



**LÄNSRÄTTEN I
VÄSTERNORRLANDS LÄN**

Länsrättsnotarien T Flodin

DOM
2009-12-18
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
2402-09 E

SÖKANDE

BN Måleri & Golv Aktiebolag, 556248-5796
Sjögatan 11
891 60 Örnsköldsvik

Ombud:

Advokaten Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois
c/o Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

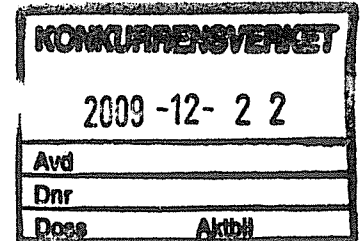
Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

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

Örnsköldsviks kommun (kommunen), som genomför upphandling avseende Golvarbeten dnr A 09-31 f, har i tilldelningsbeslut den 18 november 2009 meddelat att avtal kommer att tecknas med Anders Berglund Golv AB.

BN Måleri & Golv Aktiebolag (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som skäl för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. De referensfrågor som har använts i utvärderingsfasen avser huvudsakligen vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av de tjänster som upphandlingen avser. Referensfrågorna strider mot 1 kap. 9 § LOU enligt praxis från EG-domstolen och kammarrätterna. EG-domstolen har i mål C-532/08 bl.a. anfört att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. Kriterier som



Dok.Id 58687

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314 871 27 Härnösand	Backgränd 9	0611-34 98 00 E-post: lansrattenivasternorrland@dom.se	0611-34 98 10	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga avser anbudsgivarens förmåga att utföra projektet och utgör således inte kriterier för tilldelning. Referenten ombeds genom referensfråga fyra i den aktuella upphandlingen belysa leverantörens förmåga att genomföra den aktuella tjänsten på det sätt som överenskommits.

Kammarrätten i Sundsvall har i mål nr 3474-08 ansett att frågor till referenter om leverantörens förmåga att hålla överenskommelser för arbeten inte är tillåtna i utvärderingsfasen. Fråga fem och sex avser huvudsakligen anbudsgivarens förutsättningar för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga. Kammarrätten i Stockholm har i mål nr 3582-09 ansett att frågor i utvärderingsfasen om leverantörens beställningsrutiner inte är tillåtna. Vidare har Kammarrätten i Sundsvall i ovan nämnt avgörande ansett att frågor till referenter om leverantörers förmåga att hålla beställare informerad om kunnig status i pågående arbeten och projekt inte är tillåtna i utvärderingsfasen. Det är inte fastställt i anbudsförfrågan huruvida rangordning eller förnyad konkurrensättning kommer att användas vid avrop från det ramavtal som ska tecknas i upphandlingen. I punkt 5.1 i förfrågningsunderlaget anges att beställaren kan komma att utföra en förnyad konkurrensättning inom ramavtalet mellan två upp till fyra prisbasbelopp. Denna utformning av förfrågningsunderlaget innebär en valfrihet för den avropande myndigheten i fråga om en tilldelning ska ske enligt en förutbestämd rangordning eller genom förnyad konkurrensättning. Det har varit omöjligt för leverantörer att utifrån förfrågningsunderlaget avgöra vilka omständigheter som kommer att tillmätas betydelse vid valet av avropsmodell. Bolaget anser att anbudsförfrågan i denna del strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen, 1 kap. 9 § samt 5 kap. 6-7 §§ LOU. Detta är i enlighet med Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 966-09 och 1008-09 samt Konkurrensverkets yttrande den 16 november 2009 dnr 563/2009. Enligt 12 kap. 2 § första stycket LOU får en viktning av tilldelningskriterier anges som intervall med en lämplig största tillåtna

