

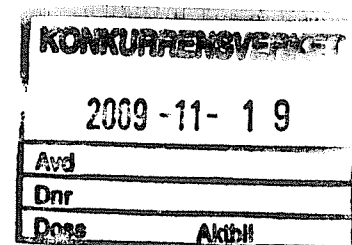
LÄNSRÄTTEN I
UPPSALA LÄN

DOM
2009-11-18
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2043-09

SÖKANDE

Uppsala Asfaltsanläggningar AB, 556483-3654
Kungsängens gård
753 23 Uppsala



Ombud: Advokaten Ulf Djurberg och jur.kand. Caroline Falconer
Setterwalls Advokatbyrå
Box 1050
101 39 Stockholm

MOTPART

Uppsala kommun, Kommunledningskontoret
Upphandling
753 75 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Uppsala kommuns upphandling av grönyteskötsel – gräsklippning
Dnr 09-012/044.945

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet meddelat den 18 september
2009.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Uppsala Asfaltsanläggningar AB (bolaget) ansökte om överprövning av Kommunledningskontoret i Uppsala kommuns (kommunen) tilldelningsbeslut i upphandlingen av grönyteskötsel – gräsklippning. Länsrätten biföll ansökan genom dom den 24 mars 2009 i mål nr 431-09 och förordnade om rättelse.

Kommunen fattade den 9 september 2009 ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen där bolaget uteslöts från upphandlingen. Som skäl för beslutet angavs i huvudsak att bolaget inte uppfyller skall-kravet beträffande två referenser på motsvarande genomförda uppdrag eftersom lämnade referenser inte avser gräsklippning eller parkskötsel.

Bolaget ansöker om överprövning av kommunens upphandling och yrkar i första hand att länsrätten beslutar att kommunens upphandling inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att bolagets anbud inte förkastas ur upphandlingen och i andra hand att länsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestriider bolagets yrkanden och yrkar att ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 18 september 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat.

PARTERNAS TALAN

Bolaget

Som grund för sin talan har bolaget anfört huvudsakligen följande. Kommunens förkastande av bolagets anbud har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har vidare tillämpat kravet avseende referenser i strid med proportionalitetsprincipen, har sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen, samt meddelat tilldelningsbeslut utan att ha giltiga anbud. Detta har medfört att bolaget har lidit skada.

Till stöd för sin talan har bolaget anfört bl.a. följande. Bolaget har i 15 år bedrivit mark- och anläggningsarbeten samt asfaltering för såväl enskilda som offentliga beställare. Bolaget är specialiserat på asfaltering, mark och anläggningsarbeten, snöröjning, stensättning och besiktning av lekplatser. Som ett led i bolagets utveckling ingår att specialisera sig på park- och grönyteskötsel, något som bolaget har erfarenhet av sedan tidigare. Kommunen har genom ett förenklat förfarande genomfört en upphandling för grönyteskötsel på både park- och kvartersmark. Av Kommunens tilldelningsbeslut den 9 september 2009 framgår att bolagets anbud utesluts ur upphandlingen ”med hänvisningen till ställda krav i upphandlingen gällande referenser på motsvarande genomförda uppdrag ej uppfyllts”. Vidare anges att ”anbudsgivarens lämnade referenser avser ej gräsklippning eller parkskötsel”.

Bolagets referensuppdrag uppfyller de krav som ställs i upphandlingen. Enligt förfråganunderlaget utgör det ett skall-krav i upphandlingen – för bedömning av leverantörskvalificering – att till anbudet bifoga uppgifter om två aktuella referenser för motsvarande, av anbudsgivaren genomförda uppdrag, med angivande av företagsnamn, kontaktperson och telefonnummer. När kravet tillämpats synes emellertid kommunen ha avgränsat kravet ytterligare, till att avse endast uppdrag avseende grönyteskötsel. En sådan tillämpning innebär en ytterligare avgränsning av kravet. Att kravet skulle

tillämpas på detta sätt framgår inte av förfrågningsunderlaget eller annan dokumentation från kommunen. Hur krav ska tillämpas ska framgå av förfrågningsunderlaget. Bolaget har i sitt anbud angett tre referenser:

1. Hasselparken, HMB, Torbjörn Nilsson, samt telefonnummer
2. IKEA Uppsala, Erik Wahl, samt telefonnummer.
3. Gatukontoret, Uppsala, Mikael Eriksson samt telefonnummer

