

KLAGANDE

BVT Bygg AB, 556338-1622

Ombud: Advokat Anna Ulfsson och
jur.kand. Kristian Pedersen
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Täby kommun

Ombud: Leif Stenman
Box 10709
121 28 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Stockholms läns dom den 3 juli 2008 i mål nr 11438-08, se bilaga

SAKEN

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

BVT Bygg AB (bolaget) yrkar att kammarrätten, med upphävande av länsrättens dom, i första hand förordnar att upphandlingen skall göras om och i andra hand förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så vis att anbudet från Tid Plats Färdigt AB (TPF) och Öhmans Bygg AB (Öhmans) förkastas och en ny anbudsutvärdering genomförs varvid bolaget tilldelas ramavtal i upphandlingen.

Bolaget anför att kommunen sammanfattningsvis har brutit mot principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens och därmed mot 1 kap. 9 § LOU, genom att:

- i upphandlingen använda sig av en utvärderingsmodell som varit otydlig och inneburet att anbudet jämförts med varandra på ett

sådant sätt att den inbördes ordningen mellan anbuden påverkats av ovidkommande hänsyn,

- sammanblanda omständigheter hänförliga till leverantörs-kvalificeringen med anbudsutvärderingen i strid med 11 kap. 1 § LOU och EG-domstolens domar i mål C-31/87 Beentjes och mål C-315/01 GAT,
- på det sätt som skett, i strid med såväl förfrågningsunderlaget och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, inhämta referenser, och
- felaktigt utvärdera och anta anbuden från TPF och Öhmans trots att dessa anbud inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget i upphandlingen.

Täby Kommun (kommunen) bestrider ändring.

Som utveckling av sin talan anför **bolaget** i huvudsak samma grunder som anfördes i länsrätten. Därutöver anför bolaget bland annat följande. Det är uppenbart att länsrätten inte har förstått den distinktion mellan kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen som framgår av LOU och EG-domstolens rättspraxis. Mot bakgrund av att EG-domstolen i mål C-315/01 GAT uttalat att upphandlande myndigheter inte får använda referenser beträffande varor som anbudsgivarna har erbjudit andra kunder, som ett kriterium för tilldelning av kontrakt utan endast som ett kriterium för att kontrollera deras lämplighet att genomföra det aktuella kontraktet, dvs ett kvalificeringskrav, är det uppenbart att länsrättens uttalande om att referenser, på det sätt som kommunen gjort, kan tillmätas betydelse vid anbudsutvärderingen är felaktig.

Mot bakgrund av att TPF i två fall inte lämnat efternamn på referenspersonerna anser bolaget att det är anmärkningsvärt att länsrätten funnit att dessa personer ändå varit lätt identifierbara. Bolaget frågar sig vidare hur kommunen kunnat genomföra referenstagningen på det sätt som angivits i förfrågningsunderlaget då referenspersonerna inte varit

fullständigt angivna. Misstanken väcks också om att skälet till att kommunen endast kontaktat två referenser istället för tre, som angivits i förfrågningsunderlaget, är att kommunen helt enkelt inte lyckats identifiera en av TPF:s referenser.

Det är uppenbart att TPF inte har bifogat någon ”kopia på rutinbeskrivning för egenkontroll med tillhörande dokument eller liknande kvalitetssystem”.

Beträffande blankett SKV 4820 är en sådan som är äldre än 30 dagar i princip värdelös som underlag för bedömning av om en anbudsgivare har fullgjort sina åligganden med avseende på skatter och sociala avgifter. Det är därför uppenbart att det aktuella skall-kravet måste uppfattas som ett krav på att blanketten inte fick vara äldre än 30 dagar vid anbudstidens utgång. Den anbudsgivare som tillåts att ge in en blankett som helt eller delvis avser en annan tid än den som den upphandlande myndigheten efterfrågat har möjlighet att ge in en blankett för en period då inga skulder med avseende på skatt och sociala avgifter funnits.

