



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I HÄRNÖSAND**

Föredraganden L Andersson

**DOM**

2010-06-24

Meddelad i

Härnösand

Mål nr

2310-10 E

**SÖKANDE**

Peab Sverige AB, 556099-9202

Margretetorpsvägen

260 92 Förslöv

Ombud: Fredrik Kjerrström

c/o Peab Sverige AB

Box 808

169 28 Solna

**MOTPART**

Bräcke kommun

Box 190

840 60 Bräcke

Ombud: Advokaten Jan Lindahl

F Victors Advokatbyrå HB

Storgatan 30

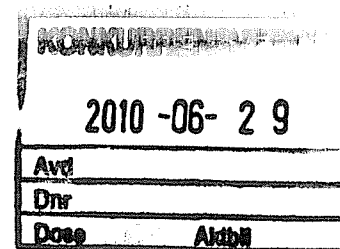
831 30 Östersund

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att Bräcke kommuns upphandling av tomtskötsel och vinterväghållning i Bräcke kommun ska göras om.



Dok.Id 5616

**Postadress**

Box 314

871 27 Härnösand

**Besöksadress**

Backgränd 9

**Telefon**

0611 - 34 98 00

**E-post:**

forvaltningsratteniharnosand@dom.se

**Telefax**

0611 - 34 98 10

**Expeditionstid**

måndag – fredag

08:00-15:00

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Bräcke kommun som genomför upphandling avseende tomtskötsel och vinterväghållning i Bräcke kommun har i tilldelningsbeslut den 9 april 2010 meddelat att avtal kommer att tecknas med Reaxer. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande.

**Peab Sverige AB (bolaget)** ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar, såsom talan slutligen fastställts, att tilldelningsbeslutet upphävs och att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför därvid i huvudsak följande till stöd för sin talan. Upphandlingen har inte följt gällande regelverk i flera olika avseenden. De två allvarligaste felen är att vinnande bolag Reaxer efter anbudstidens utgång justerade sin anbudssumma och att kommunen ändrade förutsättningarna för utvärderingen genom att utvärdera okända tilläggsarbeten som inte framgick av förfrågningsunderlaget. Vid en korrekt utvärdering enligt gällande regelverk skulle bolaget ha vunnit upphandlingen och tilldelats entreprenaden.

### *Otydligt förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell*

Utifrån förfrågningsunderlagets samtliga förutsättningar lämnade bolaget ett anbud, inklusive en anbudssumma, för att utföra entreprenaden. Anbudet byggde dels på vilka arbeten som skulle utföras, dels på hur utvärderingen skulle genomföras.

I förfrågningsunderlaget anges emellertid endast att kostnaden för entreprenaden, dvs. priset, skulle komma att utvärderas. Förfrågningsunderlaget angav inte vare sig vilket tilläggssarbete eller i vilken omfattning arbetet skulle utvärderas. Det är inte heller korrekt att kommunen skulle ha angett å-prissättningen eller viktningen för förväntade arbeten i "Särskilda föreskrifter". De särskilda föreskrifterna behandlar över huvud taget inte hur utvärderingen ska utföras. Kommunen borde mycket väl ha kunnat ange den mängd som skulle utvärderas. Om det inte var möjligt borde kommu-

nen i stället ha angivit en uppskattad fiktiv mängd som anbudsgivarna kunde förhålla sig till vid utformningen av anbudet. Vidare framgår det inte av kommunens handlingar att angivna timmar ska utvärderas. Detsamma gäller den tillkommande vägen som kommunen visste skulle byggas och färdigställas inom två år. Mot bakgrund härav utgick bolaget rätteligen från att det inte fanns något tilläggsarbete som skulle utvärderas. Det har inte varit möjligt för anbudsgivarna att lämna anbud i aktuell upphandling med insikt om hur de skulle komma att utvärderas av kommunen.