Bolagets uppdrag har vid Hasselparken inneburit en totalentreprenad. Arbetet har bland annat inneburit att bolaget regelbundet under två års tid har skött de gröna ytorna, rensat ogräs, klippt gräs och ansat buskar. Uppdraget har inneburit exakt sådana uppgifter som upphandlingen avser. Detta uppdrag är därför uppenbarligen ett motsvarande av anbudsgivaren genomfört uppdrag. Bolagets uppdrag för IKEA Uppsala har avsett yttre skötsel, snöröjning och sandupptagning. Eftersom uppdraget inte har inneburit grönyteskötsel/gräsklippning utgör det inte ett exakt likadant uppdrag. Uppdraget är dock motsvarande ett uppdrag avseende grönyteskötsel/gräsklippning då uppdraget har inneburit att samma typ av arbete har utförts. Skillnaden i uppdragen ligger i årstid och använd maskin. Då maskinerna för snöröjning respektive gräsklippning är liknande är det de personer inom ett företag som vintertid utför snöröjning som sommartid utför gräsklippning/grönyteskötsel då det är dessa personer som har hög kompetens på att handha denna typ av maskiner. Vidare är organisationen kring utförandet av uppdragen exakt densamma (t.ex. transport till platsen av personal och maskiner, lagerhållning av behövligt material, förvaring av maskinpark, mottagande av uppdrag, kontakt med kund och fakturering). Av detta framgår att referensuppdraget motsvarar det uppdrag som upphandlingen avser. Bolagets uppdrag för Uppsala gatukontor har avsett snöröjning. Uppdraget är, på samma grunder, ett uppdrag som motsvarar de uppdrag som upphandlingen avser. Bolagets referensuppdrag avser således motsvarande uppdrag och bolaget uppfyller därmed det aktuella skall-kravet. Att förkasta bolagets anbud ur upphandlingen är därför

felaktigt och strider mot den i 1 kap. 9 § LOU angivna principen om förutsebarhet.

Kommunens tillämpning av skall-kravet avseende motsvarande referensuppdrag synes innebära att endast aktörer som tidigare har utfört exakt samma typ av arbete som upphandlingen avser i ett för ändamålet isolerat uppdrag anses uppfylla kravet. En sådan begränsning av anbudsgivandet står i strid med proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär förenklat uttryckt att de åtgärder som vidtas för att uppnå ett visst syfte inte får vara mer betungande eller långtgående än vad som kan anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Proportionalitetsprincipen har utvecklats av EG-domstolen genom ett stort antal avgöranden och principen genomsyrar hela gemenskapsrätten. En tolkning av EG-domstolens praxis innebär att proportionalitetsprincipen består av tre steg. I det första steget görs en bedömning av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Kommunen anger att det eftersträvade syftet med kravet är att de som utför uppdraget ska ha erfarenhet av grönyteskötsel. Denna avgränsning av det eftersträvade syftet är för snäv och det eftersträvade syftet med kravet borde istället vara att utvald leverantör kan utföra uppdraget. Det strider mot proportionalitetsprincipen att ställa högre krav på leverantören än vad som behövs för att uppnå syftet med en upphandling. Exempelvis har kammarrätten i Göteborg genom dom i mål nr 2607-09 bedömt att det strider mot proportionalitetsprincipen att ställa krav på att leverantörerna måste visa att de har erfarenhet motsvarande upphandlingens storlek och omfattning. Det krävs istället att upphandlingens krav har ett naturligt samband och står i rimlig proportion till det som upphandlas. Även kravet på utnyttjande av största möjliga konkurrens ska beaktas så att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen inte begränsas mer än vad som är nödvändigt. Det sätt på vilket kommunen har tillämpat kravet till att omfatta endast de som har erfarenhet av uppdrag avseende grönyteskötsel/gräsklippning innebär i praktiken att företag som kan utföra uppdraget utesluts från upphandlingen och

konkurrensen begränsas. Varken av förfrågningsunderlaget eller av annan typ av dokumentation från kommunen framgår varför en sådan tillämpning som kommunen gjort av det aktuella kravet på erfarenhet av motsvarande genomförda uppdrag behövs för att uppnå syftet med upphandlingen. Det framgår inte heller att kravet kommer att tillämpas på det sätt som skett. Genom sin verksamhet har bolaget god kunskap om grönyteskötsel och gräsklippning trots avsaknad av tidigare utförda uppdrag som isolerat har avsett grönyteskötsel och/eller gräsklippning. Dessa erfarenheter kommer från motsvarande typer av uppdrag som för bolaget även har inneburit grönyteskötsel och gräsklippning. Bolagets erfarenheter är därför tillräckliga för att uppnå syftet med upphandlingen.

