



KONKURRENSVERKET	
2011-05-03	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

MaserFrakt Anläggning AB, 556222-5960
Box 740
781 27 Borlänge

MOTPART

Dala Vatten och Avfall AB, 556714-8555
Att: Anna Åkerlund
Box 234
793 25 Leksand

Ombud: Advokat Hugo Norlén och
jur.kand. Lovisa Lagerwall
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Faluns dom den 14 mars 2011
i mål nr 5643-10, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om talerätt

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet.

YRKANDEN M.M.

MaserFrakt Anläggning AB (bolaget) överklagar förvaltningsrättens dom och yrkar att kammarrätten ska besluta att tilldelningsbeslutet den 8 september 2010 ska rättas så att bolaget tilldelas uppdraget "Slamhantering i Gagnefs, Leksands och Rättviks kommun". Till stöd för sitt yrkande anför bolaget att de fel som har konstaterats i upphandlingen alla hänför sig till utvärderingsfasen och inte till det konkurrensuppsökande skedet. En ny upphandling är i detta fall en omotiverat omfattande åtgärd, som skulle medföra stora och omotiverade merkostnader för alla parter.

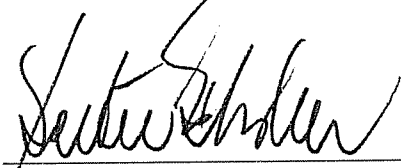
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

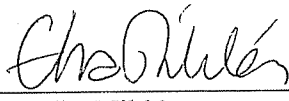
Förvaltningsrätten har i den överklagade domen redovisat brister i utvärderingsfasen och brister i föreliggande förfrågningsunderlag. Sammantaget anser förvaltningsrätten att upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling och att bristerna är av sådan art att upphandlingen ska göras om.

Enligt 33 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) får förvaltningsrättens beslut överklagas av den det angår, om det har gått henne eller honom emot. Frågan i målet är om förvaltningsrättens dom har gått bolaget emot.

Förvaltningsrätten har vid sin prövning av bolagets ansökan haft möjlighet att välja två olika utvägar för bifall, nämligen att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (jfr RÅ 2005 ref. 47). Förvaltningsrätten har bifallit bolagets talan genom att besluta att upphandlingen ska göras om. Domen kan inte anses ha gått bolaget emot. Bolaget har därför i förevarande mål inte talerätt i kammarrätten. Överklagandet ska således avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Bertil Ekholm
kammarrättspresident


Elsa Nihlén
kammarrättsråd

Jeanette Sundqvist
föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 1

DOM
2011-03-14
Meddelad i
Falun

Mål nr
5643-10
Domare 1:2

Sida 1 (8)

Ab 24

Bilaga A

SÖKANDE

MaserFrakt Anläggning AB, 556222-5960
Box 740
781 27 Borlänge

MOTPART

Dala Vatten och Avfall AB, 556714-8555
Box 234
793 25 Leksand

Ombud:

Advokat Hugo Norlén och jur. kand. Lovisa Lagerwall
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Dala Vatten och Avfall AB:s upphandling avseende "Slamhantering i Gagnefs, Leksands och Rättviks kommun" ska göras om.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut av den 17 september 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 27345

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Dala Vatten och Avfall AB (DVA) genomför en upphandling avseende "Slamhantering i Gagnefs, Leksands och Rättviks kommun". Tilldelningsbeslut fattades den 8 september 2010 varvid Ragn-Sells AB antogs som leverantör för Gagnefs kommun och Bengt Werpers Åkeri AB antogs som leverantör för Leksands och Rättviks kommuner.

YRKANDE M.M.

MaserFrakt Anläggning AB (MF) ansöker om överprövning och yrkar att en ny utvärdering ska göras eftersom DVA vid sin utvärdering handlat i strid med principerna om likabehandling och transparens i LOU och MF till följd härav lider eller kan komma att lida skada.

