



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

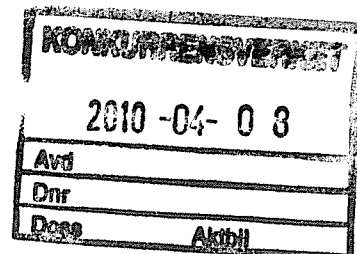
DOM
2010-04-07
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
24546-10
Enhet 14

SÖKANDE

Mälardrottningens Bygg & Fastighet AB, 556468-7258
Sommarvägen 3
169 31 Sollentuna

Ställföreträdare: Thomas Stolpe
Mälardrottningens Bygg & Fastighet AB,
Sommarvägen 3
169 31 Solna



MOTPART

Sollentuna kommun
191 86 Sollentuna

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Sollentuna kommuns upphandling av ramavtal för byggarbeten (dnr 2009/60 INK.891) ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 4 mars 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 9645

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

Sollentuna kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal för byggarbeten (dnr 2009/60 INK.891). Upphandlingen, som omfattar tre kategorier (kategori 1, kategori 2 och kategori 3), genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU.

Enligt tilldelningsmeddelande avsänt den 26 februari 2010 har Sollentuna kommun beslutat att anta andra anbud än de från Mälardrottningens Bygg & Fastighet AB.

Förvaltningsrätten har den 4 mars 2010 interimistiskt förordnat att kommunen inte får avsluta upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Mälardrottningen Bygg & Fastighet AB (MBF) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att ny upphandling ska genomföras. Till stöd för sin talan anger MBF bl.a. följande. Kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och förutsebarhet och därmed mot 1 kap. 9 § LOU genom att slumpvis utvälja två referenser samt genom otydlighet i antal kontrakt som ska tecknas. I tilldelningsbeslutet finns också överföringsfel från referenstagningsprotokollet. Detta har medfört att MBF har lidit skada.

Vid referenstagning i kategori 1 har kommunen kontaktat samtliga av MBF:s referenser. I tilldelningsbeslutet har den referens som gav MBF högst poäng inte räknats med. Vid kontakt med kommunen har de inte kunnat visa på att endast de sämsta referenserna använts för övriga deltagare i upphandlingen. Om MBF:s bästa referenser hade använts hade MBF placerat sig på en förstaplats. Urval enligt slumpmetod är inte förutsägbart.

Med nuvarande referenspoäng placerar sig MBF på femte plats i kategori 1. Kommunen avser att upphandla tre eller tre till fem entreprenörer enligt AFA.21. I tilldelningsbeslutet anges att endast tre entreprenörer kommer att antas. I AF-delen finns ingen tydlig gräns som styr beslutet.

I tilldelningsbeslutet tilldelas MBF ett viktat resultat för referenser på 34,6 för kategori 1 och 2. I handlingarna från Sollentuna kommun gällande referenstagning har MBF tilldelats 34,7 samt 34,9. Dessa poäng har inte överförts på rätt sätt till tilldelningsbeslutet.

Genom sitt tilldelningsbeslut av den 20 februari 2010 har Sollentuna kommun brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att inte behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

Kommunen bestrider bifall MBF:s ansökan och anför bl.a. följande.

Kommunen vitsordar MBF:s påpekande om att en felaktig överföring har gjorts från referenstagningsprotokoll till utvärderingsprotokollet. Det uppenbara skrivfelet har inte påverkat slutresultatet avseende vilka anbudsgivare som kommunen beslutat att tilldela aktuellt uppdrag. MBF kan därför inte anses ha lidit skada.

Kommunen hävdar att utvärderingen genomförts enligt förutsättningarna angivna i förfrågningsunderlaget. Ett visst mått av slumpmässighet har godkänts av rättspraxis bland annat genom möjlighet för kommunen att använda sina egna erfarenheter av en leverantör (så länge detta framgått av förfrågningsunderlaget). I jämförelse med denna praxis borde ett slumpmässigt urval av två av tre angivna referenter angivna av leverantören själv kunna godkännas som tillräckligt förutsebar för en leverantör.

Kommunen har angett ett visst spann vad gäller det antal leverantörer som kommunen kommer att kontraktera inom respektive kategori. Detta efter-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

som det på förhand är omöjligt att veta vilka anbud som kommer att komma in och vilken kapacitet vinnande/rangordnade företag har. Kommunens mål är att säkerställa att kontrakterade entreprenörer kan leva upp till kommunens behov inom respektive avtalsområde. Kommunen hävdar att antal entreprenörer har valts enligt förutsättningar angivna i förfrågningsunderlaget. Vidare hävdar kommunen att MBF i vart fall inte visat att man lidit skada då MBF hamnar på femte plats enligt rangordningen i kategori 1. Av förfrågningsunderlaget framgår att endast en till tre entreprenörer skulle kunna kontrakteras för kategori 1.