I det andra steget av proportionalitetsprincipen görs en bedömning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Fråga är alltså om kommunen kan uppnå sitt syfte med ett mindre ingripande krav. En bedömning ska göras av om det är nödvändigt att kräva att anbudsgivare till anbudet bifogar uppgifter om två aktuella referenser för genomförda uppdrag avseende grönyteskötsel. Krav på att anbudsgivarna ska ange referenser som utvisar att leverantören kommer att kunna utföra uppdraget synes vara ett tillräckligt ingripande krav i upphandlingen för att säkerställa syftet att utvald leverantör kan utföra uppdraget. En referens behöver då inte avse grönyteskötsel/gräsklippning utan tillräckligt är att referensuppdragen visar på likvärdiga kunskaper/erfarenheter. Om kommunen hade tillämpat ett sådant mindre ingripande krav hade det även lett till att en effektiv konkurrens tillvaratagits och utvecklats.

I det tredje steget av proportionalitetsprincipen ska en bedömning göras om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig, eller överdriven jämfört med det eftersträvande intresset. Kravet såsom kommunen har tillämpat det har inneburit en tydlig begränsning av konkurrensen i upphandlingen.

Leverantörer som med bra resultat kan utföra uppdraget har utestängts från upphandlingen. Den negativa effekten som kommunens tillämpning av detta krav har resulterat i kan därför inte anses vara proportionerligt jämfört med de eftersträvade syftena att utvald leverantör kan utföra uppdraget och att en effektiv konkurrens tillvaratas och utvecklas. Kommuns agerande är mot bakgrund av vad som nu sagts felaktig och i strid med förfrågningsunderlaget samt principerna om proportionalitet och förutsebarhet angivna i 1 kap. 9 § LOU.

Av kommunens första tilldelningsbeslut, den 15 april 2009, framgår att kommunen vid denna anbudskvalificering bedömde att bolagets anbud uppfyllde kravet avseende referenser. Kommunen har angett att bolagets erbjudande är ”ok” i denna del. Det är bolagets uppfattning att kommunen nu har ändrat sin uppfattning om bolagets uppfyllnad av detta krav på grund av att den enhet inom kommunen som genomför upphandlingen sedan en längre tid är av den bestämda uppfattningen att bolaget inte ska tilldelas kontrakt. Tidigare har enheten valt att utesluta bolagets anbud med hänvisning till 10 kap. 2 § LOU. Efter länsrättens och kammarrättens domar uttalade ansvarig upphandlare att kommunen inte avser att anta bolagets anbud. Kommunens agerande synes utgöra domstolstrots.

Det framgår på sidan sex i förfrågningsunderlaget att två referenser ska lämnas i upphandlingen. Av rubriken till detta krav framgår att referenserna ska lämnas ”för bedömning av leverantörskvalificering”. Vidare framgår av förfrågningsunderlagets punkt 2.1.2 att anbudsgivarens kompetens, erfarenhet, resurser och tekniska förmåga bedöms ”genom referenstagning, om nödvändigt, samt utifrån anbudsgivarens redovisning i anbudet”. I motsats till detta framgår av punkt 2.3 i förfrågningsunderlaget att anbudena ska utvärderas där referenser viktas 30 % och pris viktas 70 %. Fem referensfrågor bilagda till förfrågningsunderlaget ställdes till referenterna och referenternas svar poängsattes enligt skalan 1 – 5. Att referenstagningen som sådan har varit av betydelse både i kvalificeringsfasen och i utvärde-

ringen är således helt klart. Den upphandlande myndigheten ska vid kontrollen av anbudsgivarens lämplighet (kvalificeringen) utgå från kriterier avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet.

Tilldelningen av kontraktet ska däremot ske med hänsyn till lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta innebär att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan utgöra utvärderingskriterier, och det utgör därmed hinder för att en upphandlande myndighet under ett anbudsförfarande beaktar t.ex. anbudsgivarens erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen som kriterier för tilldelning (utvärderingskriterier). Någon sammanblandning av kvalifikationsfasen och utvärderingsfasen får inte ske.

