



LÄNSRÄTTEN I
VÄSTMANLANDS LÄN

DOM
2009-05-05
Meddelad i Västerås

Mål nr
482-09

KONKURRENSUTSKYTT	
2009-05-06	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Structor Miljöteknik AB, 556622-0736

Ombud:

Advokat Liselott Fröstad och jur. kand. Helena Skagerberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Västerås kommun
Stadshuset
721 87 Västerås

SAKEN

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

YRKANDEN M M

Fastighetskontoret i Västerås kommun (FK) har genomfört upphandling avseende ramavtal för konsulttjänster inom förorenad mark och byggnader. Enligt tilldelningsbeslut den 4 mars 2009 (dnr 2008/544-FN-061) ska ramavtal upprättas med tre av sjutton anbudsgivare. Structor Miljöteknik AB (bolaget) har inte antagits som leverantör i upphandlingen.

Bolaget yrkar, som det slutligen bestämt sin talan, att länsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse i form av ny anbudsutvärdering har vidtagits på så sätt att bolagets referenser värderas enligt de värderingsregler som gäller för upphandlingen samt, för det fall länsrätten finner att rättelse inte är möjlig, att upphandlingen ska göras om.

Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. FK har brutit mot principerna om likabehandling samt förutsebarhet och därmed mot 9 kap. 9 § LOU genom att när man tagit referenser och vid utvärderingen därefter, krävt betygssättning på en skala från 1 – 4 för att en referens ska beaktas, att man vid utvärderingen inte har följt de kriterier som enligt upphand-

Dok.Id 39569

Postadress Box 1001 721 26 Västerås	Besöksadress Sigurdsгатan 22	Telefon 021-19 56 00 E-post: lansrattenivastmanland@dom.se	Telefax 021-13 20 25	Expeditionstid måndag – fredag 08:30-12:00 13:00-16:00
--	--	--	--------------------------------	--

lingsföreskrifterna skulle ligga till grund för bedömningen av mervärdet av respektive anbud samt tillmäta ett omdöme värdet 0 vilket motsvarar betyget "mindre bra" enbart på grund av att det avgetts med ord och inte med siffror. Detta innebär sammantaget att utvärderingen inte har skett i enlighet med upphandlingsföreskrifterna vilket medfört att anbuden jämförts med varandra på ett sådant sätt att den inbördes ordningen mellan anbuden påverkats av ovidkommande hänsyn samt att anbuden har värderats felaktigt vilket lett till att det inte är de mest fördelaktiga anbuden som antagits. Eftersom bolaget vid en korrekt genomförd upphandlingsprocess hade erhållit ramavtal har man lidit skada på grund av det sätt på vilket upphandlingsprocessen utförts. Det föreligger därför skäl att besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts.

FK bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget avsnitt UF6.3 framgår bl.a. att anbudsprövningen kommer att ske på affärsmässiga grunder och att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden kommer att antas, dvs. det anbud som har lägsta timarvode med hänsyn till visst mervärde. Vid utvärderingen reduceras timarvodet med mervärdet. När det gäller punkterna 2 – 5 förbehåller sig beställaren rätten att göra en subjektiv bedömning utifrån de handlingar som bifogas anbudet samt uppgifter från egen erfarenhet och andra referenser. Beställarens erfarenhet väger tyngre än andras referenser. Stort värde kommer att fästas på punkterna 2 – 3 och 5, uppdragets genomförande, samarbetsförmåga och lyhördhet, tidshållning/leveranstider.

Det som påstås i ansökan om överprövning såvitt avser vad referensen uppgivit vitsordas inte. Referensen har informerats om att FK vill att denne ger sifferbetyg, men har enbart lämnat muntliga omdömen, vilket framgår av den tjänsteanteckning som gjorts på den handling som använts vid referenstagningen. För att kunna jämföra olika omdömen med varandra använder FK normalt en skala från 1 – 4 i sina skriftliga eller muntliga enkäter till referenserna. Detta är ett led i den subjektiva bedömning FK förbehållit

sig enligt upphandlingsföreskrifterna. En referens ovilja att lämna sifferbetyg tolkas av FK som att denne inte är beredd att medverka som referens varför FK i dylika fall anser att endast ett 0-betyg är möjligt att sätta.