spridning. I förarbetena till LOU anförs att viktningen exempelvis kan, om kriterierna är kvalitet och pris, bestämmas till 70 procent respektive 30 procent. Om viktningen av kriterierna anges med intervall kan intervallet exempelvis vara en spridning mellan 60-70 procent respektive 30-40 procent. I förfrågningsunderlaget anges ett viktningintervall om 30-45 procent avseende kvalitet och 55-70 procent avseende pris. Intervallen har således en spännvidd om 15 procent, vilket överstiger det exempel på tillåtet intervall som anges i förarbetena till LOU. Enligt bolaget har kommunen lämnat ett allt för stort utrymme att efter att ha tagit del av anbuden avgöra utvärderingskriteriernas inbördes viktning. Utformningen strider därför mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen, 1 kap. 9 § och 12 kap. 2 § första stycket LOU. Bolaget kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU eftersom bolaget vid en korrekt utförd upphandling skulle ha kunnat antas som leverantör.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. De referensfrågor som använts vid anbudsutvärderingen handlar endast om kvalitet på utförda uppdrag, samt rutiner för beställning och återkoppling. Alla dessa frågor är direkt att hänföra till kvalitet hos en leverantör och har ingen koppling till förmåga och resurser. Frågorna är av avgörande värde för att utse det mest fördelaktiga budet. Kommunen vill åberopa mål nr 5910-08 och 7332-08 från Kammarrätten i Göteborg. Kammarrätten har i det förstnämnda målet uttalat att referenser från med upphandlingen likvärdiga uppdrag kan ge relevant information för bedömningen av vilket anbud som med hänsyn till kvalitén är det mest fördelaktiga. I det andra målet har kammarrätten godkänt möjlighet till användande av referenser för utvärdering av anbudsgivarens utförande av tjänster i tidigare sammanhang. Kommunen har i punkt 5.1 i förfrågningsunderlaget klargjort att avrop inom två prisbasbelopp kommer att ske enligt ramavtal. Vid uppdrag där kostnaden beräknas ligga över två prisbasbelopp förbehåller sig kommunen rätten att utföra en förnyad konkurrensutsättning, alternativt

genomföra en separat upphandling. Inom ramavtalet gäller tydliga regler. Enda avsikten var att tydliggöra att över två prisbasbelopp gäller inte ramavtal, utan nya villkor gäller. Vid uppdrag över fyra prisbasbelopp vill kommunen ha en möjlighet att genomföra en ny upphandling. Genom att sätta en tydlig gräns vid fyra prisbasbelopp har kommunen försökt leva upp till transparensprincipen. Det intervall som kommunen har använt vid viktningen av tilldelningskriterierna strider inte mot LOU, utan är endast fem procent ifrån de exempel som har nämnts i förarbeten till LOU. Kommunen anser att denna skillnad inte är orimlig.

Bolaget vidhåller sin inställning och anför i huvudsak följande. Kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga utgör inte kriterier för tilldelning. Denna praxis har nyligen bekräftats i EG-domstolens avgörande den 12 november 2009 i mål C-199/07. Kommunen anför att referensfrågorna fyra till sex är direkt att hänföra till kvalitet hos leverantören. Referensfrågor som avser leverantörens kvalitet har av Kammarrätten i Stockholm i mål nr 5512-08 ansetts vara att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer och inte till föremålet för kontraktet. Det som kommunen anför i denna del måste således ses som en bekräftelse på att referensfrågorna, i enlighet med praxis från EG-domstolen och kammarrätterna, inte är kriterier som är ägnade att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kommunen har en obegränsad valfrihet beträffande om rangordning eller förnyad konkurrensutsättning ska användas vid avrop för uppdrag som beräknas till ett värde mellan två till fyra prisbasbelopp. Det finns inga föreskrifter som styr valet av avropsmodell inom detta intervall. Förfrågningsunderlagets utformning ger inte leverantören någon möjlighet att förutse vilka omständigheter som kommunen kommer att tillmäta betydelse vid detta val. Utöver osäkerheten kring vilken avropsmodell kommunen avser att använda inom intervallet två till fyra prisbasbelopp finns en osäkerhet om vilka uppdrag upphandlingen överhuvudtaget omfattar. Kommunen har genom utformningen av

förfrågningsunderlaget skapat en möjlighet att ensidigt i efterhand avgöra om uppdrag som beräknas kosta över 4 prisbasbelopp omfattas av upphandlingen eller inte.

Länsrätten beslutade den 27 november 2009 att upphandlingen tills vidare inte fick avslutas.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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. 2 § LOU framgår 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.

Länsrätten gör följande bedömning.