Såväl enligt EG-domstolen som enligt svensk rättspraxis är det således tillåtet att använda referenser i utvärderingsfasen endast om dessa syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen möjliggör ett ingripande enligt LOU. Förekomsten av ett eller flera tilldelningskriterier i utvärderingsfasen som rätteligen hör hemma i kvalificeringsfasen ”smittar” enligt svensk rättspraxis övriga kriterier, vilket innebär att samtliga kriterier bedöms som inte relevanta tilldelningskriterier (utvärderingskriterier). Detta utgör grund för att upphandlingen ska göras om. Referensfrågorna i upphandlingen har varit följande:

1. Utföres uppdraget i rätt tid?
2. Utföres uppdraget till avtalad kvalitet?
3. Hur tycker ni att dialogen mellan er och entreprenören fungerar?
4. Hur tycker ni att administrationen från entreprenören beträffande följesedlar och fakturor fungerar?
5. Är maskinparken anpassad till uppdraget?

Dessa frågor avser leverantörens kvalifikationer och syftar inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En referenstagning där frågorna har avsett anbudsgivarens kvalitet som leverantör i fråga om produktivitet, förmåga att hålla tider, bemötande, kvaliteten på anbudsgivarens yrkesmän, snabbhet i leveranser och redovisning samt referentens förtroende för anbudsgivaren och om dennes kunder rekommendera anbudsgivaren har underkänts av Kammarrätten i Stockholm i mål nr 5512-08. Kammarrätten uttalade att kriterierna huvudsakligen var att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer, inte till föremålet för kontraktet, och kom därför fram till att anbudsutvärderingen måste anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn. Kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om. Kommunens frågor överensstämmer i stora delar med de frågor som kammarrätten i Stockholm underkände. Eftersom upphandlingens referensfrågor huvudsakligen har avsett anbudsgivarnas kvalifikationer har anbudsutvärderingen i upphandlingen påverkats av ovidkommande hänsyn. Förfarandet strider mot 1 kap. 9 § LOU och upphandlingen ska därför göras om.

Anbudets giltighetstid gick ut den 31 augusti 2009. Tilldelningsbeslutet meddelades den 9 september 2009 det vill säga efter att anbudens giltighetstid hade gått ut. Det är inte möjligt för en upphandlande myndighet att anta anbud som inte längre är bindande för anbudsgivarna. Ett sådant förfarande strider mot LOU. I förarbetena till LOU framgår att ”en upphandlande myndighet ska ange hur länge en anbudsgivare ska vara bunden av sitt anbud. En sådan ordning är nödvändig för att upphandlingen ska fungera på ett rationellt sätt. Även om upphandlingen är föremål för överprövning löper anbudstiden ut i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget”. Av uttalandet framgår tydligt att ett av lagstiftarens syften med att den upphandlande myndighet ska ange hur lång tid som anbudsgivarna ska vara bundna av sina anbud är att främja förutsebarheten. Det krav som kommunen uppställt i punkt 1.8 andra stycket i förfrågningsunderlaget innebär att anbudsgivarna när de lämnar anbud inte har någon

möjlighet att förutse hur lång giltighetstid deras anbud kommer att ha. Om en överprövning överklagas och prövas i tre instanser är det inte osannolikt att anbuderna skulle anses vara giltiga i över två år. Eftersom anbudens giltighetstid hade gått ut innan tilldelningsbeslutet meddelades och anbudsgivarna inte hade tillfrågats eller accepterat en förlängning av giltighetstiden kan anbud inte antas utan upphandlingen ska göras om.

Kommunen

Kommunen bestrider bifall till bolagets talan. Kommunen har haft rätt att förkasta bolagets anbud eftersom bolaget inte uppfyllt ett av de kvalificeringskrav som uppställs i p. 2.1.1. i förfrågningsunderlaget. Enligt kvalificeringskravet ska en anbudsgivare lämna "två aktuella referenser för motsvarande, av anbudsgivaren, genomförda uppdrag med angivande av företagsnamn, kontaktperson och telefonnummer". Bolaget lämnade tre referenser varav två ostridigt inte avsåg gräsklippning eller parkskötsel. Bolaget gör gällande att referenserna som avser snöröjning och asfaltering, utgör uppdrag som motsvarar skötsel av grönytor. Kommunen delar inte denna uppfattning. I förfrågningsunderlaget framgår hur gräsytor ska skötas. Sammanfattningsvis kan man säga att för skötsel av gräsytor krävs olika typer av kompetenser; man måste ha kunskap om yta, vegetation, växtlighet, intervaller och regelbundenhet. Man måste ha en blick och känsla för uppdraget. Målet med gräsklippningen är visuellt genom att uppnå ett vårdat intryck. Denna typ av kompetens är inte alls efterfrågad när det gäller snöröjning och halkbekämpning som är något helt annat. Det förhållandet att bolagets personal kan hantera en väghyvel eller forsla bort snö kan överhuvudtaget inte jämföras med skötsel av grönytor. Påståendet att uppdragen motsvarar varandra är inte korrekt.