Den värdering av anbudet som enligt UF6.3 ska ske enligt en skala från ”mindre bra”, ”ok”, ”bra” och till ”mycket bra”, är ett hjälpmedel för FK för att kunna omvandla FK:s subjektiva bedömning till ett mervärde i pengar. Vilket omdöme som väljs av dessa baseras, så som tydligt anges i upphandlingsföreskrifterna, på de handlingar som bifogas anbudet, samt uppgifter från egen erfarenhet och andras referenser där beställarens erfarenhet väger tyngre än andra referensers. Vid den totala värderingen av bolagets anbud har, oavsett de uppgifter som framkommit vid referenstagningen avseende bolaget, FK:s egna erfarenheter av bolaget fått avgörande betydelse. Bolaget har därför åsatts värdet 0. Bilagorna 3 och 4 har utgjort FK:s underlag för sin bedömning av bolaget vilket även det har framförts till bolaget via e-post och dessa utvisar detaljerat hur anbudsvärderingen genomförts av FK. Utvärderingen av bolagets anbud har skett i enlighet med upphandlingsföreskrifterna och rangordningen av anbudet är riktig.

Bolaget har i yttrande bl.a. uppgivit följande. Att FK förbehåller sig rätten att göra en subjektiv bedömning samt att FK:s erfarenhet ska väga tyngre än andra referenser innebär i princip att FK förbehåller sig fri prövningsrätt vilket lämnar stort utrymme för godtycklighet. Om FK fritt kan välja bland externa och interna referenser kan tillräckligt många negativa interna röster samlas för att på detta sätt sänka omdömena för en viss leverantör. Att tillmäta de interna referenserna ett lika högt eller högre värde än de externa referenserna strider mot likabehandlingsprincipen eftersom detta kommer att otillåtet gynna eller missgynna de leverantörer som sedan tidigare varit etablerade. FK kan därför inte göra någon annan utvärdering vad avser medelvärdet än utifrån de referenser som respektive anbudsgivare lämnat.

När det gäller bolagets referenser har FK endast kontaktat fem av de nio som bolaget lämnat. Bolaget hade bl.a. lämnat flera referenser från Västerås kommun som dessutom var rangordnade högt i bolagets lista. Av dessa har dock FK endast tagit referenser från en. För det fall kravet var att samtliga referenser skulle betygsätta anbudsgivare från 1 – 4 och en av referenserna vägrade göra detta skulle FK rimligtvis ha kontaktat någon av de övriga fyra kvarstående referenserna för att få ett jämförbart resultat med övriga anbudslämnare. Bolagets uppfattning är att den poängsättning som har skett inte har varit förutsebar och inte heller medfört att anbudslämnarna behandlats lika. Att en referens ovilja att lämna sifferbetyg tolkas som att denne inte är beredd att medverka som referens och att då endast 0-betyg är möjligt att sätta framgår inte av förfrågningsunderlaget och strider mot principen om förutsebarhet.

Att skalan ”mindre bra” till ”mycket bra” skulle vara ett hjälpmedel för FK att omvandla FK:s subjektiva bedömning framgår inte heller av förfrågningsunderlaget och torde stå i direkt strid med de EG-rättsliga principerna. Att FK:s egna erfarenheter vid värderingen av bolagets anbud fällt avgörandet oavsett de uppgifter som framkommit vid referenstagningen strider mot principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Referens nr 1 och nr 11 avsåg bolagets tidigare projekt med FK. FK har i denna upphandling inte tagit någon referens från nr 1, utan har istället dragit egna slutsatser från detta projekt som är direkt felaktiga och icke underbyggda. FK var inte inblandad i projektet annat än som remissinstans. Referens nr 2 har också lämnat mycket goda referenser. Om referens nr 2 hade haft dåliga erfarenheter från bolagets arbete torde detta ha framkommit vid referenstagningen, så var dock inte fallet.

FK har därefter inkommit med yttrande med anledning av vad bolaget anfört ovan.

Länsrätten har den 13 mars 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas genom att avtal inte får ingås innan länsrätten avgör målet slutligt eller annat förordnar.

DOMSKÄL

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.

Av 12 kap. 2 § framgår att 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

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, eller i
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

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 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.

Länsrätten gör följande bedömning.