Kommunen har till stöd för bestridande anfört i huvudsak följande. Kommunen instämmer i länsrättens bedömning. I ett första steg i ramavtalsupphandlingen kvalificerar sig anbudslämnaren genom att förteckna referensuppdrag av liknande art som bevis på att man har metod och insikt i att arbeta på efterfrågat sätt. Som steg två kontrolleras hur anbudslämnaren genomfört dessa eller andra referensuppdrag vad gäller samarbetsförmåga, kompetens, erfarenhet m.m. Detta underlag bildar sedan den del av utvärderingen som parat med begärda arvoden bildar anbudslämnarnas rangordning. Som framgår av förfrågningsunderlaget så anges klart och tydligt hur referenstagningen kommer att ske. Frågor till referenterna har ställts av en från upphandlingen oberoende person i påståendeform per telefon och noterats efter omvandling från svar på påståendet till en siffra för värdering. Någon subjektiv påverkan på utfallet av referenstagningen är inte möjlig med

den metod som använts. Antalet referenser är det som anges i förfrågningsunderlaget, d v s tre stycken. Bolagets påstående om att endast två referenser kontaktats tillbakavisas. Vid sammanställning av erhållna kontakter med angivna referenser har det för ett antal anbudslämnare icke varit möjligt att efter otaliga försök nå tredje referenten, i vissa fall även den andra angivna referenten. För att få en gemensam och likabehandlad bedömning för de anbud som bedömdes ligga i kvartil för tilldelning så har samtliga dessa anbud värderats på basis av två nådda avlämnade referenser. Kommunen har inte använt referenser som leverantörs-kvalificering och utvärdering på det sätt bolaget framhåller. Utvärderingen innehåller frågeställningar som är kopplade till kontraktets genomförande. Några subjektiva tolkningar eller hänsynstagande till ovidkommande frågeställningar eller påverkansfaktorer har inte kunnat ske och genomförandet har i alla stycken varit transparent för alla inblandade parter. När det gäller prisvärdering har vid jämförelse mellan godkända anbudslämnarens priser en fiktiv beräkningsgrund genomförts baserad på ett antal timmar och procentpåslag för material och underentreprenörer. Summan av detta fiktiva värde har sedan legat som grund för poängsättning. Anbudet med det lägsta fiktiva värdet har tilldelats 80 poäng och övriga anbud den procentuella avvikelser från det lägsta anbudet gav dess anbudspoäng. Några orimliga priser eller påslag har ej påträffats varför den befarade farhågan som bolaget påpekar ej har inträffat. Hade det däremot varit fråga om en entreprenad med annan prissättning (totalsumma) kan den olägenhet som bolaget åsyftar då entreprenadanbud har karaktären att mer avvika i prisbedömning än vad avlämnade timarvoden gör.

Bolaget har i genmäle i huvudsak anfört följande. Att vissa anbudsgivare bedömts på basis av två eller ibland endast en referens är ett uppenbart avsteg från vad som förespeglats i förfrågningsunderlaget och är enligt bolagets mening ett typexempel på brott mot transparens, likabehandling och förutsebarhet. En muntlig referenstagnation kan vidare inte vara lika

objektiv och tillförlitlig som en skriftlig referenstagning, oavsett om den utförs av en från upphandlingen oberoende person.

Kommunen har i yttrande anfört bl.a. följande. När det gäller krav på referensobjekt så står det anbudslämnaren fritt att lämna olika referenser för kvalificering och värdering. Många anbudslämnare har dock nyttjat möjligheten att använda samma referensobjekt som krävs för kvalificering som för de referensuppdrag som ska referensvärderas. Bolaget har dock inte angett att andra referenser skulle ha använts för objektsredovisning och referensvärdering och har inte heller använt sig av den möjligheten vid avlämnandet av anbudet. Kommunen använder sig av professionella och för upphandling väl meriterade konsulter som inget har att vinna på att manipulera ett resultat i den ena eller andra riktningen.

Bolaget har avslutningsvis anfört bl.a. följande. Bolaget vill i tillägg till den rättspraxis som åberopats tidigare även åberopa EG-domstolens dom i mål C-532/06 Lianakis. Kommunen har i förfrågningsunderlaget bland annat föreskrivit att erfarenhet och kompetens ska bedömas vid anbudsutvärderingen. Av ovan nämnda dom framgår att omständigheter som avser anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet, inte får användas som utvärderingskriterier utan rätteligen skulle ha använts som krav på anbudsgivarna i kvalificeringsfasen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser framgår av länsrättens dom.

Beträffande bolagets synpunkter på att den av kommunen använda utvärderingsmodellen skulle vara otydlig och ge upphov till att anbudet påverkats av ovidkommande hänsyn samt att TPF och Öhmans inte uppfyller skall-kraven gör kammarrätten samma bedömning som länsrätten.

