



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2013-08-27
Meddelad i
Linköping

Mål nr
4552-13
Enhet 2

SÖKANDE

Arbetslaget i Östergötland AB, 556688-3137
Juby Gård
585 62 Lingham

MOTPART

Linköpings kommun
581 81 Linköping

Ombud: Jan-Erik Nilsson
Linköpings kommun
Juridikgruppen
581 81 Linköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-08-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Linköpings kommuns yrkande om att ansökan om överprövning ska avvisas.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 132488

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Linköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende markskötselentreprenad för gata och park, driftområde 6, med dnr Sbn 2013-7, UH 2013-46 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande där det anbud som för kommunen är det mest ekonomiskt fördelaktiga ska antas (AFB.52). Enligt tilldelningsbeslut den 13 juni 2013 antogs anbudet som lämnats av Thormans entreprenad AB. Arbetslaget i Östergötland AB (bolaget) placerade sig på andra plats i utvärderingen.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen.

Kommunen yrkar i första hand att ansökan om överprövning ska avvisas och i andra hand att den ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Vid utvärderingen av mervärdespoängen har anbudsgivarna inte behandlats lika och objektivt. Anders Samuelsson har tilldelats noll mervärdespoäng både i sin roll som platschef och i sin roll som arbetsledare vid referenstagningen från kommunens egen referentperson. Han har av en utomstående referent dock erhållit tjugosju respektive tjugosju poäng. Denna skillnad i bedömning vid samma typ av entreprenad är inte rimlig. Den andra av bolaget offererade arbetsledaren har fått nio poäng. Denne har dock arbetat tillsammans med Anders Samuelsson och de har tillsammans löst alla frågor samt planerat och sett till att uppdragen utförts. Vidare har Anders Samuelsson både längre erfarenhet och högre utbildning samt har större befogenheter. Det är därför mycket märkligt att de har getts olika poäng.

Detta förstärks av det faktum att alla tre av Thormans entreprenad AB offererade personer ligger på 83 % av maxpoäng.

Bolaget har haft kontraktet för driftområde sex i snart fem år och under hela denna tid har det inte framkommit några skäl för att beställaren skulle vara missnöjd med genomförandet eller personalen. Kommunens referentperson fick även för några månader sedan frågan om det var något som bolaget behövde förbättra vid utförandet av uppdraget. Till svar fick bolaget att återkopplingen på e-postmeddelanden inte hade varit tillräckligt snabb tidigare, men på senare tid blivit bättre och att det i övrigt var bra.

Bolaget ställer sig vidare frågande till när i utvärderingen referentbedömningen äger rum. Om den sker efter att anbud och timprislista är utvärderade och då en kommunal tjänsteman är referent och samtidigt väl insatt i upphandlingen kan denna bedömning styra och anpassa tilldelningen genom betygssättningen och mervärdespoängen. Referenstagningen ska göras innan anbuden öppnas.

Kommunen

Ansökan om överprövning bör avvisas, då det av ansökan inte framgår på vilket sätt upphandlingen är felaktig. Bolaget har endast ifrågasatt referenters uppgifter och bedömning.

Utvärderingskriterierna i upphandlingen framgår tydligt av förfrågningsunderlaget punkt AFB.52. I bilaga B redovisas också vad som menas med mervärde, hur referenstagning skulle ske, betygssättning samt beräkningsmodell. Bolaget har lämnat två referenter för nyckelpersonerna. Referenstagningen har skett muntligt, varvid beställaren utifrån de uppgifter som respektive referent uppgett satt betyg mellan ett och fyra. Beräkning av mervärde har därefter skett i enlighet med angiven beräkningsmodell. Bo-

laget har erhållit totalt tjugoen mervärdespoäng, vilket inneburit ett mervärde på 42 000 kr. Ett jämförpris har sedan framräknats och bolagets anbud har jämförts med Thormans entreprenad AB:s anbud, varvid det senare bolaget haft lägst jämförpris.

Kommunen har genomfört en korrekt utvärdering enligt LOU. Utvärderingen har skett enligt den utvärderingsmodell som angetts i förfrågningsunderlaget, av vilket det tydligt framgår hur utvärderingen skulle ske. Utvärdering av mervärdespoängen har inte skett på ett sätt som felaktigt kan påverka slutresultatet. Att kommunen skulle väga in egna erfarenheter vid referenstagning har tydligt framgått i förfrågningsunderlaget. Samma frågor har ställts till både egna referenter och referenter från andra beställare. Att den egna referenten skulle ha styrt slutresultatet genom betygsättningen är ett befängt påstående som helt saknar grund. Bolaget har inte visat på vilket sätt utvärderingsmodellen eller upphandlingen i övrigt skulle vara felaktig. Att lämnade uppgifter och bedömning av referenter kan medföra skillnader i mervärdespoäng innebär inte att utvärderingsmodellen är felaktig. Det kan även noteras att betyget godkänt inte ger några mervärdespoäng. Samtliga anbudsgivare har behandlats lika och objektivt.

UTREDNINGEN I MÅLET

Förfrågningsunderlag m.m.

I de administrativa föreskrifterna anges bl.a. följande.

AFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud

...

Utvärderingskriterier

Det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas.