MF anför i huvudsak följande. Poängsättningen i utvärderingen har gjorts godtyckligt och felaktigt på grund av felaktiga uppgifter och ej relevanta referenstagningar samt oproportionellt gjorda avvägningar vid poängsättningen. Av praxis framgår att referenstagning är tveksamt vid anbudsutvärdering men tillåtet som kvalifikationskrav. Referenser ger utrymme för visst godtycke hos såväl referenstagaren som referensgivaren. Enligt en dom från EG-domstolen, C-513/99 Concordia, får en myndighet själv välja tilldelningskriterier som exempelvis referenser under förutsättning att kriterierna har ett samband med kontraktsföremålet dvs. det uppdrag som ska utföras eller de varor som ska levereras. Med detta som bakgrund förefaller det märkligt att DVA tar en referens från en annan typ av uppdrag vilket är fallet i Vansbro kommun med referenspersonen Ulrika Bergman. Det har också visat sig att Ulrika Bergmans redovisade kommentarer kring tillgänglighet och service inte stämmer vilket framkommit vid MF:s kontakt med henne. Hon säger även att brister i underlagen till fakturor "inte är en stor grej" eftersom det rör endast 9 fakturor av totalt

450 stycken till Vansbro kommun de senaste 2,5 åren. Hennes kommentarer bör inte ingå i utvärderingen eftersom de avser en annan typ av uppdrag än efterfrågats nämligen transporter av brännbart avfall där faktureringsrutinerna skiljer sig högst anmärkningsvärt från den tjänst som upphandlas. Slamhanteringen i Vansbro kommun hanteras av Lars Lindgren och Pia Törnblom. Dessa personer är därmed mer relevanta att ta referenser från än Ulrika Bergman och enligt dem har slamuppdraget fungerat utan anmärkingar gällande exempelvis faktureringen. Pia Törnblom har också intygat att slamuppdraget fungerat mycket bra under många år vad gäller både tillgänglighet, service, kompetens, fullföljande och fakturering. Lars Lindgrens synpunkter på tillgänglighet och service gäller en kund av ca 1100 som inte kunde få hjälp av MF under en helg. Vid denna tidpunkt var det ett äldre avtal som gällde i vilket inte ingick någon form av jour och inställetid. Därmed kan inte MF belastas för denna händelse. Olyckligtvis var MF:s underentreprenör bortrest denna helg vilket fördröjde insatsen, annars hade MF kunnat hjälpa kunden även om dåvarande slamavtal inte innebar någon skyldighet till detta. När det gäller det nya slamhanteringsavtalet uppger Lars Lindgren på Vansbro kommun att han inte känner till någon avvikelse från inställetid.

MF anför vidare. För att uppnå det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet borde man förutom priset också bedöma anbudens referenser efter hur omfattningen på det upphandlande uppdraget ser ut. Den mest krävande arbetsinsatsen för anbudsgivarna i denna upphandling är slamhanteringen i Rättviks kommun. Här ska anbudsgivaren sköta kundtjänst, registerhållning och fakturering mot slamabonnenterna. Därmed borde MF:s referenser från Mora och Orsa kommun vara mycket mer relevanta i denna upphandling än exempelvis referenten i Vansbro kommun som dessutom köper en helt annan tjänst av MF. DVA har frågat olika många referenser bland de anbudsgivare som lämnat in anbud, varför anbudsgivarna inte har behandlats lika. Med ett större antal referenser ökar möjligheten att man

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
Enhet 1

DOM

finner något fel i faktureringen hos en anbudsgivare. Trots det kan man konstatera att MF inte fått några anmärkningar på faktureringen av fyra relevanta referenter som representerar fyra olika företag. Den femte referenten representerar i detta sammanhang ett mycket litet uppdrag med ett fåtal fakturor vilket bör tas i beaktande i utvärderingen även om MF anser att denna referens inte är relevant med tanke på det upphandlade uppdraget. Bengt Werpers Åkeri AB (BWÅ) har referenser från endast två olika företag varför MF:s mycket goda vitsord borde få en ökad betydelse i utvärderingen. Dessutom verkar inte BWÅ ha erfarenhet av den administration och fakturering som följer uppdraget enligt förfrågningsunderlaget eftersom Dalafrakt troligtvis administrerar och fakturerat BWÅ angivna uppdrag rörande slamhantering och avfallshantering. MF borde därmed rimligen inte få en lägre poäng än BWÅ rörande fakturering.