Beträffande bolagets synpunkter på kommunens metod att inhämta referenser muntligt finner kammarrätten i likhet med länsrätten att det inte generellt kan anses strida mot LOU att ta upp referenser per telefon. Av kommunens redogörelse för hur referensupptagningen gått till framgår att kommunen till referenten framfört vissa i förväg bestämda påståenden. Referenten har fått uttrycka i vilken mån denne instämmer med påstående genom fem i förväg bestämda nivåer. Dessa har sedan omvandlats till siffrorna 1-5. Enligt kammarrättens mening är utrymmet för ovidkommande hänsyn vid sådana förhållanden begränsat och i vart fall inte sådant att det medför att kommunen ska anses ha brutit mot de krav som uppställs i 1 kap. 9 § LOU.

Beträffande bolagets påstående om att kommunen skulle ha sammanblandat kriterier hänförliga till leverantörskvalificering med kriterier hänförliga till utvärdering av anbuden gör kammarrätten följande bedömning. Som länsrätten konstaterat finns inget hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår emellertid att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Av utredningen i målet framgår att referensupptagningen avsett frågor rörande anbudsgivarens kvalitet som leverantör i fråga om produktivitet, förmåga att hålla tider, bemötande, kvaliteten på anbudsgivarens yrkesmän, snabbhet i leveranser och redovisning samt referentens förtroende för anbudsgivaren och om denne kunde rekommendera anbudsgivaren. Dessa kriterier måste enligt kammarrättens mening huvudsakligen vara att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer och inte till föremålet för kontraktet varför anbudsutvärderingen måste anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn. Kammarrätten finner att kommunens förfarande i detta avseende strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Därtill kommer att det av utredningen i målet framgår att kommunen lagt svaren från två och i vissa fall en referent till grund för utvärderingen trots att anbudsgivarna uppmanats att uppge tre referenter. Enligt egen uppgift har kommunen kontaktat samtliga referenter som kunnat nås. Hur referenterna valts ut har inte besvarats av kommunen. Kammarrätten noterar att det i och för sig inte uppgetts i förfrågningsunderlaget att alla tre referenterna kommer att kontaktas. Förfarandet att till synes godtyckligt välja ut vissa referenter får ändå anses oförenligt med de krav på upphandlingsförfarandet som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.


Kammarrätten finner vidare att det är sannolikt att bolaget genom det sätt på vilket upphandlingsprocessen genomförts lidit skada. Bristerna kan inte rättas till på annat sätt än att upphandlingen görs om.

Bolagets överklagande skall bifallas i enlighet med det ovan angivna.

DOMSLUT

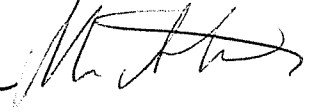

Kammarrätten beslutar med ändring av länsrättens dom att upphandlingen skall göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1) se bilaga.



Stig Jansson

lagman



Gerhard Gammer

kammarrättsråd

Mona Aldestam

kammarrättsråd

referent

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-07-03
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11438-08
Rotel 222

SÖKANDE

BVT Bygg AB, 556338-1622

Ombud:

Advokat Anna Ulfsdotter Forsell och jur.kand. Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Täby kommun

Ombud:

Leif Stenman
Fasticon AB
Box 10709
121 28 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om åtgärder enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut av den 3 juni 2008 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Täby kommun genomför en upphandling av ramavtal avseende bygg-servicearbeten. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt 4 kap. LOU.

I tilldelningsbeslut avsänt den 23 maj 2008 beslutade Täby kommun att anta andra anbud än anbud från BVT Bygg AB (BVT).

YRKANDEN

BVT ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar, såsom det slutligen fastställts, att länsrätten i första hand ska förordna att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så vis att anbuden från Tid Plats Färdigt AB (TPF) och Öhmans Bygg AB (Öhmans) förkastas och en ny anbudsutvärdering genomförs varvid bolaget tilldelas ramavtal i upphandlingen.

Kommunen har brutit mot principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens genom att i upphandlingen använda sig av en utvärderingsmodell som varit otydlig och inneburit att anbuden jämförts med varandra på ett sådant sätt att den inbördes ordningen mellan anbuden påverkats av ovidkommande hänsyn. Kommunen har dessutom använt sig av ett förfrågningsunderlag som inneburit att kommunen, i strid med 11 kap. 1 § LOU och EG-domstolens domar i mål C-31/87 Beentjes och mål C-315/01 GAT, sammanblandat omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen. Slutligen har kommunen brutit mot transparensprincipen genom det sätt på vilket kommunen inhämtat referenser. Då bristerna rör förfrågningsunderlagets utformning och därmed upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska länsrätten i enlighet med bolagets förstahandsyrkande förordna att upphandlingen ska göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47).

