



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Anna Aktermo

DOM
2011-04-26
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 1878-11E

KONKURRENSVERKET	
2011-04-26	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

RenoNorden AS
 Lindebergveien 3 PB 102
 NO-2016 Frogner, Norge

Ombud: Advokat Stefan Gustavsson
 Advokatfirman Fylgia KB
 Box 55555
 102 04 Stockholm

Ombud: Advokat Ulf Hökeberg
 Advokatfirman Fylgia KB
 Box 55555
 102 04 Stockholm

MOTPART

VA SYD, 222000-2378
 Box 191
 201 21 Malmö

Ombud: Erik Backlund
 Box 191
 201 21 Malmö

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse efter den 15 juli 2010

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ”Avfallsentreprenad 2012” ska göras om.

YRKANDEN M.M.

VA SYD genomför upphandling av ”Avfallsentreprenad 2012” som en öppen upphandling. VA SYD beslutade den 11 februari att anta Ragn-Sell AB:s anbud. Upplysning om tilldelningsbeslut lämnades i skrivelse daterad den 14 februari 2011.

RenoNorden AS (Bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas genom att anbudsutvärderingen görs om eller att upphandlingen görs om. Bolaget åberopar att utvärderingskriteriet referenser inte har den nödvändiga kopplingen till föremålet för upphandling utan avser bedömning av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet, att föreskriven viktning mellan kriterierna pris och kvalitet inte anges, att konstruktionen i förfrågningsunderlaget vad gäller referenstagning innebär fri prövningsrätt vid tilldelning av kontrakt, samt att poängsättning vad gäller planer för genomförande och uppstart strider mot anbudsförut-sättningarna samt principerna om likabehandling och transparens. Bolaget har också åberopat EU-domar och en rad kammarrättsavgörande till stöd sin talan.

VA SYD bestrider bifall till yrkandena och har vad gäller utvärderingskriteriet referenser anfört i huvudsak följande. Något generellt förbud mot att beakta referenser vid tilldelningsfasen framgår inte i svensk upphandlingslagstiftning, EU-lagstiftning eller EU-domstolens praxis. VA SYD utför på uppdrag av Malmö stad inhämtning av hushållsavfall i Malmö och Burlöv. Uppdraget är av stor samhällelig vikt och omsätter ej ringa belopp. Tjänsten som sådan är omfattande och kräver i olika avseenden mycket av leverantören. VA SYD och tidigare motsvarande förvaltningar inom respektive kommun har lång erfarenhet av att upphandla tjänster som är i fråga här. En lärdom som har dragits är den svårighet som finns att genom endast pris och av andra av anbudsgivarna i anbudet offererade villkor bedöma den offererade tjänstens kvalitet. Det faktiska utförandet av de upphandlade

tjänsterna har i skilda avseenden och vid skilda tidpunkter skiljt sig från de av anbudsgivarna offererade tjänsterna. Av detta har VA SYD dragit slutsatsen att en utvärdering på enbart anbudets utformning är missvisande och föga ändamålsenlig. I samband med att dessa lärdomar dragits i tidigare avtalsförhållanden har VA SYD erhållit information från andra beställare av tjänster och diskuterat uppkomna situationer med dessa. I dessa kontakter har VA SYD upplevt att de fått en korrekt och igenkännande bild av det sätt som leverantörerna utfört motsvarande uppdrag på annat håll. För att kunna använda sig av den information och de synpunkter som andra beställare har avseende andra utförda uppdrag på ett i förhållande till upphandlingslagstiftningen korrekt sätt med iakttagande av principerna om likabehandling och transparens har VA SYD valt att använda sig av referenser i utvärderingen på det sätt som nu är fråga om. Innehållet i referensfrågorna avser just de aspekter av tjänstens utförande vilka enligt tidigare erfarenheter visat sig skilja sig åt jämfört med vad som uttryckligen angetts i leverantörernas anbud. Övriga aspekter, t ex. uppstarts- och genomförandeplan, kan av samma skäl bäst kan bedömas genom inhämtade referenser. VA SYD har åberopat EU-domar och kammarrättsavgöranden som ger stöd för den så förda talan.

DOMSKÄL

Bestämmelser m. m.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. En i detta mål aktuell fråga gäller referenser som utvärderingskriterium.

En anbudsprövning består av två faser: kvalificeringsfasen och utvärderings-/tilldelningsfasen. I kvalificeringsfasen kontrolleras anbudsgivarnas lämplighet utifrån kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderings- eller tilldelningsfasen, där tilldelning av kontraktet sker i enlighet med antingen kriteriet lägsta pris eller kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser, se bl.a. EU-domstolens mål C-31/87 (Beentjes).