För det fall förvaltningsrätten anser att kommunen förfarit felaktigt i någon del av denna upphandling och brutit mot LOU hävdar kommunen i vart fall att MBF inte visat att de lidit skada och att ansökan därmed ska ogillas.

MBF invänder härpå bl.a. följande. Enligt AFB.52 ska referenserna väljas slumpvis. Kommunen har kontaktat en av deras referenser tre gånger. Denna referens har vid samtliga tillfällen givit dem högsta möjliga poäng. Om denna referens slumpmässigt/godtyckligt hade valts hade MBF kommit på första plats i kategori 1. Kommunen har slumpmässigt/godtyckligt valt MBF:s sämsta referenser i anbudsutvärderingen. Vid kontakt med handläggaren har kommunen inte kunnat visa att övriga entreprenörers sämsta referenser har använts.

Kommunen har i sin inlaga beskrivit att spannet av antagna leverantörer skulle bero på kapacitet och antal inkomna anbud. I AF-delen finns inga krav på viss kapacitet. Vilket kan innebära att företag som klarat utvärderingen blir utan kontrakt på grund av godtycke vid kapacitetsbedömning. MBF har lidit skada då de varken fått ett kontrakt som nr 5 eller som nr 1.

Kommunen invänder härpå bl.a. följande. Den metod som kommunen använder vid referenstagning och som använts för samtliga leverantörer

inklusive MBF är att kommunen i utvärderingen använder de två referenter som man först får kontakt med, däri består det slumpmässiga urvalet. En fråga kan möjligen ställas om varför kommunen kräver tre referenter men sedan bara ringer två. Anledningen till detta är att det är ett mycket tidskrävande arbete att ringa runt (över 50 referenstagningar i detta ärende), ofta med referenter som är svåra att få tag på. Ett ökat urval underlättar chanserna att få tag på angiven referent. Kommunen har gjort bedömningen att en sådan metod är rationell för kommunen men också tillräckligt förutsebar och likabehandlande för leverantörerna för att leva upp till lagens krav. Kommunen vill understryka att man vid utvärderingen inte på något sätt slumpmässigt valt ut leverantörer efter bästa/sämsta referenser, vilket skulle betyda att tre referenser rings upp för att "slumpmässigt/godtyckligt" göra ett urval av dessa tre referenser. På detta sätt arbetar inte kommunen. För övrigt kan sägas att det varken finns tid, vilja eller resurser att arbeta på det sättet. Kommunen har istället i samtliga fall för samtliga leverantörer använt sig av de två referenser som man först fått kontakt med.

Kommunen beklagar i MBF:s fall att den tredje referensen överhuvudtaget kontaktades och dessutom tre gånger. Detta berodde på ett internt organisatoriskt misstag (byte av handläggare) som inte har påverkat utvärderingen och resultatet i sig. För det fall förvaltningsrätten skulle bifalla MBF:s talan i denna del yrkar kommunen att rättelse genom att en ny upphandling genomförs ska begränsas till kategori 1 och 2. Allt annat vore obilligt gentemot vinnande leverantörer för kategori 3. Den referent som av misstag har kontaktats tre gånger tillhör utvärderingen för kategori 1 och 2. För referenstagningen för kategori 3 har inga klagomål framförts och utvärderingen får därför i den delen anses ligga utanför talan.

Som tidigare påpekats har kommunen i förfrågningsunderlaget angett ett spann för vilket antal leverantörer som kommunen har för avsikt att skriva

kontrakt med. Detta spann har följts i tilldelningsbeslutet. För kategori 1 och 2 är det med en till tre leverantörer. I kategori 1 kom MBF på femte plats och i kategori 2 kom MBF på sjätte plats. För kategori 3 är det med tre till fem leverantörer. MBF kom på sjätte plats. Företaget kan därmed ej anses ha lidit skada.

MBF invänder härpå bl.a. följande. Det känns lotteriaktigt att slumpmässighet ska styra urval i en upphandling. Om slumpen hade avgjort att deras tredje tillfrågade referent hade medtagits i utvärderingen hade de placerat sig på första plats i kategori 1. I AFA.21 har kommunen skrivit ”Beställaren avser att träffa ramavtal med 3 eller 3-5 entreprenörer per priskategori...”. I AFB gällande kategori 1 och 2 finns inget förtydligande gällande antalet ramavtal som ska träffas. I AFC.1 anges ”Kommunen kommer teckna avtal med 1-3 entreprenörer per kategori (kategori 1 och 2)”. I kommunens yttrande av den 8 mars 2010 anges att även kapacitet ska vägas in i utvärderingen. Med så många variabler gällande antalet antagna är det svårt med förutsebarheten.

