



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2015-12-17
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3162-15 E

SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119
Box 732
182 17 Danderyd

Ombud: Jur.kand. Stephanie Konac
Box 3462
103 69 Stockholm

Ombud: Advokat Maria Pedersen
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPART

Östersunds kommun
831 82 Östersund

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Sandå Sverige AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2015-12-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 100111

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611-46 06 00

E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se
www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se

Telefax
0611-51 18 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Östersunds kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal avseende fastighetsunderhåll rubricerad "Ramavtal Fastighetsunderhåll Måleriarbeten" (upphandlingen). Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande. Kommunens avsikt är att teckna avtal med tre leverantörer där avrop kommer att ske enligt rangordnad lista. Tilldelningsbeslut meddelades den 21 september 2015. Dessa entreprenörers anbud antogs och rangordnades enligt följande; 1. KM Pavo Måleri AB, 2. Aspås Måleri AB och 3. Målerikompaniet i Östersund AB.

Sandå Sverige AB (Sandå) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Kommunen yrkar att ansökan om överprövning ska lämnas utan avseende.

UTVECKLING AV TALAN

Sandå anför i huvudsak följande. Det annonserade förfrågningsunderlaget brister både i transparens- och tydlighetshänseende och strider därför mot 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har i förfrågningsunderlaget bland annat sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskriterier samt inte på ett tydligt sätt informerat om antagande av leverantörer och utvärderingsmetod. Kommunen har därutöver i de administrativa föreskrifterna förbehållit sig rätten att förhandla med anbudsgivare. Ett förfarande i strid med LOU eftersom en upphandlande myndighet i en upphandling med öppet förfarande inte får förhandla med anbudsgivare. Detta innebär således en otydlighet för anbudsgivare. Sandå har därför lidit eller riskerat att lida skada enligt 16 kap. 6 § LOU genom att bolaget inte har haft möjlighet att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud.

Vad avser avsnitt AFB.53 som utgör avsnitt under utvärdering framgår att anbudet kommer att bedömas genom referenstagning. Anbudsgivarens po-

äng måste då uppgå till ett visst antal poäng för att få utvärderas vidare. Då referenstagningen hör till utvärderingsmetoden är det oklart varför poängen måste uppgå till ett visst antal. Därutöver är frågorna bakåtsyftande vilket innebär att referenterna ska svara på frågor som inte alls berör huruvida referenten tror att anbudgivaren kommer att kunna utföra det upphandlade uppdraget för kommunen. Detta förfarande står i strid med 12 kap. 1 § LOU. Referenstagningen kan därför tolkas som att den hör till kvalificeringen av anbud. Att poängen vid referenstagningen sedermera ska summeras till ett samlat betyg måste dock tolkas som att det snarare är ett kvalificeringskrav. Detta innebär att kommunen har tagit in ett skallkrav i avsnitt AFB.53 trots att detta avsnitt endast ska redovisa utvärderingskriterierna. Dessa otydligheter i förfrågningsunderlaget strider därför mot transparensprincipen. Det måste anses som felaktigt och högst oproportionerligt att samtliga åberopade otydligheter ska ligga anbudgivaren till last. Kraven måste vara så tydliga att samtliga leverantörer vet vad som förväntas av dem. Förfrågningsunderlaget har varit så pass otydligt att Sandå inte haft en chans att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud och har således fråntagits möjligheten att vinna en del av kontraktet.

Kommunen anför i huvudsak följande. Vid anbudstidens utgång hade sammanlagt sex anbud kommit in varav en anbudsgivare inte uppfyllde kraven och förkastades. Sandå uppfyllde kraven men hade det högsta jämförelsepriset och antogs därmed inte. Aktuell upphandling har genomförts som ett öppet förfarande. I AFB.12 har en uppenbar felskrivning tillkommit, dvs. att ”anbud kan komma att antas utan föregående förhandling”. Upphandlingen har under hela förfarandet genomförts som ett öppet förfarande och någon förhandling med antagen anbudsgivare har aldrig förekommit. Under anbudstiden har ingen ställt frågor kring denna skrivning heller. Kommunen har svårt att se hur Sandå lidit skada med anledning av denna felskrivning. Kommunen har för avsikt att köpa alla typer av måleritjänster varför det i allra högsta grad är relevant att ställa krav på hög

kvalitet. Således ligger det inom föremålet för upphandlingen att ställa krav på att leverantören levererar i enlighet med överenskommen kvalitetsnivå, att leverantören håller överenskomna tidsramar och avslutningsvis att leverantören har en viss samarbetsförmåga. Det är av yttersta vikt att kommunen är noggrann med hur de offentliga medlen används och att det så långt det är möjligt säkerställs att högsta kvalitet i förhållande till kostnader erhålls. Kommunen har med all tydlighet klargjort att rätt föreligger att utesluta en anbudsgivare enligt i förväg angivna krav i AFB.51, AFB.52 och AFB.53. Vidare har kommunen med all tydlighet beskrivit i förfrågningsunderlaget hur utvärderingen kommer att genomföras. Sammanfattningsvis anser kommunen att förfrågningsunderlaget är klart och tydligt. Kommunen har inte brutit mot principerna i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

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).

En allmän förvaltningsdomstol får efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling (16 kap. 4 § LOU).

Rätten ska 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 denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU).

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

för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd (12 kap. 1 § LOU).

Med öppet förfarande avses ett förfarande där alla leverantörer får lämna anbud (2 kap. 22 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta åtgärder. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot reglerna i LOU. Huvudprincipen är att den part som gör gällande att upphandlingen är felaktig också är den som ska påvisa dessa omständigheter och grunder på ett klart och tydligt sätt (RÅ 2009 ref. 69).