MF anför slutligen. Urvalet av referenter och det olika antalet tagna referensföretag i utvärderingen medför att utvärderingen snedvridits och att MF inte behandlats på ett likvärdigt sätt med övriga anbudsgivare. Valet av icke relevanta referenser tillhörande andra uppdrag än vad som upphandlas medför att upphandlingsprocessen saknar förutsebarhet. I denna utvärdering har anbudsgivaren MF utvärderats i stället för tjänsten som är slamhantering. Om man vill kvalitetssäkra tjänsten och fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga borde man välja referenser med en stark koppling till efterfrågad tjänst i upphandlingsunderlaget. Referenser från en annan typ av uppdrag kan inte användas i utvärderingen. Slamhantering kan inte jämföras med transport av brännbart avfall då transportfrekvenserna är mycket mindre liksom administrationen. Anbudsutvärderingen ska därför göras om varvid Ulrika Bergmans uppgifter ska bortses ifrån och Lars Lindgrens kommentar gällande tillgänglighet och service ändras till inga anmärkningar eller fungerat bra. MF borde därmed få 100 poäng på tillgänglighet och service samt 100 poäng på fakturering vilket skulle innebära att MF vinner i Gagnefs, Leksands och Rättviks kommuner.

DVA bestrider bifall till MF:s ansökan på den grunden att upphandlingen till alla delar har genomförts i enlighet med LOU samt unionsrättsliga regler. Om förvaltningsrätten skulle finna att det finns skäl för ingripande enligt LOU ska upphandlingen göras om.

DVA anför i huvudsak följande. DVA anser att samtliga referenstagningar var relevanta då de tillfrågade har erfarenheter av anbudsgivarna genom nuvarande eller tidigare beställarroll. Anledningen till att kriteriet referenser användes i utvärderingen var för att så långt som möjligt kvalitetssäkra tjänsten. För samtliga anbudsgivare tillfrågades någon eller några referenter där tjänsten var annan än just slamhantering dock var tjänsten inom övrig avfallshantering och DVA bedömde i dess fall tjänsten som likvärdigt uppdrag. Omständigheten att DVA inte tillfrågat samma antal referenser beror på att tillgången varierade mellan anbudsgivarna. BWÅ har i huvudsak haft uppdrag inom slamhantering och/eller övrig avfallshantering i kommunerna Rättvik, Leksand och Gagnef. BWÅ har sedan många år tillbaka haft uppdrag inom avfallshantering i Rättviks kommun och sedan 2008 även i Leksand och Gagnef. Referenten Lisbeth Martinsson har som tidigare avfallschef i Rättviks kommun samt genom sin nuvarande roll som affärsområdeschef för avfall inom DVA stor erfarenhet av BWÅ för uppdrag inom nämnda tre kommuner. I och med att Lisbeth Martinssons referens gäller tre kommuner kan hennes referenstagning anses motsvara tre referenstagningar. Någon skillnad i antalet referenser har således inte i praktiken förelegat. DVA har frågat referensen Vansbro Kommun som MF själv åberopat. Den referent som MF angivit arbetar inte längre på kommun. När man inte fick kontakt med denne valde man istället att tillfråga andra referenter. Ulrika Bergman och Lars Lindgren bedömdes lika lämpliga som referenspersoner. Av förfrågningsunderlaget framgår att DVA hade möjlighet att infordra referenser på egen hand. DVA har på motsvarande sätt tillfrågat andra referenter än de som föreslagits även vad gäller övriga anbudsgivare i de fall referenterna inte fanns att tillgå. Det avgörande

