



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD

DOM
 2010-04-15
 Meddelad i
 Karlstad

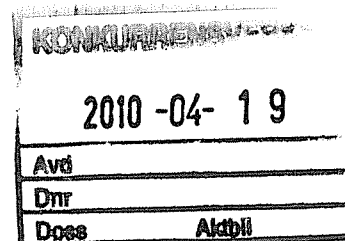
Mål nr
 2893-10 E
 Domarenhet 4

SÖKANDE

E.ON ES Sverige AB, 556075-7287
 Box 50529
 202 50 Malmö

Ombud:

Bolagsjuristen Sarah Svensson
 E.ON ES Sverige AB, Affärsjuridik
 205 09 Malmö

**MOTPART**

1. Moderbolaget i Lindesberg AB, 556639-6684
 Box 76
 711 22 Lindesberg

2. Stadsnät i Kumla AB, 556665-2698
 692 80 Kumla

3. Stadsnät i Örebro AB, 556611-7619
 Box 33520
 701 35 Örebro

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Moderbolaget i Lindesberg AB:s, Stadsnät i Kumla AB:s och Stadsnät i Örebro AB:s upphandling, med diarienummer 2009:2, avseende ramavtalsupphandling för optokabelarbeten i Örebro kommun, Kumla kommun och Lindesbergs kommun ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut av den 12 februari 2010 upphör i och med denna dom att gälla.

Dok.Id 3315

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 568 651 12 Karlstad	Rådhuset, Stora torget	054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se	054-14 85 30	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Moderbolaget i Lindesberg AB, Stadsnät i Kumla AB och Stadsnät i Örebro AB (härefter de upphandlande myndigheterna) har inlett ramavtalsupphandling avseende fiberentreprenör för optokabelarbeten i Örebro kommun, Kumla kommun och Lindesbergs kommun för bredbandsutbyggnad. Upphandlingen, med diarienummer 2009:2, har genomförts genom förenklat förfarande enligt LOU. De upphandlande myndigheterna har i tilldelningsbesked den 5 februari 2010 antagit följande anbud enligt följande ordning. SM Tele AB (anbud 4), PEAB Sverige AB (anbud 3), Eitel Networks Infranet AB (anbud 1) och JG Optotech AB (anbud 2).

Sedan E.ON ES Sverige AB (härefter E.ON) ansökt om överprövning av upphandlingen har länsrätten den 12 februari 2010 beslutat att de upphandlande myndigheterna inte får avsluta inledda ramavtalsupphandlingen avseende fiberentreprenör för optokabelarbeten i Örebro kommun, Kumla kommun och Lindesbergs kommun för bredbandsutbyggnad innan rätten dömer i målet eller förordnar på annat sätt.

YRKANDEN M.M.

E.ON ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om i enlighet med 16 kap. 2 § första stycket LOU. Till stöd för sin talan anför E.ON bl.a. följande. De upphandlande myndigheterna har genom att sammanblanda kriterier hänförliga till kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen tagit ovidkommande hänsyn och överträtt de principer som uppställs i 1 kap. 9 § LOU. Genom att inte redovisa underkriterier till utvärderingskriterierna eller hur dessa ska bedömas bryter de upphandlande myndigheterna mot principerna om likabehandling samt öppenhet (förutsebarhet och transparens). Upphandlingsförfarandet är således inte förenligt med de principer som uppställs i 1 kap. 9 § LOU. Överträdelsen medför att E.ON lider eller kan komma att lida skada, då

bristerna i förfrågningsunderlaget har medfört att E.ON:s anbud inte har antagits.