Vid anbudsutvärderingen frångick kommunen förutsättningarna för upphandlingen och utvärderingen genom att inkludera tilläggsarbeten som utvärderades och adderades till inlämnade anbudssummor. Kommunens agerande var direkt avgörande för utvärderingsresultatet. Utvärderingen av tilldelningskriteriet "Kostnad för entreprenaden" skulle baseras på kontraktssumman samt förväntade tilläggsarbeten. Kommunen har således i efterhand viktat underkriterierna "kontraktsarbeten" och "tilläggsarbeten" på ett sätt som inte är förutsebart för anbudsgivarna. I praktiken har kommunen gjort ett urval av de arbeten som tillmäts betydelse vid utvärderingen utan att det i förfrågningsunderlaget angetts på vilket sätt ett sådant urval skulle komma att ske. Det av kommunen tillämpade förfarandet har omöjliggjort en rättvis jämförelse mellan anbuderna. Dessutom har kommunen genom sitt agerande erhållit en s.k. fri prövningsrätt. Agerandet strider mot såväl LOU som kommunens egna förutsättningar för upphandlingen och utvärderingen.

#### *Otillåten komplettering*

Av 9 kap. 8 § LOU framgår att det inte är tillåtet att föra in nya uppgifter som ändrar något i anbudet eller påverkar priset. Det är således endast tillåtet att precisera redan lämnade uppgifter eller komplettera med andra allmänt kända uppgifter från t.ex. myndigheter. Bolaget lämnade såväl pris för varje ort som för en odelad entreprenad, dvs. i enlighet med förfråg-

ningsunderlaget. Kommunen lät däremot Reaxer sänka sitt anbudspris efter anbudstidens utgång. Justeringen utgjorde en otillåten komplettering och borde rätteligen inte utvärderas. Bolaget begärde därför att kommunen skulle ange de utvärderade anbudssummorna samt förklara sin poängsättning. Bolaget erhöll därefter svar från kommunen med ett bifogat dokument med namnet "Ny utvärdering ytterskötsel 2010-04-19". Vad gäller den nya utvärderingen stämmer den inte överens med den utvärdering som kommunen bifogade tilldelningsbeslutet. I den nya utvärderingen har kommunen utvärderat tilläggsarbeten. Vidare är den nya utvärderingen daterad den 19 april 2010 och inkluderar endast bolaget och Reaxer. Den nya utvärderingen synes därför var en efterhandskonstruktion som visar, ännu tydligare än den första utvärderingen, att kommunen medvetet styrde entreprenaden till en specifik entreprenör (Reaxer). En korrekt utvärdering i enlighet med förfrågningsunderlaget och gällande rätt hade fastställt Reaxers anbudssumma till 7 141 000 kr och bolagets till 5 949 000 kr. Följaktligen skulle bolaget ha tilldelats 6,0 poäng vid utvärderingen av utvärderingskriteriet "Kostnad för entreprenaden" (pris) efter viktning och därmed ha vunnit upphandlingen. Kommunens agerandet står således i strid med såväl 1 kap. 9 § LOU som de grundläggande EG-rättsliga principerna om likabehandling och transparens. Till följd av kommunens agerande har bolaget lidit eller riskerar i vart fall att lida skada.

*Sammanblandning av urvals- och tilldelningskriterier*

EU-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis, har behandlat gränsdragningen mellan kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier. Av domen framgår 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.

EG-domstolen anför särskilt:

”De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra ”kriterier för tilldelning”.

I målen vid den nationella domstolen avser de kriterier som den upphandlande myndigheten valt såsom ”kriterier för tilldelning” emellertid huvudsakligen vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga. Det rör sig därvid om kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projekt och som således inte utgör ”kriterier för tilldelning” i den mening som avses i artikel 36.1 direktiv 92/50.”

