

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2009-12-21
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6680-09 E
Rotel 24

SÖKANDE

KP Måleri AB, 556322-8088
Britt Sahlgrens gata 4
421 31 Västra Frölunda

Ombud: Jur.kand. Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPART

Göteborgs Stad
Upphandlingsbolaget
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

SAKEN

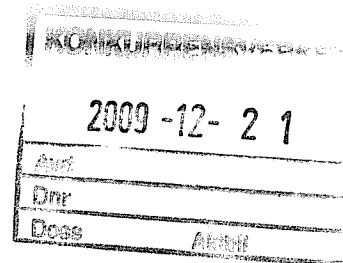
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten avslår överklagandet i den del som avser bolagets yrkande om att upphandlingen ska göras om.

Länsrätten avskriver överklagande i den del som avser yrkandet om att upphandlingen ska rättas på så sätt att ramavtal ska tecknas med bolaget.

Länsrättens beslut från den 4 september 2009 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 184187

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

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

Telefax
031-711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM****BAKGRUND**

Göteborgs Stad Upphandlingsbolag AB (Upphandlingsbolaget) har begärt in anbud på målningsarbeten för Göteborgs Stads förvaltningar och bolag (dnr 300/08) för tecknande av ramavtal för tiden juni 2009 till och med juni 2011 med möjlighet att förlänga avtalet till och med december 2012. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Av tilldelningsbeslut den 25 augusti 2009 framgår att avtal kommer att tecknas med 13 leverantörer och att KP Måleri AB (bolaget) rankats som nr 14.

Länsrätten beslutade den 4 september 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar bolaget att rättelse ska ske på så sätt att ny kvalificering av anbudsgivare ska ske och att det anbud som lämnats av leverantören före bolaget ska förkastas. Bolaget har även yrkat att länsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats samt anfört bl.a. följande. Utvärderingen har bestämts att bestå av pris på ett fiktivt uppdrag som ger varje anbudsgivare en summa. Från den summan kan sedan avdrag och påslag ske för olika kriterier i kronor för att utvärdera vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Vidare har Upphandlingsbolaget angett att kvalitets- och miljöledningssystemet ska redovisas vid avtalskrivningen jämte bevis på att det är i drift. Det angavs också att det är ett skall-krav för kategorin "målning" att ha kvalitets- och miljöledningssystem. Det finns ett antal utvärderingskriterier för att utvärdera vilket av anbuden som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Samtliga dessa utvärderingskriterier saknar koppling till själva föremålet för ramavtalet och siktar endast på anbudsgivarens förmåga och organisation. Sådana kriterier hör till kvalificeringsfasen och inte till utvärderingsfasen, dvs. dessa kriterier kan inte ge underlag för att bedöma vilka anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga.

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Upphandlingsbolaget har sammanblandat omständigheter hänförliga till kvalificeringsfasen med omständigheter som är hänförliga till utvärderingsfasen genom att bl.a. använda certifiering av miljöledningssystem som ett utvärderingskriterium och vid utvärderingen bedömt anbudsgivare som är certifierade som de ekonomiskt mest fördelaktiga. Samma resonemang gäller även de referenser som Upphandlingsbolaget har krävt att anbudsgivare ska lämna. Det är dock något oklart vad Upphandlingsbolaget har avsett med referenserna eftersom man har angett att dessa inte kommer att ligga till grund för utvärderingen. Det är felaktigt och motsägelsefullt eftersom angivandet av referenser ändå har betydelse för utvärderingen. Lämnas inga referenser ges ett påslag med 10 000 kr i utvärderingen. Då Upphandlingsbolaget inte avsett att använda dem vid utvärderingen saknar de koppling till föremålet för kontraktet och kan inte utgöra någon grund för bedömningen av vilka anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga. Upphandlingsbolaget har agerat i strid mot 11 kap. 1 § LOU, praxis och de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Detta genom att sammanblanda kvalificeringskrav och utvärderingskriterier, dvs. använda utvärderingskriterier som inte är kopplade till kontraktsföremålet. Upphandlingsbolaget har handlat i direkt strid mot LOU.

Bolaget hävdar vidare att Upphandlingsbolaget inte har upprättat protokoll enligt 9 kap. 12 § andra punkten LOU. Tilldelningsbeslutet, dvs. den handling som enligt Upphandlingsbolaget är utvärderingsprotokollet, uppfyller inte de krav som ställs på ett utvärderingsprotokoll. Det går inte att utläsa av tilldelningsbeslutet vad respektive anbudsgivare erhållit reduceringspoäng för utan det anger endast en sammanlagd summa för reducering. Tilldelningsbeslutet uppfyller inte kraven på ett utvärderingsprotokoll.