Bolaget gör gällande att det aktuella skall-kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Vid bedömningen om ett krav strider mot proportionalitetsprincipen ska tre rekvisit beaktas enligt EG-rätten. För det första ska en

bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Syftet i förevarande fall är naturligtvis att de som utför uppdraget har erfarenhet av grönyteskötsel. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. I förevarandet fall finns det inte något mindre ingripande alternativ. Observera att det i förevarande fall inte uppställs något krav på att leverantören ska ha haft erfarenhet av uppdrag av motsvarande omfattning av det som upphandlas. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Kommunen har valt att formulera kravet såsom ”referenser för motsvarande, av anbudsgivaren, genomförda uppdrag”. Kommunen har inte uppställt något krav på formell utbildning eller intyg. Det enda kravet är att man ska ha någon erfarenhet av grönyteskötsel. Detta torde medföra att den negativa effekten d.v.s. den eventuella begränsningen inte är oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet.

Bolaget gör gällande att kommunen i det tidigare beslutet godtagit bolagets referenser och att man nu genom att inte godta dessa gör sig skyldig till domstolstrots. Påståendet är inte korrekt. Bolaget uteslöts vid den första utvärderingen på den grunden att en företrädare dömts för ekonomisk brottslighet. Länsrätten förordnade att en ny utvärdering skulle ske med bortseende av detta och det var vid denna utvärdering man fann att bolaget inte hade uppfyllt skall-kravet avseende referenser. Bolaget gör även gällande att kommunen blandat ihop kvalificerings- och utvärderingsfasen på ett otillåtet sätt. Referenstagningen i aktuell upphandling har avsett frågor rörande anbudsgivarens utförande av tjänster i tidigare sammanhang. Frågorna som ställts till referenspersonerna har avsett anbudsgivarens hantering av tjänsten, kvalitet, dialog med beställaren, anbudsgivarens administrativa hantering av tjänsten samt maskinparkens

anpassning till uppdraget. Beträffande den sistnämnda punkten ska påpekas att det inte är fråga om vilka maskiner anbudsgivaren har per se utan om anbudsgivaren har förmåga att tillhandahålla rätt maskiner för det aktuella uppdraget. De här kriterierna kan således inte anses hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska samt yrkesmässiga kapacitet, utan till föremålet för upphandlingen, d.v.s. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder. Referensupptagningen som skett i anbudsutvärderingen har således syftat till att utröna hur anbudsgivaren tidigare utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten, och inte till att reda ut anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Anbudsutvärderingen kan därför inte anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2009 i mål nr 7332-08).

Anbudens giltighetstid har inte gått ut. Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare är bundna av sitt anbud till och med den 31 augusti 2009 och att om tilldelningsbeskedet blir föremål för överprövning och anbudstiden överskrids så ska anbudsgivarens bundenhet gälla till dess att rättsprocessen är avslutad och upphandlingskontrakt tecknats. Anbudsgivarna är därför bundna av sina anbud till dess avtal tecknats.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

I 12 kap. 1 § framgår bland annat följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till fö-

remålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges bland annat följande.

1.8 Anbudets giltighetstid

Anbudsgivaren ska vara bunden av sitt anbud till och med den 31 augusti 2009. Om upphandlingen/tilldelningsbeskedet blir föremål för överprövning och tiden ovan överskrides, ska anbudsgivarens bundenhet gälla till dess att rättsprocessen är avslutad och upphandlingskontrakt tecknats.

2.1 Kvalificering av leverantören

2.1.1. Krav på leverantören (enligt 10 kap 1 och 2 §§ samt 11 kap. 6-15 §§ LOU). Anbudsgivaren ska visa att han är fri från hinder för deltagande i upphandlingen enligt LOU som anger att anbudsgivaren kan uteslutas från deltagande i upphandlingen.

