



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**  
Enhet 2  
Ulf Nordberg

**DOM**  
2013-02-28  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
6571-12  
Domare 2:4

### SÖKANDE

Bravida Sverige AB, 556197-4188  
Mikrofonvägen 28  
126 81 Stockholm

Ombud: Advokaten Liselott Fröstad och jur.kand. Jenny Kenneberg  
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
Box 3124  
103 62 Stockholm

### MOTPARTER

1. AB Tranås bostäder, 556053-6491  
Box 11  
573 21 Tranås

2. Tranås kommun  
Stadshuset  
573 82 Tranås

Ombud för 1 och 2: Advokaten Johan Lindwall  
Ramberg Advokater AB  
Box 7531  
103 93 Stockholm

### SAKEN

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

### FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

### BAKGRUND

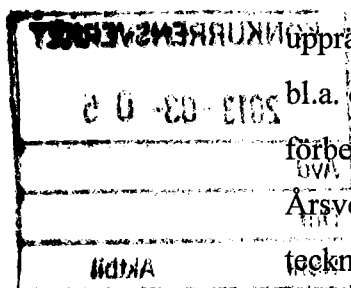
De som motparter benämnda upphandlande myndigheterna (kommunen) genomför en upphandling, förenklat förfarande, gällande ramavtal 2013 – 2014 för reparationer och underhållsarbeten samt mindre entreprenader inom olika fackområden. Förvarande upphandling berör fackområde 2.

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2013-03-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 92872

<b>Postadress</b> Box 2201 550 02 Jönköping	<b>Besöksadress</b> Hamngatan 15	<b>Telefon</b> 036-15 66 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	<b>Telefax</b> 036-15 66 55	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	--------------------------------	---

Rörarbeten. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen har för avsikt att ingå ett ramavtal som ger rätt till avrop för löpande arbeten av mindre omfattning, men som inte är föremål för objektsupphandling. I huvudsak avses reparationer, underhåll, och entreprenadarbeten i situationer där enskild upphandling inte är möjlig eller lämplig. I vissa fall kommer en förnyad upphandling att göras inom ramen för ramavtalet. Detta innebär att de antagna leverantörerna inom varje fackområde får lämna anbud avseende specifika uppdrag eller objekt till ett fast pris. Kommunen kan inte garantera volymer eller uppdrag under avtalsperioden. För varje uppdrag



upprättas särskild beställning och tillsänds leverantören. I beställning ska bl.a. det aktuella uppdragets omfattning och tider specificeras. Kommunen förbehåller sig alltid rätten till separat upphandling för projekt (AFA.21). Arsvolymen beräknas till 1 300 000 kr (AFC.1). Eftersom avtal avses tecknas med fler än en leverantör kommer dessa att rangordnas. Avrop sker enligt rangordning genom att nummer ett tillfrågas först. Kan denne inte åta sig uppdraget inom den tid och enligt de förutsättningar som gäller går frågan vidare till leverantör nummer två o.s.v. (AFB, inledande avsnitt). Ersättning sker på löpande räkning enligt självkostnadsprincipen mot avtalade timpriser och procentsatser enligt AB 04, 6 kap. 9 § eller mot fast pris där särskild överenskommelse gjorts vid avrop (AFB.14). För prövningen av om leverantören har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för uppdragets genomförande ska denne bl.a. redovisa tre stycken utförda eller pågående relevanta och likvärdiga referensuppdrag som är genomförda under de tre senaste åren. Anbudet ska innehålla hänvisning till beställare och referenspersoner med tillhörande kontaktuppgifter. Som komplement till de lämnade referenserna kommer egenreferenser inom kommunen att användas för företag som är kända av kommunen (AFB 52, underavsnitt 2, moment b). Vid anbudsutvärderingen kommer att prövas vilka anbud som är de ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris (85 procent) och referenser (15 procent). Avseende referenser anges att referenser kommer att kontaktas. Som komplement till lämnade referenser

kommer egenreferenser att användas där kommunen anser att det är möjligt att lämna egna referensomdömen. Anbudsgivaren kommer att ges omdömen och poängsättas från 1 – 5, där 5 är högsta värde utifrån delarna System & rutiner, Utförande, Organisation, Ordning & reda på arbetsplatsen och Service till kund. Varje del kan ge maximalt 5 poäng. Kommunen kan komma att förkasta anbud om anbudsgivaren tilldelats lägsta poäng på någon enskild punkt.

Enligt tilldelningsbeslutet har Tranås Rörservice AB (Rörservice) rangordnats som nummer ett med 97,0 poäng, Bravida Sverige AB (bolaget) som nummer två med 96,9 poäng, och Åkessons Rör i Tranås AB (Åkesson) som nummer tre med 96,7 poäng. Sedan tilldelningsbeslutet meddelats har bolaget ansökt om överprövning.

#### **YRKANDEN**

**Bolaget** yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, såvitt avser fackområde 2. Rörarbeten, inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsutvärdering. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, såvitt avser fackområde 2. Rörarbeten, ska göras om.