Utvärderingsmodellen i upphandlingen har inneburit att anbudsgivarna, med avseende på utvärderingskriteriet pris, poängsatts i förhållande till procentuell avvikelse från lägsta offererade pris. Anbudet har genom användandet av utvärderingsmodellen, jämförts sinsemellan på ett sätt som inneburit att den slutliga bedömningen av ett anbud gjorts avhängig av hur de andra anbuden bedömts. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett ärende (dnr 2004/0024-26) bl.a. uttalat att en utvärderingsmodell som låter det anbud som har lägst total poäng påverka vilket av de andra anbuden som kommer att vinna upphandlingen inte kan anses vara utformad på ett sådant sätt att den leder till ett rättvist resultat. Inte heller kan en sådan modell säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Den av kommunen använda utvärderingsmodellen öppnar för manipulation från anbudsgivarnas sida. Med den utvärderingsmodell som använts har det också funnits risk för s.k. dumpningeffekt. Enkelt uttryckt innebär modellen att om ett extremt lågt anbudspris inkommer så "klumpas" övriga anbud ihop, med avseende på betygssättningen, på ett sätt som leder till att faktiska skillnader i pris får mindre genomslag än faktiska skillnader med avseende på övriga kriterier. Den modell för relativ betygssättning av anbudspriserna som kommunen har tillämpat har således av NOU konstaterats inte leda till ett rättvisande resultat eller till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Kommunen har sammanblandat leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen. Av 11 kap. 1 § LOU framgår att innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§. Bestämmelsen är ett uttryck för att kvalificeringsfasen, som avser krav på leverantören, och utvärderingsfasen, som avser krav på och kriterier för bedömning av föremålet för upphandlingen, inte får sammanblandas. Att så är fallet framgår också av EG-domstolens domar i mål C-31/87 Beentjes och mål C-315/01 GAT. I det sistnämnda målet uttalade EG-

domstolen bl.a. att upphandlande myndigheter inte får använda referenser beträffande varor som anbudsgivarna har erbjudit andra kunder som ett kriterium för tilldelning av kontrakt utan endast som ett kriterium för att kontrollera deras lämplighet att genomföra det aktuella kontraktet, dvs. ett kvalificeringskrav. Av 11 kap. 1 § LOU framgår vilka krav som kan ställas på leverantörernas tekniska kapacitet och vars placering i lagtexten, i avsnittet om Kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m., utvisar att det rör sig om omständigheter som endast får beaktas vid leverantörskvalificeringen. Kommunen har dock i förfrågningsunderlaget bl.a. föreskrivit att "erfarenhet och kompetens ska bedömas vid anbudsutvärderingen". Båda dessa omständigheter avser anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet och skulle därför rätteligen ha använts som krav på anbudsgivarna i kvalificeringsfasen. Att så är fallet framgår också av de frågor som enligt förfrågningsunderlaget skulle ställas till referenspersonerna.

Kommunen har, enligt de uppgifter som BVT fått vid kontakter med kommunens konsult, per telefon muntligen inhämtat uppgifter från referenserna. Detta har medfört allvarlig risk för subjektiva tolkningar och möjligheter för kommunen att ta ovidkommande hänsyn. Dessutom framgår det först av tilldelningsbeslutet att endast två av tre angivna referenser kontaktats. Bolaget ifrågasätter varför endast två referenser tillfrågats och hur kommunen valt ut de referenser som kontaktats. BVT hänvisar till länsrättens i Göteborg dom den 25 januari 2008 (mål nr 9181-07E) (domen har överklagats till kammarrätten, som har avvisat överklagandet, varför domen har vunnit laga kraft). Länsrätten fann att referenstagnung som skett per telefon och dokumenterats i tjänsteanteckningar ökat möjligheten till subjektiva tolkningar samt att den upphandlande enheten haft möjlighet att ta ovidkommande hänsyn vid referenstagnungen och att ett sådant förfarande inte kan anses förenligt med kravet på transparens och med principen om affärsmässighet. Det kunde i målet inte uteslutas att bolaget genom det sätt referensupptagningen gjorts hade lidit skada. BVT har

begärt att få ta del av de svar som referenspersonerna lämnat och kommunens bedömning av dessa svar men den av kommunen anlitate konsulten har vägrat lämna ut de begärda handlingarna, vilket i sig är anmärkningsvärt eftersom de aktuella handlingarna omfattas av offentlighetsprincipen. Kommunens agerande strider därför mot transparensprincipen. Mot bakgrund av konsultens agerande uppstår också frågor om huruvida kommunen uppfyller kravet i 9 kap. 13 § LOU, på betryggande förvaring av handlingar som rör upphandlingen. Det finns mot denna bakgrund ingen möjlighet att i efterhand granska hur eller ens att kommunen inhämtat referenser eller hur de uppgifter som kommunen påstår sig ha inhämtat har behandlats vid anbudsutvärderingen. Det kan därför inte uteslutas, utan framstår tvärtom som sannolikt, att BVTs anbud skulle ha fått en annan bedömning om kommunen inhämtat referenser på korrekt sätt. BVT har därför i vart fall riskerat att lida skada till följd av kommunens agerande.