Upphandlingsbolaget har angivit att kontroll av ovan angivna skall- och börkrav sker först vid avtalsskrivningen. Detta innebär dels att anbudsgivare erbjuds en förlängd anbudstid, dels att det är omöjligt för andra anbudsgivare att kontrollera om Upphandlingsbolaget har genomfört en korrekt kontroll av anbudsgivare/anbud. Vidare omöjliggör detta förfarande för

anbudsgivare att kontrollera riktigheten i anbudsutvärderingen, dvs. att anbudsgivare uppfyller uppställda krav och har erhållit korrekt prispåslag/prisavdrag vid utvärderingen. Vidare innebär detta förfarande att anbudsgivare kan fräntas möjligheten till överprövning eftersom kontrollen sker först vid avtalsskrivningen. Förfarandet innebär att del av kvalificerings- och utvärderingsfasen genomförs efter det att tilldelningsbeslut meddelats, vilket strider mot principerna om likabehandling och transparens.

Det har meddelats olika tilldelningsbeslut med olika antal antagna anbudsgivare. Upphandlingsbolaget inte har dragit någon ekonomisk gräns i förväg eftersom gränsen för antalet antagna tilldelningsbesluten skiljer flera tusen kronor. Upphandlingen är därför godtycklig. Upphandlingsbolaget har inte i förväg bestämt kriterierna för hur många som ska antas till ramavtalet och upphandlingen brister härvidlag i förutsägbarhet och transparens. Det föreligger en uppenbar risk för särbehandling genom att vissa av anbudsgivarna tillåtits att rätta sina anbud och det ifrågasättes också på vems initiativ rättelse skett. Upphandlingsbolaget får i egenskap av upphandlande myndighet endast tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning etc., dvs. initiativet måste komma från anbudsgivaren. Upphandlingsbolaget har efter att de två första tilldelningsbesluten meddelats angett att anbudsgivaren ska styrka ställda skall-krav genom att skicka in aktuella bevis. Upphandlingsbolaget betonade att i det fall anbudsgivaren inte i tid inkommit med dessa bevis skulle dessa uppgifter betraktas som felaktiga och anbudet uteslutas vid en ny utvärdering. Det förefaller ostridigt i målet att inlämnade anbud har poängsatts utifrån om respektive anbudsgivare har olika ledningssystem. Fler poäng har i enlighet med förfrågningsunderlaget tilldelats de anbudsgivare som har tredjeparts-certifierade ledningssystem än till de anbudsgivare som inte har erhållit sådan certifiering. Vidare förefaller det ostridigt i målet att poängsättningen i en upphandling är hänförligt till utvärderingsfasen, dvs. anbudsgivarna har redan vid den tidpunkten kvalificerat sig till utvärderingen.

**LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Upphandlingsbolaget anser att bolagets yrkande ska avslås och anför bl.a. följande. Bestämmelserna i 11 kap. LOU handlar om kontroll av leverantörers lämplighet och val av deltagare m.m., dvs. kvalificeringsfasen. Allmänt gäller att kvalificeringskraven ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Av särskilt intresse i detta ärende är även de bestämmelser som handlar om kvalitetsledningssystem och miljöledningssystem. Den upphandlande myndigheten får ställa kvalificeringskrav på leverantörernas metoder för att säkra kvaliteten och på en tredjeparts-certifiering av kvalitetslednings- och miljöledningssystem på i lagen angivna villkor. Det senare kravet har Upphandlingsbolaget inte ställt upp. Kvalificeringskrav har ställts avseende kvalitet och miljö helt i linje med LOU:s krav. Den utvärderingsmodell som har använts är "den ekonomiskt mest fördelaktiga". Bestämmelsen i 12 kap. 1 § LOU är exemplifierande och bl.a. används begrepp som kvalitet och miljöegenskaper. Redan av lagtexten framgår således att kvalitet och miljöegenskaper både kan utvärderas och användas som kvalificeringskrav. Kravet på utvärderingskriterierna är att de är kopplade till föremålet för kontraktet – i detta fall måleritjänster – att de inte ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet, att de uttryckligen anges och att de överensstämmer med grundläggande gemenskapsrättsliga principer. Vad gäller tredjeparts-certifierade ledningssystem har Konkurrensverket dragit slutsatsen att dessa endast berör leverantörens "organisation" och att de därför inte kan användas som utvärderingskriterier utan endast som kvalificeringskrav. Detta är emellertid ett tankefel. Ett ledningssystem, oavsett om det avser kvalitet eller miljö, omfattar visserligen hela leverantörens organisation men syftar till att säkerställa kvalitet och miljöegenskaper hos den produkt eller tjänst som organisationen producerar eller levererar. Det blir därför fel att hävda att ledningssystemen enbart berör "organisationen". Ett ledningssystem har en direkt påverkan på den produkt/tjänst som kunden köper och därmed är den direkt kopplad till kontraktet. Ett tredjeparts-certifierat kvalitetsledningssystem eller miljöledningssystem är inte samma sak som kvalifice-