**Kommunen** anser att ansökan ska avslås.

#### **VAD PARTERNA ANFÖR**

Bolaget: Kommunen har föreskrivit en modell för referensutvärdering som ger möjlighet att på ett godtyckligt sätt, utan transparens och förutsebarhet, påverka utvärderingen av anbuderna i sådan mån att det i praktiken förbehållits fri prövningsrätt. Det framgår inte tydligt i förfrågningsunderlaget när och hur egenreferenser kommer att användas. Vad som avses med att egen-

referenser ska användas som ett komplement kan inte utläsas. Dessutom avser de omdömen referenterna ska lämna till största delen leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet och inte föremålet för kontraktet. I bolagets fall har två av tre redovisade referenser ersatts med egenreferenser. Trots att Rörservice utfört likvärdiga uppdrag åt kommunen har ingen av Rörservice redovisade referenser ersatts. Vidare anges det inte när avrop kommer att ske enligt rangordning respektive efter förnyad konkurrensutsättning. Det anges inte heller vad som avgör valet av avropsmodell. En sådan kombination av avropsmodeller strider mot LOU:s bestämmelser.

Kommunen: Referenstagningen har varit förutsebar och tydlig för anbudsgivarna. Såväl bolaget som övriga leverantörer har bedömts utifrån tre referenser. Omdömen och referenser har endast kunnat lämnas av referent med egen erfarenhet av leverantören. Bolaget är den enda leverantör som kommunen haft ett uppdragsförhållande med. Därför har egenreferens endast kunnat användas i förhållande till bolaget. Det har inte gjorts någon sammanblandning mellan kvalificeringen av anbudsgivare och utvärderingen av deras anbud. Vad gäller avrop har kraven enligt LOU avseende likabehandlingen och öppenhet uppfyllts då det tydligt har angivits att förnyad konkurrensutsättning kan komma ske då samtliga villkor inte har överenskommit i ramavtalet; i detta fall objekt för vilka fast pris kommer att användas.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### *Gällande regler*

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 Högsta förvaltningsdomstolens dom den 15 februari 2013 i mål nr 351-12 anges bl.a. följande. Av 16 kap. LOU framgår att domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och att processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats. Domstolen är inte beroende av yrkande från parterna när den ska avgöra vilken av dessa åtgärder som den ska besluta om (RÅ 2005 ref. 47) och den som fått bifall till sin ansökan har inte rätt att föra talan mot domstolens val av åtgärd (HFD 2012 ref. 2).

Av EU-domstolens praxis (jfr domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar) framgår bl.a. följande. Anbud ska prövas enligt föreskrivna tilldelningskriterier efter att leverantören kontrollerat lämpligheten hos de leverantörer som inte ska uteslutas. Det är teoretiskt sett inte uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt. Det är dock fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska nämligen vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende leverantörers ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet (kallade ”kriterier för kvalitativt urval”). Tilldelningen av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad gäller sistnämnda fall anges inte någon uttömmande uppräknning av de kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan och den upphandlande myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Inte desto mindre är det emellertid så att detta val endast kan avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fast-

ställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning. Reglerna om det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär att potentiella anbudsgivare, när de utformar sina anbud, ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller 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 (se RÅ 2009 ref. 69).

Principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och proportionalitet gäller vid all upphandling, således även vid upphandling av ramavtal. Kravet på likabehandling innebär bl.a. att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och kravet på transparens får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske. Det är t.ex. av betydelse att veta i vilken mån förnyad konkurrensutsättning blir aktuell eftersom detta är förenat med ytterligare arbete och därmed kostnader. Om det inte är tydligt vad ramavtalet innebär beträffande tilldelningen kan leverantörer komma att avstå från att lämna anbud i upphandlingen av ramavtalet (RÅ 2010 ref. 97).

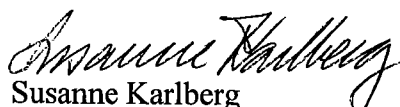
Kommunens förfrågningsunderlag ger i betydande omfattning avropande myndigheter en valfrihet i fråga om vilken modell som ska användas vid

tilldelning av kontrakt (avrop). Därmed uppfyller förfrågningsunderlaget inte kraven på likabehandling och öppenhet. Upphandlingen har därför inte skett på ett så öppet och förutsägbart sätt som förutsätts i LOU.

Förfrågningsunderlaget ger inte potentiella leverantörer ett tydligt besked om när och i så fall hur s.k. egenreferenser kommer att användas. Referensfrågorna avser i och för sig kvalitativa aspekter på hur leverantören utfört likvärdiga uppdrag i närtid. Däremot tar frågorna sikte på leverantörens prestationer i allmänhet; konkret anknytning till föremålet för den nu aktuella upphandlingen saknas. Likabehandlingsprincipen enligt 1 kap. 9 § har således åsidosatts genom föreskrifterna om referenser i samband med anbudsutvärderingen.

Kommunen har brutit mot LOU dels genom att inte tydliggöra vad ramavtalet innebär beträffande tilldelningen, dels genom att ställa upp ett kriterium avseende referenser i samband med anbudsutvärderingen som inte uppfyller de krav som följer av likabehandlingsprincipen. Dessa brister har kunnat påverka bolaget möjligheter att tilldelas kontrakt negativt. Bolaget här därmed lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Då felet är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande fas kan någon mindre ingripande åtgärd än beslut om att upphandlingen, såvitt avser fackområde 2. Rörarbeten, ska göras om inte väljas. Vid denna bedömning saknas anledning att pröva övriga av bolaget påtalade brister i upphandlingen.

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

  
Susanne Karlberg