Av anbudsformuläret framgår att anbudsgivarna ska bifoga kopia på rutinbeskrivning för egenkontroll med tillhörande dokument eller liknande kvalitetssystem. TPF har överhuvudtaget inte bifogat någon kopia på rutinbeskrivning eller något annat dokument utan endast lämnat en vag redogörelse för hur TPF arbetar för att säkerställa kvaliteten.

Enligt förfrågningsunderlaget får blanketten SKV 4820 ej vara äldre än 30 dagar. Öhmans har lämnat in blankett som är 33 dagar gammal. Förfrågningsunderlaget kan inte uppfattas på annat sätt än att blanketten vid anbudstidens utgång inte fick vara äldre än 30 dagar, eftersom kommunen före denna tidpunkt inte haft rätt att ta del av anbuderna med tillhörande bilagor. Det krav i fråga om ålder för blanketten som kommunen ställt upp är av stor praktisk betydelse eftersom en leverantörs saldo på skattekontot kan variera avsevärt över tiden beroende på de inbetalningar som görs och om dessa sker i tid. En anbudsgivare som tillåts ge in en blankett som helt

eller delvis avser annan tid än den som den upphandlande myndigheten efterfrågat kan därför komma att ges en fördel framför övriga anbudsgivare.

Anbudsgivarna ska ha minst tre utförda eller pågående referensuppdrag, med godkänt resultat enligt referenser, av likvärdiga uppdrag som ska vara utförda under den senaste femårsperioden. Av TPFs anbudsformulär framgår dels att TPF inte lämnat de efterfrågade uppgifterna på föreskrivet sätt, eftersom det i två fall saknas efternamn och i ett fall även telefonnummer till referenspersonen, dels eftersom de referensuppdrag som TPF uppgivit inte är likvärdiga med de servicearbeten som upphandlingen avser utan är av helt annan karaktär. De referensuppdrag som Öhmans uppgivit är inte heller likvärdiga med de servicearbeten som upphandlingen avser utan är av helt annan karaktär. Således har vare sig TPF eller Öhmans uppfyllt de aktuella skall-kraven.

Av det som anförts ovan framgår att upphandlingen varit behäftad med allvarliga fel som medfört att BVT lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Skäl föreligger därför för länsrätten att i enlighet med bolagets förstahandsyrkande förordna att upphandlingen ska göras om, eller vart fall, förordna om rättelse i enlighet med bolagets andrahandsyrkande.

BVT bifogar bl.a. en handling betitlad kvalitetssäkring från TPF, blankett SKV 4820 avseende Öhmans samt utdrag ur TPF:s och Öhmans anbud i upphandlingen.

Täby kommun (kommunen) bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. TPF har uppfyllt kravet på skriftligt dokumenterade kvalitetsfrämjande rutiner. Öhmans har lämnat in sitt anbud den 25 april 2008. Blanketten SKV 4820 är daterad den 26 mars 2008 och är således inom de krävda 30 dagarna. Även om tolkningen skulle ha varit att begärd blankett skulle vara inom 30 dagar från anbudstidens utgång torde denna diskrepans icke ha betydelse för utgången av utvärderingen, då den endast

fyller plats för prövning. Tidsutdräkten torde vara försumbar och därmed ej heller vara grund för ett förkastande. TPF och Öhmans har redovisat efterfrågad kompetens och referenser som kan intyga vad som efterfrågas. Kommunen har i utvärderingen beaktat kompetensen för att utföra byggnadsarbeten som service, underhåll eller mindre entreprenader utifrån objektens komplexitet och referenters svar samt att kunder utöver kommunala beställare eller objekt med bostadskaraktär väl kan motsvara vad som efterfrågas.