För bedömning av leverantörskvalificering ska även följande uppgifter bifogas:

- Senaste årsredovisning eller annan motsvarande redovisning som kan styrka anbudsgivarens finansiella ställning.
- En kortfattad beskrivning av anbudsgivaren och dennes verksamhet.
- En redogörelse för anbudsgivarens kompetens, erfarenhet, resurser och tekniska förmåga för uppdraget. Om anbudsgivaren har för avsikt att anlita en underentreprenör ska den vara redovisad.
- En redogörelse för anbudsgivarens kapacitet med hänsyn till åtagandets omfattning.
- Anbudsgivarens miljöpolicy ska bifogas eller liknande handling.
- Sammanställning av den maskinpark som anbudsgivaren har för avsikt att använda vid uppdragen.
- Två aktuella referenser för motsvarande, av anbudsgivaren, genomförda uppdrag, med angivande av företagsnamn, kontaktperson och telefonnummer.

2.1.2. Krav och bevis angående anbudsgivaren

Här granskas och bedömes anbudsgivarens lämplighet med avseende på att anbudsgivaren är fri från belastningar enligt 10 kap. 2 § i LOU, vilket är en förutsättning för att bli antagen. Det sker genom prövning av uppgifter lämnade i blanketten ”företagsupplysning” samt i SKV 4820.

Anbudsgivarens ekonomiska stabilitet satt i relation till uppdragets omfattning sker genom prövning av lämnad årsredovisning.

Anbudsgivarens kompetens, erfarenhet, resurser och tekniska förmåga sker dels genom referenstagning, om nödvändigt, samt utifrån anbudsgivarens redovisning i anbudet.

Anbudsgivarens kapacitet med hänsyn till åtagandets omfattning sker utifrån anbudsgivarens redovisning i anbudet.

Saknas efterfrågad redovisning kan anbudsgivarens anbud komma att förkastas.

2.2 Kvalificering av anbudet

Inkomna anbud från kvalificerade leverantörer kommer att utvärderas i två steg.

- a) Kvalificering av anbudet gentemot tekniska, kommersiella och administrativa krav och villkor.
- b) Utvärdering av anbudet enligt angiven modell och kriterier

2.3 Utvärderingen av anbudet enligt angiven modell och kriterier

Det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att väljas med hänsyn tagen till nedanstående urvalskriterier, som är viktade enligt nedanstående:

1. Referenser, vikt 30 %
2. Pris, vikt 70 %

I tilldelningsbeslut den 15 april 2009 anges bland annat följande. Bolagets anbud har uteslutits med hänvisning till 10 kap. 1 – 2 §§ LOU. Kommunen angav ”ok” i en ruta avseende bolagets uppfyllande av kravet på två aktuella referenser för motsvarande, av anbudsgivaren, genomförda uppdrag, med angivande av kontaktperson och telefonnummer.

I tilldelningsbeslut den 9 september 2009 anges bland annat följande. Bolaget har uteslutits ur upphandlingen med hänvisning till att ställda krav i upphandlingen, gällande referenser på motsvarande genomförda uppdrag, ej uppfyllts. Anbudsgivarens lämnade referenser avser ej gräsklippning eller parkskötsel.

Länsrättens bedömning

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlande myndigheten har åsidosatt de grundläggande principerna som anges i 1 kap. 9 § LOU. Prövningen kan också avse att andra gemenskapsrättsliga principer som ska beaktas vid all offentlig upphandling inte trätts för när. För att det ska finnas grund för ingripande enligt LOU krävs därutöver att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Skall-kravet två referenser avseende motsvarande genomförda uppdrag

Av förfrågningsunderlaget framgår att ett av skall-kraven för leverantörskvalificering är att inlämna två aktuella referenser för motsvarande av anbudsgivaren genomförda uppdrag. Kommunen har förkastat bolagets anbud på grunden att lämnade referenser inte avser gräsklippning eller parkskötsel. Bolaget har anfört att skall-kravet uppfylls då de referenser som lämnats avser motsvarande uppdrag.