EU-domstolen fastslog redan i mål C-31/87, Beentjes, att urvalet av leverantörer (kvalificeringsfasen) och bedömningen av anbuden (utvärderingsfasen) utgör två olika delar av den offentliga upphandlingsprocessen och att dessa två delar styrs av olika bestämmelser (p. 15). Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har vidare på sin tid i ett yttrande (NOU:s dnr 2005/0088-29 s. 3) konstaterat att syftet med kvalificeringsfasen är att få in underlag för prövning av leverantörernas tekniska förmåga och kapacitet, samt finansiella och ekonomiska ställning. Syftet är inte att välja ut den leverantör som har mest erfarenhet, störst kapacitet, bäst teknisk förmåga och störst ekonomisk styrka. Syftet är i stället att identifiera de leverantörer som har tillräcklig erfarenhet, tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet, och tillräcklig ekonomisk styrka för att kunna genomföra uppdraget och tillgodose den upphandlande myndighetens behov. Tilldelningskriterier syftar däremot till att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

EU-domstolen har i mål C-513/99 slagit fast att tilldelningskriterier ska ha ett samband med kontraktets föremål, vara förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten och får inte ge den upphandlande

myndigheten obegränsad valfrihet. Vidare måste tilldelningskriterierna anges i förfrågningsunderlaget eller annonsen (p. 69).

En upphandlande myndighet måste således skilja på kriterier som rör anbudsgivarnas förmåga att utföra ett uppdrag (kvalificeringskriterier) och på kriterier som har ett samband med kontraktets föremål (utvärderingskriterier).

Ovan beskrivna gränsdragningsproblematik beträffande tillämpningen av referenser har på senare tid varit föremål för bedömning även i svensk domstolspraxis. Kammarrätten i Stockholm fann den 19 december 2008 i mål nr 5512-08 att den upphandlande myndigheten hade sammanblandat kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier. Kammarrätten, som ansåg att referenstagningen inte kunde anses tillhöra utvärderingsfasen, förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Vidare har Kammarrätten i Sundsvall den 13 februari 2009 i mål nr 3474-08 fastslagit att referenskriterierna huvudsakligen avsåg att fastställa vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogade över för att säkerställa ett gott utförande. Dessa kriterier utgjorde således kvalifikationskriterier och inte utvärderingskriterier. Kammarrätten förordnade därför att upphandlingen skulle göras om.

Till samma slutsats kom Kammarrätten i Stockholm den 1 oktober 2009 i mål nr 3582-09.

Kommunen angav i aktuellt fall fyra utvärderingskriterier, dvs. "Kostnad för entreprenaden", "Kvalitet", "Erfarenhet" och "Miljö". De tre sist nämnda skulle styrkas genom att anbudsgivaren lämnade två referenser. Vid utvärderingskriteriet "Kvalitet" angavs att kriteriet avsåg anbudsgivarens system för kvalitetssäkring av uppdrag (ev. kvalitetscertifiering) och

företagets tilltänkta organisation för uppdraget. Vid kriteriet "Erfarenhet" angavs att ledningens utbildning och erfarenhet, personalens utbildning och erfarenhet samt företagets policy/planer för utbildning och utveckling av personalens kompetens vara det viktiga. Kriteriet "Miljö" uppgavs gälla företagets miljöpolicy.

Samtliga utvärderingskriterier som kommunen ställt upp, bortsett från utvärderingskriteriet "Kostnad för entreprenad", avser frågor rörande anbudsgivarens kvalité som leverantör och avser inte föremålet för kontraktet. Kvalitetssäkringssystem, ledningens utbildning och erfarenhet, personalens utbildning och erfarenhet, personalens utbildning och erfarenhet, företagets policy/planer för utbildning och utveckling av personalens kompetens och företagets miljöpolicy avser anbudsgivarens och inte föremålet för kontraktet. Det kan knappast råda något tvivel om detta, då dessa omständigheter är desamma i varje upphandling som anbudsgivarna lämnar anbud i och kan således omöjligt anses avse föremålet för kontraktet.