BVT framför i ansökan om överprövning fyra omständigheter för rätten att besluta om. BVT har sedan via nytt ombud framfört omständigheter omnämnt till kompletteringar. Dessa kompletteringar har ingen bäring mot den av BVT begärda överprövningen utan är nya yrkanden som inkommit efter att tidsfristen för överklagande löpt ut. Kommunen bestrider att förfrågningsunderlaget är otydligt och ej anger på vilka grunder och på vilket sätt som anbudslämnaren kommer att bli värderad. Detta har beskrivits väl under AFB.52 Värderingsgrunder. Kommunen tillbakavisar även att vald metod vad gäller rangordning av pris påverkat utfallet eller att utfallet manipulerats för att nå omnämnt utfall. Beräkningen har baserats på avvikelsen mellan det avlämnade anbudet och det anbud som haft det lägsta priset. Någon parameter som tar hänsyn till det högsta avlämnade anbudet har ej inverkat i poängberäkningen. Den påverkan som BVT har farhågor för har ej inverkat på utfallet av rangordning och nu vald metod har ej den genomslagskraft som anmälaren påstår. Kommunen hemställer att länsrätten tillbakavisar BVTs nya yrkanden som inkommit efter att prövning begärts och dömer som begärt utifrån ursprunglig framställan om överprövning. Kommunen hemställer vidare att länsrätten häver det interimistiska beslutet om att upphandlingen inte får avslutas.

Länsrätten har den 3 juni 2008 interimistiskt förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Länsrätten har vidare den 5

juni 2008 avslagit ett yrkande av Täby kommun att länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 11 kap. 1 § ska den upphandlande myndigheten innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har utslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§.

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 är följande föreskrivet. 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.

Utredningen i målet

I kommunens förfrågningsunderlag anges bl.a. följande.

AFB.22 Förteckning över förfrågningsunderlag

1. Anbudsinfordran daterad 2008-03-03
2. Generella Administrativa föreskrifter daterade 2008-03-03

3. AB 92 och ABT 94. Allmänna bestämmelser för utförande- resp funktionsentreprenader avseende byggnads-, anläggnings- och installationsarbeten.

4. Anbudsformulär.

Handlingarna kompletterar varandra. Förekommer i förfrågningsunderlaget mot varandra stridande uppgifter gäller handlingarna i ovan nämnd ordning.
/.../

AFB.51 Prövning av anbudsgivare

Kvalificeringsmomentet är helt inriktat på att bedöma anbudsgivarens kvalifikationer att genomföra uppdraget. Förfarandet är noga reglerat i LOU och innebär ett stupstocks förfarande, antingen är företaget kvalificerat eller inte. Företag som lämnat efterfrågade handlingar och klarar kvalificeringen går vidare till fortsatt prövning av anbud enligt angivna utvärderingskriterier.

De efterfrågade uppgifterna ska vidare redovisas på angivet sätt enligt anbudsformulär. För att en leverantör ska komma i fråga måste samtliga kvalifikationskrav enligt nedan uppfyllas.

/.../

Anbudsgivare och eventuella UE kommer att uteslutas från att delta i upphandlingen om denne

/.../

inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter, skatt eller andra lagstadgade avgifter i Sverige eller i det land han är registrerad, *bevis enligt anbudsformulär – 4.1.e.*

I anbudsformulär – 4.1.e. anges: SKVs blankett 4820 ”begäran om upplysningar vid upphandling”, eller motsvarande uppgifter, fullständigt ifyllt av skattemyndighet, /.../ **Denna ifyllda blankett får ej vara äldre än 30 dagar.**

/.../

Referensuppdrag: Anbudsgivaren ska ha minst **tre** utförda eller pågående referensuppdrag, med **godkänt resultat** (referenter ska kunna rekommendera entreprenören) enligt referenser, (ingen dålig referens accepteras), avseende likvärdiga uppdrag som ska vara utförda inom den senaste 5-årsperioden.

Referensobjekt: Es anbud ska innehålla en beskrivning av uppdrag av samma eller liknande art som företaget har utfört. Beskrivningen ska innehålla de uppgifter om uppdragen som E anser relevanta för jämförelse med det uppdrag som upphandlas. Anbudet ska innehålla hänvisning till referenspersoner som B kan kontakta om så erfordras. Referent ska kunna rekommendera anbudsgivaren. *bevis enligt anbudsformulär – 4.3.c.*

/.../

Anbudsgivaren ska tillämpa dokumenterade kvalitetsfrämjande rutiner som säkerställer att överenskommen kvalitet uppnås. Anbudsgivaren ska för att möjliggöra detta ha sådana hjälpmedel och rutiner att kvalitetsnivån kan definieras skriftligt. bevis enligt 4.5.b

/.../

AFB.52 Värderingsgrunder vid prövning av anbud

Beställaren kommer vid anbudsvärderingen att anta det eller de anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till nedanstående utvärderingskriterier:

Vid anbudsprövningen värderas anbuderna och kan erhålla max 100 poäng.