För all offentlig upphandling gäller att vissa grundläggande EG-rättsliga principer måste iakttas. Dessa kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU och innebär att bestämmelserna i lagen ska tolkas mot bakgrund av dessa principer. De grundläggande principerna är principen om likabehandling, icke-diskriminering, transparens (öppenhet), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Av dessa är det principerna om transparens och förutsebarhet som kommer ifråga i detta mål. Principerna innebär att upp-

handlingsprocessen ska kännetecknas av att processen är förutsebar och öppen.

I LOU saknas detaljerade regler för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat liksom bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlag. Utgångspunkten är dock att alla leverantörer ska ha samma information för att kunna behandlas rättvist. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget dessutom vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Kraven ska vara proportionella och uppfylla övriga relevanta gemenskapsrättsliga principer.

Av upphandlingsföreskrifterna UF6.3 s. 7-8 framgår bl.a. följande angående värderingsgrunder vid prövning av anbudet.

Anbudsprövningen kommer att ske på affärsmässiga grunder. De ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden kommer att antas, dvs. det anbud som har lägsta timarvode med hänsyn till nedanstående mervärde. Dvs. vid utvärderingen reduceras timarvodet med nedanstående mervärde. När det gäller punkterna 2 – 5 förbehåller sig beställaren rätten att göra en subjektiv bedömning utifrån de handlingar som bifogas anbudet samt uppgifter från egen erfarenhet och andras referenser. Beställarens erfarenhet väger tyngre än andras referenser. Stort värde kommer att fästas på punkterna 2 – 3 och 5, uppdragets genomförande, samarbetsförmåga och lyhördhet, tidshållning/leveranstider.

1. Fast enhetligt timarvode
Beräknas genom viktning av angivna priser med 20% på uppdragsansvarig och 80% på handläggare.
2. Uppdragets genomförande
3. Samarbetsförmåga och lyhördhet
4. Förmåga att hantera oförutsedda situationer och avvikelser
5. Tidshållning/leveranstider

Mervärdet (i SEK) kommer att räknas ut enligt en skala från ”mindre bra”, ”ok”, ”bra” och till ”mycket bra”, där mindre bra ger 0 kr, ok ger 30 kr, bra ger 60 kr och mycket bra ger 100 kr.

Av frågeformulär angående referenstagning av anbudsgivare som skickats till referenserna framgår bl.a. följande.

Vi är tacksamma om ni fyller i nedanstående frågeformulär så enkelt och tydligt som det går och sätter ett betyg i skalan 1 – 4, där 4 är högsta betyget och 2 är godkänt, för varje frågeställning där ni kan sätta betyg. Som alltid finns det olika tolkningar på en frågeställning men av ert svar kommer vi säkert förstå hur ni tolkat frågan och kunna göra en bedömning.


I upphandlingsföreskrifterna UF6.3 anges inte hur FK:s subjektiva bedömning kommer att värderas vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Det har därför inte varit möjligt att göra en rimlig bedömning av hur efterföljande värdering skulle komma att ske. Av det nu anförda följer att upphandlingsföreskrifterna strider mot 12 kap. 2 § och 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande kraven på transparens och förutsebarhet. Av upphandlingsföreskrifterna UF6.3 framgår inte att referenserna ska betygsätta leverantörerna med sifferbetyg på en skala från 1 – 4. Inte heller framgår av det frågeformulär angående referenstagning av anbudsgivare som skickats till referenserna att värdet på en avgivet omdöme åsätts värdet 0 om inget betyg i skalan 1 – 4 sätts vid referenstagningen. Upphandlingsföreskrifterna strider även i den delen mot 1 kap. 9 § LOU.

Länsrättens bedömning är att upphandlingsföreskrifternas utformning avseende värderingsgrunderna medför att FK i princip har förbehållit sig fri prövningsrätt vilket inte är förenligt med LOU (jfr t.ex. dom av Kammarrätten i Jönköping den 30 juni 2006 i mål nr 1607-05). Det finns anledning att anta att det som framkommit i målet medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. På denna grund finns det skäl att besluta om åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU. Med anledning av vad som framkommit ovan finner länsrätten att felet är av den art och omfattning att rättelse inte kan komma ifråga. Länsrätten finner därför att förhållandena är sådana att upphandlingen ska göras om.

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Structor Miljöteknik AB:s begäran om att upphandlingen avseende ramavtal för konsulttjänster inom förorenad mark och byggnader ska göras om.

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


Leif Gäverth
lagman
sp