**Kommunen** bestrider bolagets yrkanden och anför därvid bl.a. följande.

*Otydligt förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell*

Kommunen har inte brutit mot föreskrifterna i 1 kap. 9 § LOU. Anbudsgivarna har behandlats lika och de har fått tävla på lika villkor. Förutsättningarna för upphandlingen har inte ändrats under upphandlingens gång. Att hänsyn vid bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet måste tas till à-priser för tilläggsarbeten är självklart. Bolagets à-priser är väsentligt högre än övriga anbudsgivares, varför anbudsutvärderingen med hänsyn till bolagets högre à-priser för tilläggsarbeten är korrekt gjord.

Att à-prissättningen för förväntade tilläggsarbeten ska viktas in vid bedömningen av ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet framgår av "Anbudsfordran" s. 2 under rubrik "Utvärderingskrav" samt av handlingen

”Bräcke kommun, Upphandling av tillsyn och skötsel av tomtmark samt vinterväghållning av kommunala gator och vägar, Särskilda föreskrifter 2009-12-21”, och där särskilt punkterna SF1.3, SF6.12 och SF6.13. Kommunen har i en handling gjort en sammanställning över dels fasta priser, dels à-priser för tillkommande arbeten. Av sammanställningen framgår anbuden. En jämförelse mellan Reaxer och bolaget visar att Reaxer kostar 285 kr vardagar och 390 kr helger i mantimmar medan motsvarande för bolaget blir 350 kr respektive 610 kr. Samtliga maskintimmar är dyrare hos Reaxer. För tillkommande gräsklippning erbjuder Reaxer en kostnad av 1 kr per kvadratmeter medan bolaget vill ha 5 kr per kvadratmeter. För tillkommande halkbekämpning är siffrorna desamma, dvs. Reaxer erbjuder 1 kr per tillkommande kvadratmeter medan bolaget vill ha 5 kr per tillkommande kvadratmeter.

Kommunen har lång och god erfarenhet av den ungefärliga storleken på tilläggsarbeten för varje år. Kommunen vet således att det ett normalår tillkommer cirka 1 800 mantimmar och cirka 540 maskintimmar. Vid bedömningen av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska således dessa erfarenhetstal multiplicerat med respektive budgivares à-priser läggas till respektive anbudgivares fasta priser. Avtal avses att träffas på fem år. För denna femårsperiod vet kommunen att det ska tillkomma en väg mot industriområdet i Bräcke tillsammans med gång- och cykelbana samt gräsytor i anslutning till denna. Man vet dock inte exakt när byggnationer av anläggningen kan påbörjas. Kostnaden för skötsel av anläggningen tillkommer därför och ska beräknas som tilläggsarbete. Arbetet kan därför inte heller ingå i det fasta priset. Kommunen har i sina beräkningar räknat på att anläggningen är färdigställd om två år och har därför tagit med skötsel av densamma under tre av avtalstidens fem år. Naturligtvis ska kostnaden för tillkommande skötsel av anläggningen beräknas utifrån respektive budgivares à-priser. Det framstår som besynnerligt för det fall bolaget skulle



påstå att à-priserna i bolagets anbud skulle ändra sig beroende på vilka tilläggsarbeten det handlar om.

En utvärdering av ekonomiskt mest förmånliga anbudet med beaktande av tilläggsarbeten ger det resultat som framgår av kommunens handling ”Utvärdering enligt à-prislistan”. Av utvärderingen framgår att bolaget kostar 39 489 300 kr på fem år och Reaxer 39 010 630 kr. Reaxer har således lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. För övriga bedömningskriterier, kvalitet och erfarenhet och miljö har bolaget erhållit poängen 1,2, 1,2 respektive 1 och Reaxer poängen 1,5, 1,5 respektive 1. Reaxer har således högre poäng även i dessa delar.