Pris max 80 poäng

Referensobjekt max 20 poäng

/.../

Den anbudsgivare som erbjuder lägsta pris erhåller 80 poäng. Övriga anbudsgivare poängsätts efter procentuell avvikelse från lägsta anbud. Dvs. ett anbud som ligger 15 % över lägsta anbud poängsätts med $80 \cdot (1,0 - 0,15) = 68$ poäng.

/.../

Beställaren kommer att värdera anbudsgivaren genom betygsättning. Då det gäller kriterierna kvalitet, erfarenhet, kompetens och samarbetsförmåga, kommer anbudsgivaren att bedömas enligt nedan med ledning av referenser. Anbudsgivaren ska ha minst tre utförda eller pågående referensuppdrag avseende efterfrågad verksamhet till innehåll och storlek. Uppdragen ska vara utförda inom den senaste 5-årsperioden. Referenser ska kunna styrka anbudsgivarens höga kvalitet och personalens kompetens och egenskaper. Lämpliga referenser ska vara relevanta och bör t.ex. vara projektledare, kontrollant eller besiktningsman e.d.

/.../

Anbudsgivare ska ha vidtalat referenter före anbudslämnandet om att referenten kan komma att kontaktas av den som prövar anbuderna. Detta avser tre referenser enligt skall-krav för vilka arbete utförts under den senaste femårsperioden och anbudsgivaren önskar återropa. I anbudsformuläret ska referentens fungerande telefonnummer anges.

/.../

Länsrättens bedömning

Länsrätten prövar målet slutligt

Enligt allmänna förvaltningsrättsliga principer gäller att nya omständigheter får återopas så länge talan, frågan, inte ändras. Det finns ingen särreglering avseende detta i LOU. Vad BVT anfört i sitt andra yttrande medför enligt

länsrättens mening inte att talan har ändrats. Något hinder mot att ta det som framkommit i detta yttrande i beaktande vid länsrättens prövning föreligger därmed inte.

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Uppställda krav får inte frångås.

BVT har i första hand yrkat att upphandlingen ska göras om. BVT har anfört att kommunen i upphandlingen använt sig av en utvärderingsmodell som varit otydlig och inneburet att anbuden jämförts med varandra på ett sådant sätt att den inbördes ordningen mellan anbuden påverkas av ovidkommande hänsyn samt att kommunen använt sig av förfrågningsunderlag som sammanblandar omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen.

Enligt länsrättens bedömning framgår det av förfrågningsunderlaget i AFB.52 värderingsgrunder vilka utvärderingskriterier som ska användas, hur priset poängsätts samt att anbudsgivaren ska bedömas genom betygsättning med ledning av referenser. Länsrätten finner därför att utvärderingsmodellen inte kan anses ha varit otydlig. Det har vidare inte framkommit annat än att kommunen har följt utvärderingsmodellen.

Länsrätten finner att den utvärderingsmodell som kommunen använt inte kan anses ha varit optimal enligt de principer som NOU angett i det åberopade yttrandet. Modellen har dock inte visats få genomslag vid utvärderingen på sätt som redovisats i det åberopade fallet i NOU. Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 bl.a. anfört att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU

inte träds för när. Enligt länsrätten är det i det nu aktuella fallet inte fråga om ett åsidosättande enligt sagda principer.

Vidare finner länsrätten att kommunen inte har sammanblandat omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen på ett sätt som strider mot LOU. I förfrågningsunderlaget finns en uppdelning av kvalificeringsvillkor, s.k. skall-krav i AFB.51 och anbudsutvärdering, värderingsgrunder i AFB.52. Enligt förfrågningsunderlaget ska det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. 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. Uppräkningen i lagtexten är inte uttömmande. De EG-domar som BVT hänvisar till innebär inte något hinder mot att använda referenser ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i utvärderingsskedet. Det är inte visat annat än att referensupptagningen är ägnad att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vid utvärderingen varför det är ett tillåtet utvärderingskriterium enligt LOU.

BVT har vidare anfört att det sätt på vilket referenser upptagits strider mot transparensprincipen. Länsrätten finner att det inte generellt kan anses strida mot LOU att ta upp referenser per telefon. Inte heller den omständigheten att endast två av tre angivna referenser tillfrågats kan anses strida mot LOU då alla anbudsgivare behandlats på ett likvärdigt sätt. Det som BVT anfört om att bolaget inte av kommunen har fått tillgång till de svar som har givits av referenterna kan enligt länsrätten kritiseras men är inte tillräckligt för att det ska anses att transparensprincipen har blivit åsidosatt.