De upphandlande myndigheterna motsätter sig bifall till E.ON:s yrkande att upphandlingen ska göras om och begäran om överprövning. Till stöd för sin inställning anför de upphandlande myndigheterna i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget har uppfyllt lagens krav på tydlighet och förutsägbarhet. De upphandlande myndigheterna bestrider att de har sammanblandat kriterier hänförliga till kvalificerings- och utvärderingsfasen och därvid överträtt de principer som uppställs i 1 kap. 9 § LOU. – Referenser och erfarenhet är ett viktigt kriterium vid en bedömning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Genom vetskap om hur anbudsgivarna uppfattas av sina uppdragsgivare när det gäller arbetsledning, utförande, hur gjorda tidsplaner hålls etc, kan de upphandlande myndigheterna bedöma hur mycket egen projektledning, kontrollinsatser och tidsuppföljning som behöver göras i de upphandlande myndigheternas egen regi. De upphandlande myndigheterna använder sig huvudsakligen av konsulter för att utföra dessa uppgifter, varför det får en direkt ekonomisk konsekvens om dessa delar inte fullgörs på ett fullgott sätt av anbudsgivaren. Det är således avgörande för det ekonomiskt mest fördelaktiga utfallet för de upphandlande myndigheterna att genom referenstagning få veta inte bara om anbudsgivaren har tillräcklig förmåga och kapacitet att klara uppdraget utan framför allt hur väl anbudsgivaren kan utföra uppdraget. Härmed avses arbetets innehåll och inte anbudsgivarens egen kvalificering för uppdraget. – Samtliga anbudsgivare har varit informerade om att de upphandlande myndigheterna skulle använda erfarenhet och referenser som ett utvärderingskriterium och hur det skulle viktas i utvärderingen. En upphandlande myndighet är inte skyldig att ange underkriterier till utvärderingskriterierna i sitt förfrågningsunderlag. De upphandlande myndigheternas förfrågningsunderlag har uppfyllt lagens krav på tydlighet och förutsägbarhet. För den händelse förvaltningsrätten skulle anse att brister har förelegat i detta avseende, har dessa i vart

fall inte varit av sådan art eller omfattning att upphandlingsrättsliga principer blivit åsidosatta. E.ON har inte heller förmått visa att de har lidit någon ekonomisk skada som är hänförlig till utformningen av förfrågningsunderlaget.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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 § LOU anges att 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 föremålet 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. 2 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen 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.

Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. Under rubriken ”AFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud” i de administrativa föreskrifterna stadgas bl.a. att prövning av anbud kommer att ske enligt principen ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till samtliga omständigheter varvid följande kriterier kommer att tillmätas betydelse i rangordning och angelägenhetsgrad:

1. Pris 80 %
2. Erfarenhet, referenser 10 %

3. Kvalitet 5 %

4. Miljö 5 %

Anbudsgivare ska ange minst tre relevanta referenser, utöver Stadsnät, med kontaktpersoner och telefonnummer. Anbudsgivarens angivna referenser samt av beställaren inhämtade referenser kommer bland annat att ligga till grund vid bedömningen av punkt 2.

Förvaltningsrättens bedömning inledningsvis

Prövningsfasen i en upphandlingsprocess omfattar olika moment. Det sker en distinktion mellan kvalificeringsfasen, varvid anbudsgivarnas lämplighet kontrolleras utifrån kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet, och utvärderingsfasen, där tilldelning sker i enlighet med kriteriet lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier kan, om det har medfört att en anbudsgivare lidit eller kan komma att lida skada, möjliggöra ett ingripande enligt LOU.

Av EG-domstolens avgörande i mål C-315/01 GAT Österreichische Autobahn framgår att det saknas ett generellt förbud mot att använda referenser som utvärderingskriterium så länge dessa syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det fordras dock att referenserna de facto bidrar med information som medför att det går att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enbart en förteckning över referenser ger inte sådan information och kan därför inte utgöra ett utvärderingskriterium.

Förhållandet att de upphandlande myndigheterna har kontaktat de referenser som anbudsgivarna angett är inte ifrågasatt i målet. De upphandlande myndigheterna har dock inte i förväg redovisat vilka frågor som skulle ställas till referenspersonerna, eller vilken information som kontakten skulle syfta till att fastställa. Först senare, i sitt yttrande till förvaltningsrätten, har de upphandlande myndigheterna meddelat att kontakten har

syftat till att inhämta information beträffande arbetsledning, utförande och i vilken utsträckning tidsplaner har upprätthållits.

Förvaltningsrätten har således först att ta ställning till frågan om den av referenserna efterfrågade informationen är att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer eller till föremålet för kontraktet. För det fall syftet med referensupptagningen anses ha varit att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och därmed kan likställas vid ett utvärderingskriterium har förvaltningsrätten därefter att ta ställning till om de upphandlande myndigheterna, med hänvisning till principerna i 1 kap 9 § LOU, varit skyldiga att på förhand redovisa underkriterierna med anknytning till kriterierna för tilldelning, dvs. vilka frågor som skulle ställas till referenserna.