Kommunen invänder härpå bl.a. följande. MBF:s resonemang om att företaget hade kommit på första plats i kategori 1 om den tredje tillfrågade referenten hade medtagits i utvärderingen är endast ett antagande. Leverantören kan inte känna till övriga företags betyg om den tredje referenten hade ringts upp. Kommunen har baserat sitt beslut på de två första referenter som har kontaktats inom respektive kategorier, inget annat. Kommunen vill återigen påpeka att urvalet skett på samma begränsade slumpmässiga sätt för samtliga deltagande företag och att kommunen i alla delar följt förfrågningsunderlaget.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande. 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.

I 5 kap. 5 § LOU stadgas följande. Om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, skall dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas bl.a. 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.

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges i avsnitt *AFA.21 Översiktlig information om objektet* bl.a. följande. Beställaren avser att träffa ramavtal med 3 eller 3-5 entreprenörer per priskategori avseende byggarbeten inom Sollentuna kommuns fastighetsbestånd.

I förfrågningsunderlaget anges i avsnitt *AFC.1 Omfattning för kategori 1 och 2* bl.a. följande. Kommunen kommer att teckna avtal med 1-3 entreprenörer per kategori.

I samma avsnitt under rubriken *Omfattning för kategori 3* anges bl.a. följande. Kommunen kommer att teckna avtal med minst 3 och högst 5 entreprenörer i denna kategori.

Förvaltningsrättens bedömning

LOU, som bygger på EG-direktiv, ger i 1 kap. 9 § uttryck för hur upphandlande myndigheter ska förfara vid offentlig upphandling. De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i för-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

valtningsrätten 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. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

MBF har åberopat att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och förutsebarhet genom att slumpvis utvälja två referenser samt genom otydlighet i antal kontrakt som ska tecknas.

Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att man avser att träffa ramavtal med tre eller tre till fem entreprenörer per priskategori. Emellertid lämnas i ett annat avsnitt av förfrågningsunderlaget motstridiga uppgifter då kommunen anger att man avser att teckna avtal med en till tre entreprenörer för kategori 1 och 2. Kommunen har i yttrande till förvaltningsrätten uppgett att man för kategori 1 och 2 avser att teckna kontrakt med en till tre leverantörer. Förvaltningsrätten drar härav slutsatsen att de i förfrågningsunderlaget motstridiga uppgifterna grundar sig i ett förbiseende från kommunens sida och att kommunen avsett att teckna kontrakt med en till tre leverantörer i kategori 1 och 2.

MBF har åberopat att kommunen, genom att i förfrågningsunderlaget ange ett spann vad gäller antalet leverantörer som man avser att kontraktera, lämnat öppet för godtycke vid utvärderingen samt att det blir svårt med förutsebarheten. Kommunen har invänt att anledningen till att man har angett ett visst spann är att det på förhand är omöjligt att veta vilka anbud som kommer att komma in och vilken kapacitet vinnande/rangordnade företag har. Häremot har MBF invänt att kommunen i förfrågningsunderlaget inte uppställt några krav på kapacitet.

Upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt. Kravet på transparens innebär bl.a. att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och hur de i förfrågningsunderlaget angivna kraven kommer att värderas. I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget har kommunen, vad gäller antalet leverantörer som kommunen avser att teckna avtal med, angett ett spann på en till tre leverantörer (kategori 1 och 2) respektive tre till fem leverantörer (kategori 3). Det anges inte i förfrågningsunderlaget vilka kriterier som styr hur många leverantörer kommunen kommer att teckna avtal med. Kommunen har således i förfrågningsunderlaget lämnat utrymme för en godtycklig bedömning i denna fråga. Att förfara på detta sätt kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses vara förenligt med LOU och dess grundläggande princip om förutsebarhet och transparens. Kommunen har således redan på denna grund brutit mot LOU, varför förvaltningsrätten saknar skäl att pröva MBF:s invändning vad gäller referenstagningen.

Förvaltningsrätten noterar vidare att kommunen i förfrågningsunderlaget angett att man avser att teckna ramavtal med en till tre leverantörer för kategori 1 och 2 trots att det enligt LOU endast är möjligt att teckna ramavtal med en alternativt tre eller flera leverantörer.

Vad som framkommit av utredningen i målet visar enligt förvaltningsrättens mening att MBF genom kommunens förfarande i nu aktuell upphandling har lidit eller kan komma att lida skada. Vid nämnda förhållande finns skäl för ingripande enligt LOU. Den påtalade bristen, som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, kan inte avhjälpas genom rättelse. Upphandlingen ska därför göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1A)



Annika Falkenborn

Rådman

Föredragande har varit Vilma Herlin.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