#### *Otillåten komplettering*

Reaxer och bolaget har behandlats exakt lika. Kommunen hade infordrat anbud dels uppdelat på olika orter, dels odelad entreprenad. Anledningen härtill var att ge eventuella lokala entreprenörer möjlighet att arbeta på någon eller några orter men inte samtliga. Bolagets anbud på 5 959 000 kr för odelad entreprenad var inte uppdelad på de olika orterna. Kommunen måste därför välja mellan att endera förkasta budet eller tillåta bolaget att efter anbudstidens utgång förtydliga och komplettera detsamma. Kommunen valde att låta bolaget förtydliga och komplettera varför bolaget i skrift den 25 mars 2010 inkom med fördelning av anbudssumma, 5 949 000 kr på olika områden. Reaxer hade vid anbudstidens utgång endast lämnat anbud på de olika delentreprenaderna, inte ett sammantaget bud på odelad entreprenad. Reaxer fick därför tillfälle att lämna ett sådant bud, vilket kom att lyda på 6 749 000 kr att jämföras med summan av de uppdelade buden, 7 141 000 kr. Både bolaget och Reaxer har således på ett korrekt sätt tillåtits att komplettera och förtydliga sina anbud efter anbudstidens utgång.

#### *Sammanblandning av urvals- och tilldelningskriterier*

Bolagets anförande i denna del saknar betydelse. Av kommunens handling ”Utvärdering enligt à-prislista” bilagan 5 till kommunens inlägga 2010-05-

03 framgår att bolaget kostar 39 489 300 kr och Reaxer 39 010 630 kr på fem år. Reaxer har således lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet varför avtal ska träffas med Reaxer även med bortseende från övriga bedömningskriterier, kvalitet, erfarenhet och miljö, där i och för sig Reaxer även där har högre poäng än bolaget.

Förvaltningsrätten har den 22 april 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### *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.

En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som har lägst pris. Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket LOU.

Den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i annonsen om upphandlingen, förfrågningsunderlaget, eller i en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar (12 kap. 1 §).

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (9 kap. 8 §).

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

#### *Utredning i målet*

Av anbudsinfordran – ”Tillsyn och skötsel av tomtmark för Bräcke kommun” framgår bl.a. följande.

#### **Objekt**

.....

Entreprenaden är uppdelad på respektive beställare och på följande geografiska områden:

Bräcke tätort

Gällö tätort

Kälarne tätort

Pilgrimstad tätort

Fjällsta tätort

#### **Anbudets form och innehåll**

.....

OBS! Anbuderna ska avges för varje ort och både för skötsel av mark och vinterväghållning av gator och vägar. Anbuderna kan också lämnas för samtliga orter tillsammans. Beställaren har rätt att upphandla orter var för sig eller alla orter tillsammans.

#### **Kriterier för val av entreprenör**

Innan anbudsutvärderingen kommer företagets möjligheter att uppfylla skallkraven att prövas. Endast anbuderna som uppfyller skallkraven betygsätts vid den efterföljande anbudsutvärderingen.

Beställaren kommer vid anbudsutvärderingen att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till:

- **Skallkrav**

Företagets verksamhet (ska vara verksam inom aktuell bransch) för de tre senaste åren ska utvisa företagets utveckling (nya företag ska lämna redovisning för den tid som företaget haft verksamhet).

- **Utvärderingskrav**

**Kostnaden för entreprenaden** inkl förväntade tilläggsarbeten (viktning 60 %)

**Kvalitet** (viktning 15 %)

Anbudsgivarens system för kvalitetssäkring av uppdrag (ev kvalitetscertifiering). Redovisning av tillämpningar (t.ex. genom att visa utdrag ur kvalitetsplaner för ett likvärdigt objekt).

Företagets tänkta organisation för uppdraget.

**Erfarenhet** (viktning 15 %)

Ledningens utbildning och erfarenhet.

Personalens utbildning och erfarenhet.

Företagets policy/planer för utbildning och utveckling av personalens kompetens.

**Referenser** (minst två stycken) som styrker anbudsgivarens egenskaper vad avser kvalitet, miljö, erfarenhet och samarbetsförmåga ska lämnas i form av namn, adress, telefonnummer och faxnummer.

**Miljö** (viktning 10 %)

Företagets miljöpolicy. Redovisning av tillämpningar t.ex. utdrag ur en miljöplan från ett referensobjekt.