Fråga om kvalificeringskrav eller utvärderingskriterium

Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet ifråga, inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning, dvs. utvärderingskriterier. Det framgår vidare att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet, kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet inte kan anses utgöra utvärderingskriterier.

I 12 kap 1 § LOU nämns ett antal kriterier som är kopplade till kontraktsföremålet och som kan utgöra grunder för tilldelning av kontrakt. Listan ska inte uppfattas som uttömmande. Ett av de grundläggande syftena med bestämmelserna om offentlig upphandling är att skattebetalarna ska få bästa möjliga kvalitet till lägsta möjliga pris. Förhållandet mellan pris och kvalitet är således avgörande när det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Förvaltningsrätten anser att den i målet gjorda referensupptagningen beträffande arbetsledning, utförande och i vilken utsträckning tidsplaner har upprätthållits kan förväntas leda till ökad kvalitet vad gäller fö-

remålet för kontraktet, varför nämnda kriterier har mindre att göra med anbudsgivarens kapacitet att genomföra kontraktet än hur väl projektet kan genomföras. Referensupptagningen syftar därför till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och kan därmed i huvudsak hänföras till föremålet för kontraktet. En sammanblandning av kvalificeringskrav och utvärderingskriterier har således inte ägt rum i målet.

Fråga om öppenhet, förutsebarhet och likabehandling (1 kap. 9 § LOU)

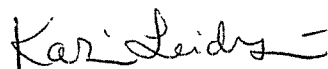
Av EG-domstolens praxis (se bl.a. C-532/06 Lianakis) framgår att upphandlande myndigheter har en skyldighet att redovisa tilldelningskriterier i förväg. Att fastställa underkriterier med avseende på kriterier för tilldelning i efterhand är inte förenligt med principen om likabehandling eller skyldigheten att möjliggöra insyn och offentliggöra vissa uppgifter. Vid förhållandet att E.ON i förväg hade haft kännedom om underkriterierna vad gäller referensupptagningen, kan det inte uteslutas att E.ON skulle ha använt andra referenser och därmed erhållit en högre poäng vid utvärderingen av anbudet. Det sagda kan visserligen sägas vara sant för samtliga anbudsgivare men det förtar inte förhållandet att tillvägagångssättet skapar en bristande insyn och möjliggör en högre grad av godtycklighet i samband med upphandlingsförfarandet. Mot bakgrund av det nämnda finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget i nu aktuell del inte kan anses uppfylla kraven på öppenhet, förutsebarhet och likabehandling, eftersom det varken innehåller uppgift om vilka underkriterier som skulle tillmätas betydelse vid bedömningen av referenserna, dess närmare innebörd, eller hur värderingen av dessa skulle gå till.

Fråga om leverantören lidit eller kan komma att lida skada

Förvaltningsrätten har slutligen att ta ställning till huruvida E.ON har lidit skada på grund av att de upphandlande myndigheterna brutit mot 1 kap. 9 § LOU.

De upphandlande myndigheterna har antagit fyra anbud. Det anbud som kom på fjärde plats erhöll totalt 3,00 poäng. E.ON, som kom på femte plats, erhöll totalt 2,90 poäng. Anbudsgivarna kunde maximalt erhålla fem poäng för värderingsgrunden "Erfarenhet, referenser". E.ON erhöll två och anbudet som kom på fjärde plats erhöll fem poäng. För det fall E.ON skulle ha tilldelats ytterligare en poäng för nämnda värderingsgrund skulle detta med hänsyn till viktningskoefficienten medföra en totalpoäng om 3,00, dvs. samma poäng som anbudet på fjärdeplats. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att E.ON genom det sätt som upphandlingsprocessen har genomförts har lidit skada. Bristerna ska rättas genom att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1 B).


Karin Leidzén

Beredare i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Dennis Jutterström.

UPPLYSNING

Den 15 februari 2010 lades landets 23 länsrätter samman till tolv förvaltningsrätter. Verksamheterna vid Länsrätterna i Värmlands och Örebro län har överförts till Förvaltningsrätten i Karlstad. Detta mål som har kommit in till Länsrätten i Örebro län (mål nr 366-09) har därför avgjorts av Förvaltningsrätten i Karlstad.