En upphandlande myndighet har vid en bedömning enligt kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet möjlighet att välja de kriterier som den avser ta hänsyn till vid tilldelningen av kontraktet, förutsatt att de är kopplade till föremålet för kontraktet. Uppräkningen i 12 kap 1 § andra stycket LOU är inte uttömmande.

EU-domstolen har i mål C-532/06 (Lianakis) konstaterat att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet ifråga, inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. Vidare framgår av domen att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet ifråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier.

Den s.k. Lianakis-domen har gett upphov till debatt huruvida referenser överhuvudtaget kan användas vid utvärdering. I flera kammarrättsavgöranden har uttalandena i Lianakis-domen tolkats som att det inte föreligger något absolut hinder mot att utvärdera referenser, så länge detta är ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Domstolarna har istället gjort en bedömning från fall till fall utifrån omständigheterna i det enskilda fallet.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

Vad gäller utvärderingskriteriet har Bolaget åberopat bl a att det som referenspersonerna i nu aktuell upphandling ska uttala sig om och som ligger till grund för det avslutande tävlingsmomentet i upphandlingen är 11 underkriterier i frågeform. Frågorna avser bedömning av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet och/eller saknar den nödvändiga kopplingen till föremålet för kontraktet. Förfrågningsunderlaget strider därför mot LOU. VA SYD har anfört att man använt sig av referenser som avser de aspekter av tjänstens utförande vilka enligt tidigare erfarenheter visat sig

skilja sig åt jämfört med vad som uttryckligen angetts i leverantörerna anbud. Övriga aspekter, t ex uppstart- och genomförandeplan kan av samma skäl bäst bedömas genom inhämtade referenser.

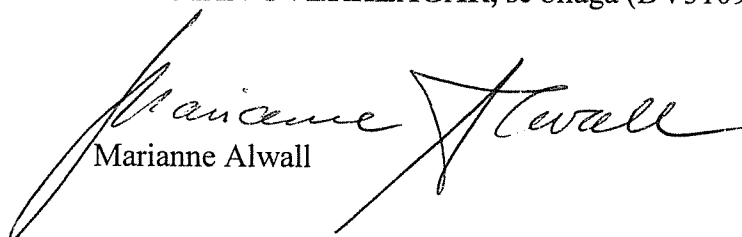
I nu aktuell upphandling har referenterna haft att svara på 11 frågor/ påståenden genom poängsättning mellan 0 – 3, där även halva poäng kan utdelas. Enligt förvaltningsrättens bedömning är flera av frågorna formulerade på ett sådant sätt att de måste anses direkt syfta till att avgöra anbudsgivarens **förmåga** att utföra nu aktuellt projekt, utifrån tidigare genomförda projekt. Exempelvis är den första frågan referenterna ska svara på i vilken mån tjänsten präglats av att det funnits **tillräckliga** resurser i form av personal och fordon och den andra frågan i vilken mån tjänsten präglats av att det funnits **tillfredställande** IT-support och IT-stöd hos Entreprenören. Även flertalet av de övriga frågor får enligt förvaltningsrättens bedömning anses syfta till, om än inte lika explicit, att fastställa anbudsgivarens förmåga att utföra projektet. Den nu aktuella referensupptagningen måste därför enligt förvaltningsrättens bedömning huvudsakligen vara att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer.

Vidare är det svårt att se någon koppling mellan exempelvis fråga 11: ”Om ni skulle handla upp entreprenör just nu, hur skulle ni se på att denna Entreprenör får uppdraget?” och föremålet för nu aktuellt kontrakt. Därtill kommer, allmänt sett, att referensupptagningar lämnar upplysningar om tidigare uppdrag, men inte med säkerhet säger något om kvalitetsnivån i ett kommande tjänster. Till följd härav saknas – oftast – den koppling mellan referenser och föremålet för upphandlingen som krävs för att referensupptagningen ska godtas som ett utvärderingskriterium.

Oavsett de skäl VA SYD anført för att använda referenser vid utvärderingen i nu aktuell upphandling, anser rätten att användandet av referenser på sätt som skett innebär en otillåten sammanblandning av kriterier för urval

och kriterier för utvärdering. Det kan inte uteslutas att Bolaget har lidit eller riskerar att lida skada på grund av detta. Det finns därför grund för ingripande enligt LOU. Däremot utgör de omständigheter som Bolaget i övrigt åberopat, enligt rättens uppfattning, inte skäl för ingripande. Eftersom den konstaterade bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget anser rätten att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1B LOU)


Marianne Alwall



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 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 nå 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