



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

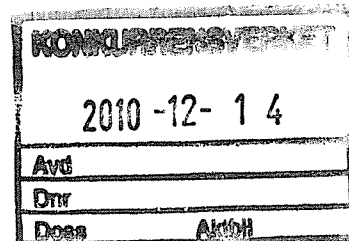
DOM
2010-12-14
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
18158-10 E
Enhet 2:1

SÖKANDE
Sverkens El AB, 556258-2303
Torget 11
310 83 Unnaryd

MOTPART
Hylte kommun
314 80 Hyltebruk

SAKEN
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkor-
rad LOU



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 22 oktober 2010 upphör där-
med att gälla.

Dok.Id 54997

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
09:00-15:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM****BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Upphandlingsenheten i Gislaveds kommun har på uppdrag av bl.a. Hylte kommun genomfört en ramavtalsupphandling avseende avropsentreprenader inom tre geografiska områden gällande en rad olika hantverkstjänster (dnr. 10-619-61).

Av meddelat tilldelningsbesked den 13 oktober 2010 framgår att Sverkers El AB rangordnats som nummer två i kategorin el i de aktuella områdena.

Sverkers El AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska göras om samt att förvaltningsrätten ska fatta ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutats innan något annat beslutats. Bolaget anför i huvudsak följande. Att det i förfrågningsunderlaget under AFB.31 anges att anbudsgivarna har en skyldighet att inom viss tid lämna synpunkter och påpeka eventuella fel torde sakna rättslig verkan. Skrivningen i förfrågningsunderlaget under AFB.52 är något oklar avseende vilka kriterier som kommer att beaktas vid utvärderingen. Skrivningen förtydligas emellertid i bilaga 2 där det framgår att lägsta justerade pris kommer att antas. Justerat pris är definierat i bilagan som lämnat totalt pris plus påslag för kvalitetsavvikelse. Som kvalitetsavvikelse får då uppfattas de angivna kvalitetskriterierna referenser och erfarenhet. Vilket värde priset egentligen har är oklart. Enligt LOU utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet respektive lägst pris två huvudprinciper för anbudsutvärderingen som inte ska sammanblandas. Förfrågningsunderlaget ger intryck för att så faktiskt har skett. Att ange referenser i sig som ett utvärderingskriterium är felaktigt. Referensen kan endast bekräfta något som anbudsgivaren vill styrka. Vad det är som referenserna ska styrka framgår inte av förfrågningsunderlaget. Vid en välvillig tolkning av de frågor som ska ställas till referenserna kan man i och för sig ana vilka kriterier som kan vara relevanta. Detta kan dock inte anses tillräckligt. Om anbudsgivaren lämnar referenser i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget kan det vidare inte anses i enlighet med LOU att den

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

upphandlande enheten bortser ifrån en av referenserna och sätter sig själv som referens i stället. En sådan möjlighet av den upphandlande enheten lämnare ett uppenbart utrymme för ett godtyckligt resultat. I bilaga 3 till förfrågningsunderlaget anges deltagarna i utvärderingsgruppen men samtliga har emellertid inte deltagit i utvärderingen av anbudet. Muntliga referenser ska enligt LOU användas endast i undantagsfall. Referenserna har vid referensgivningen inte informerats om eller uppfattat att det var fråga om en upphandling. Samtliga referenter har varit villiga att ge skriftliga svar på ställda frågor eftersom referenterna inte anser sig, under de få minuter frågorna ställdes, kunnat ge relevanta och övervägda svar på ett seriöst sätt. Ett utvärderingskriterie som tar sin utgångspunkt i erfarenhet är i sig inte fel. Att endast ange erfarenhet tillsammans med anbudsgivarens egen poängsättning torde dock vara ett "trubbigt instrument" för att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förfrågningsunderlaget är i flera delar oklart. I andra delar finns skrivningar som är olämpliga och i något fall direkt felaktigt. Utvärderingen av anbudet tycks ha gjorts mer utifrån övriga anbud än utifrån förfrågningsunderlaget och innehåller inslag av godtycke. Genom ovarsam och oseriös referenstagning har upphandlingsförfarandet stridit mot lagen om offentlig upphandling. Eftersom bolaget därigenom lidit skada eller kan komma att lida skada bör upphandlingen göras om. I syfte att styrka att referensupptagningen gett ett felaktigt resultat har bolaget gett in skriftliga omdömen från sina i målet aktuella referenser.

Hylte kommun bestrider bolagets yrkanden och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Inkomna anbud har utvärderats och rangordnats utifrån principen mest ekonomiskt fördelaktiga anbud. Således har utvärderingsprincipen lägsta pris inte varit gällande. Bolaget har i enlighet med förfrågningsunderlaget själv inlämnat tre (3) referenser med kontaktuppgifter (e-post samt telefonnummer). I bilaga 2 till förfrågningsunderlaget framgår utformningen av de frågor som

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

ställdes till angivna referenter samt de svarsalternativ/poäng som referenten hade att lämna som svar. Referenstagningen genomfördes av en upphandlare i Gislaveds kommun, vilken ringde angivna referenser och ställde förutbestämda frågor i enlighet med förfrågningsunderlaget. Referensernas svar noterades i enlighet med de svarsalternativ som framgår i förfrågningsunderlaget. Det är inte ovanligt att upphandlare i upphandlingar genomför referenstagningar per telefon. Upphandlingen har genomförts i enlighet med lagen om offentlig upphandling och det föreligger således inga skäl för att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten har i ett intermistiskt beslut den 22 oktober 2010 förordnat att upphandlingen, såvitt avser hantverkstjänster el, inte får avslutas innan rätten avgjort målet slutligt eller något annat beslutats.