de är om referenstagningen har haft samband med föremålet för upphandlingen. Det som referenterna har uttalat sig om är deras erfarenhet av bl.a. anbudsgivarnas faktureringsrutiner. Den underliggande tjänsten är därvidlag inte avgörande. Det finns vidare en tydlig koppling mellan referensen och det som ska upphandlas, eftersom kvaliteten på den erbjudna tjänsten påverkas av om anbudsgivaren kan erbjuda goda rutiner vid fakturering. Brister i faktureringsrutiner medför t.ex. ökande kostnader för beställaren. Anledningen till att MF erhållit 50 av 100 möjliga poäng (före viktning) var att MF fick dåliga referenser bland de tillfrågade men att övriga referenser uppvägde de dåliga. DVA gjorde den samlade bedömningen att referenterna sammantaget hade goda vitsord om MF. MF överdriver genomslaget av enskilda poster i utvärderingskriteriet referenser. Eftersom posten som sådan viktats till 20 % och underkriterierna har viktats inbördes (40/40 respektive 20 %) har utslaget av en enskild referens inte varit oproportionerligt stor. Det framgår av anbudsförfrågan tydligt hur referenstagningen kommer att ske och vilka poäng som kommer att delas ut. DVA vill påpeka att en anbudsgivare kan åberopa annans tekniska kapacitet vilket inbegriper eventuella underentreprenörers egen erfarenhet och referenser. BWÅ har i anbudet angivit att bolaget är delägare i DalaFrakt och åberopat bl.a. dess referenser. MF har på samma sätt åberopat referenser avseende sina delägare Hedemora Miljö och Högosta Åkeri. DVA har agerat i enlighet med LOU och unionsrätten. I vart fall har inte MF lidit skada till följd av DVA:s agerande i denna del. De eventuella brister som MF har anfört är inte av en sådan art att de föranleder åtgärd enligt LOU.

Förvaltningsrätten har den 17 september 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Förvaltningsrätten tillämpar LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010.

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 enligt stycket ovan eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 2 § LOU).

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens prövning i målet utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört 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.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det anbud som är totalekonomiskt mest gynnsamt utifrån ett antal kriterier med angiven viktning skulle antas för respektive kommun. Kriterierna var pris (60 %), miljö (20 %) och referenser (20%). Referenser bedömdes vidare utifrån svar på frågor om tillgänglighet och service (40 %), kompetens och fullföljande (40 %) och fakturering (20 %). Poängsättningen skulle enligt förfrågningsunderlaget ske utifrån en samlad bedömning av svar från referenter, information i anbud samt egna erfarenheter och resultera i 100, 50 eller 0 poäng.

Förvaltningsrätten konstaterat att det finns inget hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Referensupptagningen ska vara kopplad till kontraktsföremålet dvs. den tjänst som ska utföras. I förevarande fall upphandlas tömning av slamavskiljare och slutna tankar samt transport till reningsverk, slamtransporter mellan reningsverk och VA-ledningsspolning. Enligt förvaltningsrättens mening visar vad som framkommit om utvärderingen i den aktuella upphandlingen att referensupptag-

ningen även omfattat tjänster som inte kan anses ha en sådan koppling till föremålet för upphandlingen att de bidrar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingen har därför påverkats av ovidkommande hänsyn och förfarandet strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU. Därtill kommer att DVA lagt olika antal referenter för de olika anbudsgivarna till grund för utvärderingen och till synes även godtyckligt valt ut vissa referenter vilket får anses oförenligt med principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten noterar slutligen att det i förfrågningsunderlaget saknas uppgift om hur många referenser som ska anges i anbudet och vilka referenser som är relevanta. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att DVA har brutit mot 1 kap. 9 § LOU och att detta har medfört att MF lidit eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Bristerna bör rättas på det sättet att upphandlingen görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU)



Eljena Ulfhake Berglund

rådman

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.