Sandå gör gällande att kommunens förfrågningsunderlag brister på sådant sätt att kvalificerings- och utvärderingskraven har sammanblandats. Sandå ifrågasätter även kommunens utvärderingsmetod att poängsätta anbudsgivarna genom en referenstagning med på förhand bestämda frågor. Sandå gör även gällande att kommunen genom dessa brister har brutit mot transparensprincipen och proportionalitetsprincipen. Kommunen upplevs därutöver ha förbehållit sig rätten att förhandla med en anbudsgivare trots att upphandlingen genomförts som ett öppet förfarande. Dessa omständigheter ska ha medfört att Sandå lidit skada eller riskerat att lida skada.

Sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskrav

I kvalificeringsfasen ska anbudsgivarnas kapacitet godkännas. Kapaciteten ska sedan inte påverka den utvärdering av anbuden som syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet hos kvalificerade anbudsgivare. Något generellt hinder mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen kan inte utläsas vare sig i LOU eller av EU-domstolens praxis så länge dessa är ägnade att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr EU-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis, punkterna 30-31, Kammarrätten i Sundsvalls dom den 13 februari 2009 i mål 3474-08 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 13 februari 2013 i mål 3005-12).

I förfrågningsunderlaget i förevarande upphandling anges att utvärdering genom referenstagning kommer att genomföras avseende entreprenörens samarbetsförmåga, förmåga att hålla överenskomna tidsramar samt förmåga att leverera i enlighet med överenskommen kvalitetsnivå. Dessa kriterier för referenstagning kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan till föremålet för kontraktet, dvs. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder. Den referenstagning som skett i anbudsutvärderingen har således syftat till att klargöra hur anbudsgivaren tidigare har utfört sina tjänster och inte till att reda ut anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser. Kriterierna för referenstagningen har vidare syftat till att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras, och därigenom även till att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskrav har således inte skett. Skäl för ingripande mot upphandlingen föreligger med anledning av vad som anförts därmed inte i denna del.

Brister i förfrågningsunderlagets transparens

Sandå har vidare gjort gällande att kommunens utvärderingsmetod genom att poängsätta anbudsgivarna genom en referenstagning brister i transparens.

Om referenstagningen hör till utvärderingsmetoden anser Sandå att det är mycket oklart varför poängen måste uppgå till ett visst antal för att få utvärderas vidare. Otydligheterna i förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen. Det är felaktigt och högst oproportionerligt att otydligheterna från kommunens sida ska ligga anbudsgivare till last. Samtliga krav och villkor ska vara tydligt formulerade så att samtliga anbudsgivare ges samma förutsättningar.

Av det aktuella förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingsmetoden innebär att två referenspersoner kommer att tillfrågas och uppmanas att betygsätta leverantörernas kvalitet enligt en fyrgradig skala. Poängen summeras till ett samlat betyg som sedan ligger till grund för avdrag från materialkostnad och sammanvägd timkostnad. Av de kvalificerade anbudena kommer det anbud med lägst jämförelsepris att antas.

Högsta förvaltningsdomstolen har i ett avgörande uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte överträds. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga 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 att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av ovan redovisade rättsfall att utvärderingsmodellen är tillräckligt tydlig för att en anbudsgivare ska kunna avgöra vad kommunen tillmäter betydelse vid upphandlingen. Av praktiska skäl har den upphandlande myndigheten ett relativt stort utrymme att göra urval av vilka poster som ska utvärderas. Det har inte heller framkommit annat än att alla anbudsgivare har behandlats och bedömts på samma sätt och i över-

enskommelse med den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellerna. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det inte förekommit sådana brister i transparensen att det finns skäl för ett ingripande.

Antagande av anbud utan föregående förhandling

Enligt punkt AFB.12 i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande och att anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

Sandå har gjort gällande att kommunen har agerat i strid med LOU eftersom en upphandlande myndighet i ett öppet förfarande inte får förhandla med anbudsgivare. Sandå anser att detta inneburit en otydlighet för anbudsgivarna och genom denna formulering har Sandå inte haft en chans att utforma ett tillräckligt konkurrenskraftigt anbud. Kommunen har yttrat sig och menar att det är en uppenbar felskrivning. Den aktuella upphandlingen har, enligt kommunen, hela tiden genomförts som ett öppet förfarande och någon förhandling har aldrig förekommit med antagen anbudsgivare. Kommunen har därutöver svårt att se hur bolaget lidit skada med anledning av denna felskrivning.

Vid ett öppet förfarande får den upphandlande myndigheten inte förhandla med leverantörerna. Förvaltningsrätten anser att formuleringen kan anses vara bristfällig men för att kunna bifalla en ansökan om överprövning måste leverantören också ha lidit skada eller kunnat komma att lida skada. Skaderekvisitet är förhållandevis lågt ställt men bör också ha sin utgångspunkt i huruvida den sökande leverantören hade utformat sitt anbud annorlunda utan denna formulering. Det finns också ett krav på att det ska föreligga ett orsakssamband mellan kommunens formulering och den skada som leverantören lidit eller kan komma att lida. Förvaltningsrätten anser att det inte är visat att formuleringen i nu aktuella fall orsakat Sandå någon skada eller medfört att Sandås möjligheter att tilldelas kontrakt försämrats. Det framstår

inte heller som sannolikt att anbudet skulle ha formulerats annorlunda om den aktuella formulering inte funnits. Vad Sandå har anfört i denna del medför således inte heller det att det föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten således att ansökan om överprövning ska avslås.

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



Ingela Berggren
rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Tina Myhrén.