DOMSKÄL

Den 15 juli 2010 trädde ett antal förändringar i LOU i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som påbörjats före den 15 juli 2010. Då ifrågavarande upphandling påbörjades före nämnda tidpunkt ska lagen i dess äldre lydelse tillämpas.

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet beaktas.

I 12 kap. 1 § LOU anges bl.a. att en upphandlande myndighet ska anta anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller 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.

Utredningen i målet

Värderingsgrunderna för prövning av anbuden i upphandlingen framgår av de administrativa föreskrifterna AFB. 52 (s. 7) Poängsättning och vald utvärderingsmodell framgår av bilaga 2 till föreskrifterna. Det anbud med lägst justerat pris med hänsyn tagen till utvärderingskriterierna referenser och erfarenhet kommer att antas och rankas som nr 1. Av bilaga 2 framgår att anbudsgivaren ska lämna max tre referenser för att styrka att man på godtagbart sätt kan antas utföra aktuellt uppdrag. Kommunen förbehåller sig rätten att själv lämna referenser. Dessa värderas lika som av anbudsgivaren lämnade referenser. Har anbudsgivaren lämnat in tre referenser kan den tredje referensen ersättas med kommunen som referens. Av bilaga 2 framgår vilka frågor som kommer att ställas och vilken poängsättning som kommer att tillämpas.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagen eller mot någon av de principer som bär upp lagstiftningen.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

För att en upphandling enligt LOU ska uppfylla unionsrättens krav på lika-behandling ska leverantörer och de produkter som erbjuds behandlas lika. De förfaranden som används av en upphandlande myndighet ska tillämpas på samma sätt mot alla leverantörer som deltar i en upphandling.

Bolaget yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. att förfrågningsunderlaget är otydligt avseende vilka kriterier som kommer att beaktas vid utvärderingen samt att det är oklart vilket värde priset har vid utvärderingen.

I förfrågningsunderlaget anges under AFB. 52 att anbud med lägst justerat pris per område kommer att antas och rankas som nr 1. Vad som avses med begreppet justerat pris och vilken utvärderingsmodell som kommer att tillämpas framgår först i bilaga 2 till förfrågningsunderlaget.

Såsom bolaget anför är förfrågningsunderlaget inte "helt tydligt" men oklarheten är inte så stor att det finns utrymme för missförstånd om underlaget i sin helhet läses noggrant, vilket är ett krav som får anses kunna ställas på alla anbudsgivare. De oklarheter avseende vilken vikt priset skulle ha i förhållande till de övriga utvärderingskriterierna får därtill anses undanröjas av det räkneexempel som anges i bilaga 2. Även om förfrågningsunderlaget alltså bedöms ha vissa brister får dessa anses inte vara av så pass allvarlig art att kraven på likabehandling och transparens i LOU har åsidosatts.

Bolaget anför vidare att det strider mot LOU att använda referenser i utvärderingen.

En förutsättning för att det ska vara tillåtet att använda referenser i utvärderingsfasen är att referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EG-domstolens avgörande i mål C532/06

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Lianakis framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivare förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier.

De 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 rad frågor kopplade till kvalitén på tidigare utförda tjänster i utvärderingsfasen får anses inte strida mot 1 kap. 9 § LOU.

Beträffande referenstagningen anför bolaget att denna har skett på ett otillbörligt sätt eftersom dels referenstagningen skett via telefon, dels det inte tydligt framgått i vilket syfte frågorna ställts. Bolaget anför även att möjligheten för kommunen att träda in som referens och ersätta en av bolaget angiven referens lämnar ett uppenbart utrymme för ett godtyckligt resultat.

Det är av avgörande betydelse att den upphandlande myndigheten vid referenstagning följer de i förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningarna och frågorna samt försäkras sig om att referenstagningen sker lika för alla anbudsgivare. Den bakomliggande tanken med att referenser ska lämnas vid anbud är att referenserna ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare utfört liknande uppdrag. Tanken med referenser kan inte och ska inte heller vara att leverantören själv kan välja vilken bild av denne som ska visas. Det måste därtill åligga anbudsgivaren att se till att åberopade referenspersoner är införstådda i att de angetts som referenser i anbudet. Det får anses inte generellt strida mot LOU att ta upp referenser per telefon. Inte heller att den upphandlande myndigheten förbehållit sig rätten att lämna referenser, och således ersätta en av anbudsgivarnas egna

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 8
18158-10 E

referenser, får anses strida mot LOU så länge det framgår att referenstagningen sker på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna inte träds förnär. Vad bolaget anför och vad som i övrigt framkommit av utredningen visar inte att själva upptagandet av referenser har skett i strid med de principer som följer av LOU.

Bolaget anför vidare att anbudsutvärderingen har skett i strid med förfrågningsunderlaget eftersom där angivna personer inte har deltagit i utvärderingen av ingivna anbud. En utgångspunkt i anbudsutvärderingen är att denna ska ske objektivt och utan ovidkommande hänsyn. Annat är inte visat än att anbudsutvärderingen har utförts på det sättet. Vad bolaget anför visar alltså inte att anbudsutvärderingen innebär en överträdelse av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och således inte att åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU ska vidtas.

Det som bolaget anför visar sammanfattningsvis inte att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, varför det saknas grund för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Urban Karlsson

Föredragande i målet har varit Carin Carlsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 rättslämningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill 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 uppgive 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.

DV 3109/1B LOU