



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

Förvaltningsrättsnotarien
T Flodin

DOM
2010-09-22
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
3663-10 E

2010 -09- 23	
Avt	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 3 september 2010 och avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 9313

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314 871 27 Härnösand	Backgränd 9	0611 - 34 98 00 E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se	0611 - 34 98 10	måndag – fredag 08:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Örnsköldsviks kommun som genomför upphandling av Golvarbeten, dnr A 10-22 f, har i tilldelningsbeslut den 26 augusti 2010 beslutat att anta Anders Berglund Golv AB och BN Måleri & Golv AB som leverantörer. Anders Berglund Golv AB har rangordnats som leverantör nummer ett och BN Måleri & Golv AB som leverantör nummer två.

BN Måleri & Golv AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som skäl för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Den referensfråga som har använts vid utvärderingen har inget samband med föremålet för upphandlingen utan avser huvudsakligen anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga och syftar därmed inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förfrågningsunderlaget strider därför i denna del mot 1 kap. 9 § LOU. EU-domstolen har i mål C-532/08 anfört bl.a. 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 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. Kriterierna för tilldelning i en upphandling ska ha ett samband med föremålet för kontraktet. Det framgår tydligt av formuleringen av referensfrågan tillhörande utvärderingskriteriet kvalitet att det inte finns något samband med föremålet för den aktuella upphandlingen. Frågan avser istället vilken kvalitet leverantören har hållit på tidigare arbeten. Detta innebär att frågan huvudsakligen avser en bedömning av leverantörens förmåga att utföra projektet i fråga. Det framgår även att två av referenterna inte har gjort sin bedömning med avseende på föremålet för den aktuella upphandlingen utan avseende tidigare arbeten då de har hänvisat till reklamationssärenden. Att en sådan referensfråga som

kommunen har använt sig av inte är förenlig med LOU har bekräftats i Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 3474-08. Kammarätten har i målet anfört att det strider mot 1 kap. 9 § LOU att i utvärderingsfasen fråga referenter om bl.a. kvalitén på utförda arbeten.

Referenstagningen är inte ägnad att leda till ett rättvisande resultat och säkerställer därför inte att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Förfrågningsunderlagets utformning strider således mot likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Det förhållandet att en upphandling ska ske på lika villkor och att det således är av största vikt att en upphandlande myndighet såväl skriver ett klart och tydligt förfrågningsunderlag samt följer detta framgår av både svensk och EG-rättslig praxis. För att en upphandlande myndighet ska uppfylla principerna om likabehandling och transparens ska den utvalda utvärderingsmodellen vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat och få fram det bästa anbudet. För att referenser ska kunna säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas bör utgångspunkten vara att samtliga referenser som tillfrågas ska ha lika stor inbördes betydelse för totalpoängen. Kommunens beställningar står endast för en liten del av bolagets omsättning och kommunen kan därför inte anses vara bättre lämpad att bedöma bolagets kvalitet än de angivna externa referenserna. Kommunen torde visa att det föreligger objektiva grunder för att en enskild beställare ska anses så viktig för utvärderingen av kriteriet kvalitet, att denna beställares referenser ska utgöra 75 procent av bedömningsunderlaget. Kommunen har inte redovisat några sådana grunder under upphandlingens gång. Med tanke på att den referens som tillmäts den avgörande betydelsen i utvärderingen av kvalitet härrör från den upphandlande myndigheten själv lämnar utformningen av referenstagningen ett för stort utrymme för godtycke. Som framgår av det ovan anförda strider kommunens genomförande av upphandlingen i flera avseenden mot LOU. Bolaget kan komma att lida skada eftersom det vid

en korrekt utförd upphandling skulle ha kunnat antas som leverantör nummer ett i upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

Förvaltningsrätten beslutade den 3 september 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

Av punkt 4.4 i det aktuella 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 enligt punkt 4.3 med hjälp av fyra referenter. Kommunen förbehåller sig rätten att använda både interna och/eller externa referenter. Där intern referens finns att tillgå kommer tre interna referenser att användas och en extern referens kommer att väljas ut bland lämnade referenser. Intern referens lämnas av förvaltare, vaktmästare och egen regi. Referens som väljs ut är den som mest liknar kommunen som beställare

(t.ex. landstinget). Kommunen kommer att kontakta referenterna och ställa frågan hur nöjd denne är med kvalitén på hantverkarens utförda arbete.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av EU-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 dock inte anses utgöra utvärderingskriterier (jfr mål C-532/06 och mål C-199/07).

Förvaltningsrätten finner att kriterier som har koppling till kvalitetsnivån får anses vara hänförliga till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder, och inte anbudsgivarens kvalifikationer och kapacitet. Referenser från tidigare utförda uppdrag kan ge relevant information för bedömningen av vilket anbud som med hänsyn till kvalitén är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Att använda en referensfråga angående kvaliteten på tidigare utförda arbeten i utvärderingsfasen strider enligt förvaltningsrättens mening inte mot 1 kap. 9 § LOU.

Beträffande referenstagningen framgår av förfrågningsunderlaget hur denna ska gå till. I det fall det finns tre interna referenter att tillgå kommer tre av fyra referenter att härröra från kommunens verksamhet. Detta innebär enligt förvaltningsrättens mening dock inte att referenstagningen kan anses strida mot någon av de principer som ställs upp i 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad bolaget anfört inte visar att upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU, varför ansökan ska avslås. Förvaltningsrätten har tidigare beslutat att upphandlingen tills vida-

re inte får avslutas. Då ansökan nu avslås ska detta interimistiska beslut upphävas. Förvaltningsrätten erinrar om bestämmelsen i 16 kap. 1 § tredje stycket 2 LOU.

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


Anita Enocksson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 ska 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 var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