Betygskalans poängsättningsgällande referenser skulle ha kunnat ges andra intervaller än de som angetts i förfrågningsunderlaget och därmed påverka rangordningen. Upphandlande myndighet har emellertid i den frågan betydande utrymme för skälighetsbedömning och prioritering.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att det inte är visat, mot bakgrund av vad BVT anfört som hänförligt till sitt förstahandsyrkande, att kommunen i upphandlingen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU på ett sådant sätt att det finns anledning för länsrätten att besluta om att upphandlingen ska göras om.

BVT har i andra hand yrkat att länsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så vis att anbudet från TPF och Öhmans förkastas och en ny anbudsutvärdering genomförs varvid bolaget tilldelas ramavtal i upphandlingen.

BVT har anfört att TPF inte uppfyller kravet på att anbudsgivaren ska tillämpa dokumenterade kvalitetsfrämjande rutiner som säkerställer att överenskommen kvalitet uppnås. Länsrätten konstaterar att det av handlingarna i målet framgår att TPF med sitt anbud inlämnat en bilaga kallad kvalitetssäkring samt en blankett för Kvalitetssäkring/Egenkontroll. Länsrätten finner därför att TPF uppfyllt det aktuella skall-kravet. Någon bedömning av rutinerna i sig kan inte göras.

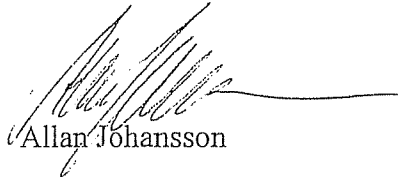
BVT har vidare anfört att Öhmans anbud inte uppfyller skall-kraven då den blankett, SKV 4820, som bolaget inlämnat var för gammal. Länsrätten noterar att det av förfrågningsunderlaget endast framgår att blanketten ej får vara äldre än 30 dagar. Det anges inte att detta ska räknas från anbudstidens utgång. Öhmans har lämnat in sitt anbud den 25 april 2008 och blanketten som är daterad den 26 mars 2008 var således vid inlämningstillfället under 30 dagar gammal. Då Öhmans lämnat in en blankett som vid inlämnandet var under 30 dagar måste bolaget anses ha uppfyllt skall-kravet.

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren ha minst tre utförda eller pågående referensuppdrag avseende likvärdiga uppdrag som ska vara utförda inom den senaste femårsperioden. Vidare ska anbudet innehålla hänvisning till referenspersoner. BVT har anfört att TPFs anbud varken är komplett ifyllt eller refererar till likvärdiga uppdrag samt att Öhmans inte har lämnat referenser till likvärdiga uppdrag. BVT har inte anfört på vilket sätt uppdragen inte skulle vara likvärdiga med de uppdrag som upphandlingen avser. Av handlingarna i målet framgår att TPF i anbudsformuläret angivit referenser från följande uppdrag. Bygge av skärmtak mellan två befintliga byggnader samt ny entré på ett dagis, byte av 1700 kvm befintligt tak, nytt fläktrum samt diverse jobb invändigt på en skola och inredning med nya väggar och tak samt ny inredning i tom lokal i en affär. Vidare framgår att TPF för två av referenterna endast uppgivit förnamn samt för en av dessa även utelämnat telefonnummer. Öhmans har lämnat referenser från följande uppdrag. Ombyggnad av ett flertal butiker, ombyggnad av kontor och restauranger och ombyggnad av äldre- och hälsoomsorg. Länsrätten finner att det inte är visat annat än att de uppdrag som företagen lämnat referenser för är av liknande art som de som upphandlingen avser. Bolagen har därmed uppfyllt dessa skall-krav.

I förfrågningsunderlaget anges att anbudet ska innehålla hänvisning till tre referenspersoner som kan kontaktas om så erfordras. Detta krav måste TPF anses ha uppfyllt. Av 4.3.b. i anbudsformuläret framgår bl.a. att anbudet ska innehålla namn och telefonnummer till referenterna. Länsrätten finner, mot bakgrund av att andra uppgifter lämnats som medför att företaget och personen måste anses lätt identifierbara, att utelämnandet av ett telefonnummer i TPFs anbud inte är av sådan art att det medför att TPF inte ska anses ha uppfyllt skall-kraven. Kommunen har därmed haft rätt att låta TPF var med i utvärderingsfasen.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att det inte är visat att Täby kommun i upphandlingen har brutit mot kravet på likvärdig och icke-diskriminerande behandling enligt 1 kap. 9 § LOU. Någon grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför inte och ansökan ska avslås.

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


Allan Johansson
rådman

Föredragande har varit Cecilia Unga.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättslämningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