Länsrätten noterar att föremålet för upphandlingen är ”grönyteskötsel – gräsklippning” samt att det till förfrågningsunderlaget har bifogats en relativt utförlig skötselbeskrivning. Av förfrågningsunderlaget framgår att referenserna ska avse motsvarande uppdrag. Med referenser för motsvarande genomförda uppdrag går det att sluta sig till att det som efterfrågas är just erfarenhet av grönyteskötsel i någon form. Bolaget har lämnat in tre referenser varav en avser grönyteskötsel och de två övriga referenserna avser snöröjning och sandupptagning. Snöröjning och sandupptagning sker vintertid och med andra maskiner än vid grönyteskötsel. Kommunen har beskrivit tillvägagångssättet vid grönyteskötsel och anfört att detta till stor del skiljer sig från vad som gäller för snöröjning och sandupptagning. Länsrätten instämmer med kommunens bedömning och anser att de av bolaget lämnade referenserna avseende snöröjning och sandupptagning inte kan anses utgöra referenser för motsvarande uppdrag, vilket är vad

som efterfrågas i förfråganunderlaget. Kommunen har därför rätteligen förkastat bolagets anbud i kvalificeringsfasen.

Frågan är då om det aktuella skall-kravet strider mot proportionalitetsprincipen. Denna princip innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än vad som krävs för att uppnå syftet med upphandlingen. De krav som ställs måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som ska upphandlas. Kraven som ställs ska vara både lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen. Om det finns flera alternativ bör det alternativ väljas som är minst ingripande eller belastande.

Kommunen har uppgett att syftet med referenserna är att anbudsgivarna ska ha erfarenhet av grönyteskötsel. Detta krav har enligt länsrättens mening ett naturligt samband med upphandlingen och får anses vara både lämpligt och effektivt för att uppnå syftet med upphandlingen. Kravet är nödvändigt för att utröna om anbudsgivarna har den efterfrågade erfarenheten och något mindre ingripande alternativ har inte framkommit. Att kommunen har ställt krav på två referenser, men inte fler, innebär att helt nystartade leverantörer utesluts från kvalificering men å andra sidan bör även mindre leverantörer kunna uppfylla detta efterfrågade krav. Den negativa effekten av kravet kan därför inte anses vara oproportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet att anbudsgivarna ska ha erfarenhet av grönyteskötsel.

Bolaget har även anfört att kommunen tidigare har godkänt bolagets referenser genom att ange "OK" i en ruta i tilldelningsbeslutet. Länsrätten har i den tidigare domen endast förordnat att en ny utvärdering skulle ske med bortseende av en företrädares brottslighet. Det har således inte funnits några hinder för kommunen att göra en ny, mer noggrann, utvärdering.

Sammanblandning av kvalificeringsfas och utvärderingsfas

I ett upphandlingsförfarande ska ingå en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas. Prövningen under kvalificeringsfasen syftar till att säkerställa leverantörens förmåga att leverera det som ska upphandlas enligt förfrågningsunderlaget. Prövningen i detta skede tar således sikte på leverantörerna, inte deras anbud. Anbudsgivarens lämplighet kontrolleras utifrån kriterierna avseende finansiell ställning samt teknisk kapacitet. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderingsfasen, där tilldelning sker i enlighet med kriteriet lägsta pris eller, som i förevarande fall, det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Prövningen under utvärderingsfasen gäller således de anbud som lämnats, inte leverantörerna som lämnat anbudet. Prövningen under utvärderingsfasen avser att utifrån de krav på tjänsten eller produkten som framgår av förfrågningsunderlaget, värdera de anbud som kvalificerat sig till utvärderingen utifrån angivna utvärderingskriterier. Det är viktigt att hålla isär de båda faserna. Vid utvärderingsfasens poängsättning och rangordning får enbart de faktorer som rör varans eller tjänstens pris och kvalitet beaktas.

Länsrätten kan konstatera att något generellt förbud mot att använda referenser i utvärderingsfasen inte finns så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis, framgår emellertid att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier.

EG-domstolens avgörande har tolkats olika där Kammarrätten i Stockholm har valt en något snävare linje än Kammarrätten i Göteborg (jfr t.ex. Kammarrätten i Stockholms mål nr 5512-08, 3582-09 med Kammarrätten i Göteborgs mål nr 7332-08, 6411-08, 2295-09). Länsrätten sluter sig i princip till den tolkning som har kommit till uttryck i den senare kammarrätten. Syftet med att inte sammanblanda de olika faserna är att den upp-

handlande myndigheten ska få bästa möjliga kvalitet till lägsta möjliga pris. Utslagsgivande ska därför vara pris och kvalitet på varan eller tjänsten och inte faktorer som rör själva företaget som sådant, t.ex. dess personalstyrka eller finansiella ställning. Tanken är således att de anbudsgivare som kvalificerat sig till tilldelningsfasen ska betraktas som jämbördiga vad avser de faktorer som enbart rör själva företaget. Annars skulle exempelvis etablerade företag med stora finansiella resurser gynnas i förhållande till mindre företag med små finansiella resurser, vilket skulle vara negativt för konkurrensen.