Följande kriterier kommer att utvärderas:

Pris, timprislista och mervärde för offererade nyckelpersoner.

Mervärde för offererade nyckelpersoner kommer att bedömas genom referenstagning på angiven platschef och arbetsledare. Om det inte går att få muntlig kontakt med en referent under den tid som anges i anbudsformuläret så kommer det att bedömas som att den referenstagningen ger 0 poäng i mervärde.

Endast de anbud/anbudsgivare som med hänsyn till anbudspris och timprislista har teoretisk möjlighet att tilldelas avtal kommer att utvärderas med avseende på mervärde för offererade nyckelpersoner.

Referensfrågorna framgår av Bilaga A.

Modell för utvärdering av anbud framgår av Bilaga B.

I Bilaga B anges bl.a. följande.

Anbudet utvärderas med avseende på tre parametrar:
Den första (A) rör anbudssumman. Den andra (T) rör timprislista. Den tredje (MR) mervärde hos offererade nyckelpersoner. Anbudsgivaren med lägst jämförpris (J), $J=A+T-MR$, erbjuder entreprenaden.

I anbudsformuläret anges under rubriken Platschef och arbetsledare bl.a. följande.

...
Om platschefen och arbetsledarna har arbetat på uppdrag av Linköpings kommun i roller enligt ovan de senaste fem åren ska minst en referens vara från Linköpings kommun.

Tilldelningsbeslut

Av tilldelningsbeslutet den 13 juni 2013 framgår att sju anbudsgivare har inkommit med anbud i upphandlingen. Samtliga anbudsgivare och anbud uppfyllde kvalificeringskraven i upphandlingen. En jämförelse av anbudspriset och timprislistan hos respektive anbud visade att bolaget hade avgett lägst pris, nämligen 1 890 362 kr. Thormans entreprenad AB:s pris för

dessa två poster var totalt 1 932 345 kr. Referenstagning för utvärdering av mervärdet för offererade nyckelpersoner genomfördes sedan för bolaget och Thormans entreprenad AB, eftersom det endast var Thormans entreprenad AB som hade en teoretisk möjlighet att få ett lägre jämförpris än bolaget med hänsyn till det maximalt möjliga mervärdet hos offererade nyckelpersoner, dvs. 108 000 kr. Bolaget erhöll ett mervärdespris om 42 000 kr och Thormans entreprenad AB om 87 000 kr.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten 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 LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Fråga om ansökan om överprövning bör avvisas

Tilldelningsbeslut i upphandlingen fattades den 13 juni 2013 och i detta anges att underrättelse om beslutet skickas elektroniskt till anbudsgivarna med en avtalsspärr under perioden 20 juni–1 juli 2013. Bolagets ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 27 juni, vilket är före det att avtalsspärren löpt ut. Bolagets ansökan om överprövning har således, enligt 16 kap. 11 § jämförd med 16 kap. 1 § och 15 kap. 19 § LOU, kommit in i tid. Förvaltningsrätten är förhindrad att avvisa en ofullständig

ansökan innan sökanden fått möjlighet att avhjälpa bristerna. Vad bolaget i ansökan och i senare skrivelser har anfört till stöd för sin talan kan inte anses vara så bristfälligt att ansökan inte kan läggas till grund för en prövning i sak. Kommunens yrkande om avvisning ska därmed avslås.

Prövning i sak

Bolaget har gjort gällande dels att referenssvaret från kommunens egen referentperson är felaktigt, dels att utvärderingen skett på ett olämpligt sätt, då uträkningen av mervärdespoängen har skett efter det att anbudet och timpriserna utvärderats. Detta tillsammans med det faktum att kommunens referentperson är insatt i upphandlingen medför, enligt bolaget, att resultatet av utvärderingen kunnat påverkas på ett otillbörligt sätt.

I mål om offentlig upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

En upphandlande myndighet kan använda sig av egna referenser vid en prövning i utvärderingsfasen, så länge det framgår att referenstagningen sker på ett objektiva sätt så att inte de grundläggande principerna om lika-behandling och transparens träds för när. Det är även tillåtet för en myndighet att ställa krav på att de leverantörer som tidigare har haft uppdrag hos myndigheten ska ange denna som en av de referenser som ska lämnas (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09 samt dom den 18 november 2010 i mål nr 2504-10).

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget framgått hur referenstagningen skulle komma att ske och att den skulle utföras i

utvärderingsfasen av upphandlingen, efter att en första kontroll av anbuds- och timpriserna hade gjorts. Anbudsgivarna har alltså inte saknat möjlighet att kunna förutse vad som skulle komma att bedömas vid utvärderingen.

I LOU saknas det regler om jävssituationer. Referenters medverkan i upphandlingsförfarandet får i stället bedömas utifrån de grundläggande EU-rättsliga principerna. Kommunens egen referentperson förekommer visserligen i egenskap av driftingenjör i förfrågningsunderlaget, men det har i målet inte förekommit något som ger skäl att anta att denna har varit involverad i själva prövningen och utvärderingen av anbuderna eller att upphandlingsresultatet har påverkats på ett otillbörligt sätt. Några konkreta omständigheter som visar att kommunen har agerat på ett sätt som strider mot LOU eller de grundläggande principerna för offentlig upphandling har således inte framkommit. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Cecilia Sjöstrand.



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 nås 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.