedömas vara överdriven jämfört med det eftersträvade syftet, finner förvaltningsrätten att tillvägagångssättet och kravet på referenser inte kan anses vara oproportionerligt. Inte heller kan kravet anses vara konkurrensbegränsande eftersom det är lika villkor som gäller för alla anbudsgivare. Vidare framgår det i förfrågningsunderlaget att referenstagningen går till på nämnda sätt och därmed är det uppställda kravet transparent och tydligt. Även då det beaktas att referenstagningen är begränsad i tid finner förvaltningsrätten att det uppställda kravet uppfyller de grundläggande principerna som ställs på en upphandling enligt 1 kap. 9 § LOU.

I målet är ostridigt att en av Mirros angivna referenser inte har varit tillgänglig under den tid som referenserna enligt förfrågningsunderlaget skulle finnas tillgängliga. Av förfrågningsunderlaget framgår att uteblivet referenssvar från den upphandlande myndigheten medför att anbudet förkastas. Då Mirois referens efter förfrågan från Österåkers kommun inte inkommit

med svar i tid finner förvaltningsrätten att kommunen har haft fog för att utesluta Mirois anbud från utvärderingen.

Den omständigheten att Österåkers kommun har inbjudit Miroi till anbuds- presentation innan dess att referenstagningen har slutförts har inte visats medföra att Miroi lidit skada eller att det har funnits en risk för detta. Om Österåkers kommun hade slutfört referenstagningen innan kallelse till anbuds- presentationen skett hade Miroi inte blivit kallad till presentationen. Att Miroi nu blev kallad men därefter fick meddelande om att det inte längre var aktuellt med en presentation utgör inte ett förhållande där det ur upphandlingssynpunkt kan anses som att Miroi har kommit att kunna lida skada. Vad Miroi anfört i denna del föranleder därför inget handlande från förvaltningsrättens sida.

Sammanfattningsvis finner således förvaltningsrätten att det inte har fram- kommit något som innebär att upphandlingen har skett i strid med LOU. Mirois ansökan ska därför avslås.

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

Tove Berlin
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Anna Bergman.