Av handlingen ”Bräcke kommun, Upphandling av tillsyn och skötsel av tomtmark samt vinterväghållning av kommunala gator och vägar, Särskilda föreskrifter, 2009-12-21 framgår bl.a. följande.

#### SF1 OMFATTNING

.....

#### SF1.3 Tillkommande och avgående förvaltningsobjekt under kontraktstiden.

Se ABFF 04 punkt 47.

#### SF6.12 Ersättning för ändringar och tilläggsarbeten

Regleringen av kontraktssumman för ändring eller tilläggsarbeten sker sålunda:

- I första hand enligt i förväg överenskommet pris.
- I andra hand enligt å-prislista.
- I tredje hand enligt ABFF 04 punkterna 35 och 36.

Procentsatsen för entreprenörsarvodet enligt ABFF 04 punkt 36,8 och 9 ska anges i anbudet.

Reglering av eventuellt tillkommande och avgående objekt ska göras enligt à-prislista.

**SF6.13 Ersättning för kontraksarbeten som inte ingår i det fasta arvodet.**

Ersättning ska utgå enligt à-prislista.

Pris ska lämnas för följande:

- à-pris per timme för maskiner och arbetare
- à-pris per utryckningstillfälle
- à-pris per snöröjningstillfälle
- à-pris per halkbekämpningstillfälle och ort
- à-pris per bortkörningstillfälle och ort

Övriga priser ska lämnas enligt anbudsformulär.

*Förvaltningsrätten gör följande bedömning och kommer därvid att ta ställning till följande frågor.*

1. Har kommunens förfrågningsunderlag varit tillräckligt tydligt med avseende på tilläggsarbeten och har den utvärdering som företagits skett i enlighet med förfrågningsunderlaget med hänsyn till där uppställda utvärderingskriterier?
2. Har justeringen av anbudspriset utgjort en otillåten komplettering?
3. Har kriteriet referenser utformats och tillämpats på korrekt sätt?
4. Har bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada av förfarandet?

*1. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell*

När det gäller frågan huruvida förfrågningsunderlaget och tillämpad utvärdering av anbud i visst fall uppfyller kraven på affärsmässighet ger LOU inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i bl.a. 1 kap. 9 § LOU. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en entreprenör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett

rättvisande resultat (jfr. RÅ 2002 ref. 50). Detta följer även av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Bolaget menar att det av förfrågningsunderlaget inte framgår vilka tilläggsarbeten som skulle utvärderas. Trots att kommunen inte angett att tilläggsarbeten omfattas av upphandlingen har dessa arbeten ändå beaktas i utvärderingen. Kommunen hävdar däremot att tilläggsarbetena redovisats i förfrågningsunderlaget och att utvärderingen skett i enlighet med denna. Förvaltningsrätten noterar att det av förfrågningsunderlaget utvärderingskriteriet "Kostnad för entreprenad" framgår att förväntade tilläggsarbeten ska utvärderas. Kommunen har däremot inte vidare preciserat omfattningen av de förväntade tilläggsarbetena. De särskilda föreskrifterna ger inte heller någon vägledning avseende omfattningen. Av utvärderingen framgår vidare att kommunen i utvärderingen tagit med summan av à-priser för tilläggsarbeten. Även om det av förfrågningsunderlaget framgår att tilläggsarbeten kommer att finnas borde en preliminär omfattning av dessa ha kunnat anges. Detta särskilt som kommunen angett att den har en god uppfattning om vilka arbeten som brukar tillkomma från tidigare år. Dessutom har man varit medveten om en ny väg som ska anläggas. Förvaltningsrätten anser att anbudsgivarna i detta fall saknat möjlighet att förutse vilka tilläggsarbeten som kommer att utvärderas trots att kommunen haft denna kunskap. Anbudsgivarna har därmed inte heller kunnat avgöra vilka tilläggsarbeten som kommunen tillmäter betydelse vid upphandlingen. Mot bakgrund härav kan anbudsutvärderingen inte heller anses ge ett rättvist resultat. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget redan på denna grund har sådana brister att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen.