Användandet av referenser vid anbudsutvärderingen

Av förfrågningsunderlaget framgår att den anbudsgivare som har det för kommunen mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till utvärderingskriterierna pris och kvalitet kommer att tilldelas uppdraget. Kvalitet utvärderas med hjälp av två referenter. I de frågor som ställts till referenterna efterfrågades om den levererade tjänstens kvalitet stämmer överens med uppgjorda överenskommelser, om leverantörens beställningsrutiner fungerar enligt tillfredsställelse samt om leverantören har någon rutin för återkoppling/rapportering.

Av EG-domstolens praxis framgår att referenser som är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan användas i utvärderingsfasen. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga kan inte anses utgöra utvärderingskriterier (jfr mål C-532/06 och mål C-199/07).

De aktuella referensfrågorna hänför sig enligt länsrättens mening huvudsakligen till anbudsgivarens kvalifikationer och inte till föremålet för upphandlingen. Referensfrågorna som använts i utvärderingsfasen syftar därmed inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga budet och kommunens förfarande får därför anses strida mot 1 kap. 9 § LOU.

Tilldelning av uppdrag

Enligt 5.1 i förfrågningsunderlaget kommer kommunen att inom varje geografiskt område teckna avtal med två leverantörer med en rangordning där nr 1 kommer att avropas i första hand på samtliga arbeten upp till två prisbasbelopp. Vid tillfällen där nr 1 inte kan åta sig ett uppdrag (t.ex. på grund av tidsbrist eller brist på resurser) har kommunen rätt att avropa nr 2 inom aktuellt område. Vid uppdrag där kostnaden beräknas ligga mellan två prisbasbelopp upp till fyra prisbasbelopp kan kommunen komma att utföra en förnyad konkurrensättning inom ramavtalet. Det innebär att kommunen utifrån angivna förutsättningar i varje specifikt projekt begär in anbud med ett totalpris för uppdraget. Den av leverantörerna som vid varje tillfälle lämnar det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet väljs för att utföra projektet. För arbeten som beräknas kosta över fyra prisbasbelopp förbehåller sig kommunen rätten att genomföra en separat upphandling.

Det sätt på vilket kommunen har utformat villkoren för tilldelning av uppdrag leder till stor oförutsägbarhet. Av förfrågningsunderlaget framgår endast att kommunen kan komma att utföra en förnyad konkurrensättning

vid uppdrag där kostnaden beräknas överstiga två prisbasbelopp och att den förbehåller sig rätten att genomföra en separat upphandling vid uppdrag som beräknas kosta mer än fyra prisbasbelopp. Det framgår däremot inte vilka omständigheter som är avgörande för valet av avropsmodell vid uppdrag där kostnaden beräknas överstiga två prisbasbelopp. Länsrätten finner mot bakgrund härav att utformningen av förfrågningsunderlaget i denna del strider mot transparensprincipen.

Viktningintervall

I förfrågningsunderlaget anges viktningintervallerna 55-70 procent för utvärderingskriteriet pris och 30-45 procent för kriteriet kvalitet.

Enligt 12 kap. 2 § LOU får kriterieviktningen anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. I lagens förarbeten (prop. 2006/07:128 s. 406) anges att om viktningen av kriterierna pris och kvalitet anges med intervall kan intervallet exempelvis vara en spridning mellan 60-70 procent respektive 30-40 procent.

Enligt länsrättens mening kan det aktuella intervallet om 15 procent inte anses olämpligt. Intervallet är inte så stort att utformningen av kriterieviktningen kan anses stå i strid med likabehandlingsprincipen och transparensprincipen.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis finner länsrätten att användandet av referenser vid anbudsutvärderingen huvudsakligen har varit att hänföra till anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget och att förfarandet därför står i strid med 1 kap 9 § LOU. Vidare finner länsrätten att villkoren för tilldelning vid uppdrag där kostnaden beräknas överstiga två prisbasbelopp strider mot kravet på transparens och därmed 1 kap. 9 § LOU. Länsrätten finner vidare

att ovan nämnda brister medfört att bolaget kan komma att lida skada. Då fråga är om brister i förfrågningsunderlaget ska upphandlingen göras om.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

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



Ingela Berggren



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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.