Detta kan emellertid inte anses innebära att det skulle vara otillåtet att i utvärderingsfasen beakta t.ex. personalens kompetens, om tidigare uppdrag har utförts i rätt tid och med viss kvalitet, anbudsgivarens bemötande osv. Sådana kriterier, som alltså har koppling till kvalitetsnivån, får anses vara hänförliga till föremålet för upphandlingen, dvs. tjänsten eller produkten, och inte anbudsgivarens kvalifikationer och kapacitet. I annat fall skulle exempelvis upphandlingar av konsulttjänster i praktiken avgöras av kriteriet lägsta pris och inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I Lianakis-avgörandet var det dessutom tydligt att kriterierna för tilldelning inte hade något samband med kvalitet, utan hänförde sig till leverantörens kapacitet.

Av bilaga till förfrågningsunderlaget framgår att referenterna, som alltså tidigare har köpt motsvarande tjänster, ska svara på frågor som avser anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget i rätt tid, förmåga att utföra uppdraget till avtalad kvalitet, hur dialogen med anbudsgivaren fungerat, hur administrationen beträffande följesedlar och fakturor fungerat samt om maskinparken har varit anpassad till uppdraget. Enligt länsrättens mening måste en referensupptagning som den nu föreliggande huvudsakligen anses vara att hänföra till tjänstens kvalitet och inte bolagets kvalifikationer och kapacitet. Den får således anses ha varit tillåten.

I nu aktuellt mål saknar det dock betydelse hur Lianakis-avgörandet ska tolkas och om referensupptagningen ska anses ha varit tillåten eller inte. Kommunen har nämligen, i enlighet med vad länsrätten funnit ovan, rätteligen förkastat bolagets anbud vid kvalificeringsfasen. Bolaget kan därför inte anses lida någon skada för det fall kommunen skulle ha anses ha handlat felaktigt vid utvärderingsfasen.

Anbudens giltighetstid

I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivarna ska vara bundna av angivna anbud till och med den 31 augusti 2009. Om upphandlingen eller tilldelningsbeslutet blir föremål för överprövning och tiden överskrids, ska anbudsgivarnas bundenhet gälla till dess att rättsprocessen är avslutad och upphandlingskontrakt tecknats.

Länsrätten anser att kommunen i förfrågningsunderlaget klart och tydligt angett förutsättningarna för anbudets giltighetstid och att anbuden fortfarande var giltiga när tilldelningsbeslutet fattades den 9 september 2009.

Bolaget har även anfört att kommunens angivande av anbudstid inte går att förutse eftersom en överprövning inte otänkbart kan ta ett par år och att en så pass lång bindningstid strider mot proportionalitetsprincipen och principen om förutsebarhet.

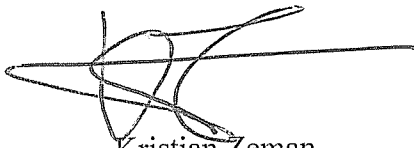
Länsrätten konstaterar att det inte är ovanligt att en upphandling blir föremål för överprövning. En överprövning kan dra ut på tiden, vilket i nu aktuell upphandling har fått till följd att tidpunkten för tilldelningskontraktet har senarelagts. Förfråganunderlaget kan därmed, på grund av klausulen om anbudsgivarnas bindningstid, inte anses vara oförutsebar. Klausulen kan inte heller anses vara mer långtgående än vad som är lämpligt och nödvändigt för att uppnå syftet. Alternativet, att från början ange en väldigt lång bindningstid, måste anses vara mer ingripande och avskräckande för mindre leverantörer än om bindningstiden förlängs vid

händelse av en överprövning. Klausulen strider därför inte mot proportionalitetsprincipen. Under alla förhållanden kan bolaget, som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen, inte anses ha lidit skada i denna del.

Bolagets ansökan ska på grund av det ovan anförda avslås.

Länsrätten erinrar om att i och med att det interimistiska beslutet upphör att gälla, börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Fristen löper från dagen för domen, oavsett vad som anges om överklagandetid i besvärshänvisningen.

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



Kristian Zeman

länsrättsfiskal

ALJ