### *2. Otillåten komplettering*

En myndighet har enligt 9 kap. 8 § LOU möjlighet att begära förtydliganden och kompletteringar. Bolaget menar att kommunen låtit Reaxer sänka sitt anbudspris efter anbudstidens utgång och att detta utgjort en otillåten komplettering. Kommunen uppger däremot att bolaget och Reaxer behandlats lika och att båda bolagen givits möjlighet att komplettera sina anbud. Förvaltningsrätten finner inte skäl att ifrågasätta kommunens uppgifter i detta avseende. Med hänsyn härtill och då det inte heller framkommit att kommunen skulle ha särbehandlat bolaget bedömer förvaltningsrätten att kompletteringen har skett i enlighet med gällande lagstiftning.

### *3. Referenser*

Förvaltningsrätten har vidare att bedöma huruvida kommunen utformat och tillämpat kriteriet referenser på ett korrekt sätt.

Bolaget menar att kommunen använt kriteriet referenser på ett upphandlingsrättsligt otillåtet sätt. Det är enligt bolaget endast möjligt att använda referenser vid avgörande om en leverantör har tillräckig erfarenhet för att klara det efterfrågade uppdraget. Kommunen har enligt bolaget felaktigt använt referenserna även vid utvärderingen av anbudet.

Något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen kan inte utläsas vare sig av LOU eller av EU-domstolens praxis så länge som dessa kriterier syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Enligt såväl EU-domstolen som svensk domstolspraxis måste en upphandlande myndighet dock skilja på kriterier som rör anbudsgivarnas förmåga att utföra ett uppdrag (kvalificeringskriterier) och på kriterier som har ett samband med kontraktets föremål (utvärderingskriterier).

I nu aktuellt fall har kommunen angett kostnaden för entreprenaden, kvalitet, erfarenhet, referenser och miljö som utvärderingskriterier. Avseende utvärderingskriteriet Referenser skulle anbudsgivarna genom minst två refe-

rensobjekt verifiera att företaget har egenskaper avseende kvalitet, miljö, erfarenhet och samarbetsförmåga. Referenserna kommer således att bedömas och vara avgörande vid utvärderingen av övriga kriterier. Det anförs även att referenserna ska styrka anbudsgivarens egenskaper vad avser kvalitet, miljö etc. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten att kriteriet Referenser huvudsakligen måste vara hänförligt till anbudsgivarens kvalifikationer, dvs. leverantörens förmåga och kapacitet att utföra uppdraget, och inte till föremålet för kontraktet. Det innebär även att anbudsutvärderingen måste anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn. Genom att hänföra referensupptagningen till kriterier för utvärdering i stället för rätteligen till kvalificeringsfasen har kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU.

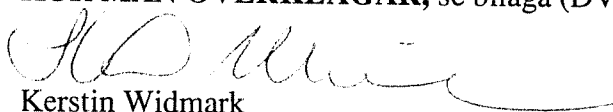
*4. Har bolaget lidit eller kan komma att lida skada*

För att rätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att rättelse ska ske krävs enligt 16 kap. 2 § LOU att den leverantör som ansökt om överprövning lidit eller kan komma att lida skada till följd av myndighetens brott mot bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrätten har tidigare konstaterat att kommunens förfarande när det gäller tilläggsarbeten och referenstagning strider mot 1 kap. 9 § LOU. Även om vinnande bolag Reaxer lämnat ett lägre anbudspris än bolaget går det enligt förvaltningsrätten inte att utesluta att bolaget kunnat få en annan poängbedömning om bristerna avseende tilläggsarbeten och referenstagning åtgärdats. Bolaget har därför enligt förvaltningsrätten lidit skada. Mot bakgrund av att bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska bristerna rättas genom att upphandlingen ska göras om.

---

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

  
Kerstin Widmark





## 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.