ringskravet på leverantörernas metoder för att säkra kvalitet enligt AFC.22/AFD.22. Någon sammanblandning av kvalificering och utvärdering har således inte skett. Att t.ex. ett måleriföretag genomgår hela den omfattande processen för att skapa ett kvalitetsledningssystem som granskas av en oberoende tredje part två gånger per år har naturligtvis en positiv påverkan på miljöegenskaperna på målningsarbetet som innefattar färger, lösningsmedel, restprodukter m.m. Om tredjepartscertifiering krävs redan i kvalificeringskraven så påverkas miljön aktivt. Å andra sidan kommer de företag som inte har tredjepartscertifierade miljöledningssystem idag att utestängas och då riskeras den långsiktiga uthålligheten på marknaden för måleriföretag. Sådana krav bidrar till att oligopolisera den fria marknaden och nästa gång det upphandlas måleritjänster kanske det inte inkommer 29 anbud utan betydligt färre. De valda kvalificeringskraven avseende miljöledningssystem samt utvärdering av tredjepartscertifiering är den lämpligaste lösningen. Detta för att bibehålla en uthållig och väl fungerande konkurrens på marknaden samt aktivt påverka miljön.

Alla anbudsgivare har lämnat fem referenser och behandlas på samma sätt. Något påslag på 10 000 kr har inte gjorts för någon enda anbudsgivare och ingen av anbudsgivarna kan sägas ha lidit någon skada.

Valet av antal leverantörer i respektive tilldelningsbeslut bedöms efter behov och offererad kapacitet enligt anbudsförfrågan. Det första tilldelningsbeslutet baserades på leverantörernas egna angivna uppfyllelse av kraven på kvalitetsledningssystem, miljöledningssystem och arbetsmiljösystem. Detta skedde helt enligt Oreos elektroniska utvärdering. Sammanlagd kapacitet hos antagna leverantörer var 205 personer. Det andra tilldelningsbeslutet gjordes efter påpekande från anbudsgivare och en manuell kontroll av de elektroniska anbuden. Det uppdagades att det blivit fel i några kolumner från anbudsgivare. Efter revidering av anbudspriserna skickades detta tilldelningsbeslut ut och den sammanlagda kapaciteten var 231 per-

LÄNSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

soner. Om man tar bort den sist antagna leverantören minskar kapaciteten med 50 personer, vilket innebar otillräcklig kapacitet. Det tredje tilldelningsbeslutet tillkom efter det att kontroll av leverantörernas ledningssystem för kvalitet, miljö och arbetsmiljö gjorts. Enligt förfrågningsunderlaget skulle detta göras vid kontraktstillfället. Det uppdagades då att oriktiga uppgifter förekom i flera leverantörers anbud, vilket fick till följd att rangordningen fick revideras ytterligare en gång. Sammanlagd kapacitet blev då 239 personer. Om den sist antagna leverantören togs bort minskar kapaciteten med 38 personer vilket innebar otillräcklig kapacitet. Samtliga tilldelningsbeslut har således värderats efter den offererade kapaciteten och bedömt behov. Det är således inte x antal leverantörer som efterfrågats.

Bolagets påstående att något utvärderingsprotokoll inte upprättats eller meddelats anbudsgivarna måste vara ett missförstånd då de både fått det och skickat in det till länsrätten. Enligt förfrågningsunderlaget ska kontroll av lämnade uppgifter göras innan kontraktsskrivning och Upphandlingsbolaget har kontrollerat lämnade uppgifter från de leverantörer som är aktuella för kontraktsskrivning. Vid denna kontroll fanns det uppgifter som var felaktiga, varvid dessa fick rättas till och ny utvärdering gjordes. Enligt 10 kap. 2 § finns det inget som säger att en leverantör som lämnat felaktiga uppgifter ska uteslutas. Anbudssökande och anbudsgivare ska snarast möjligt skriftligen underrättas om de beslut som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. Upphandlingsbolagets uppfattning är att de tilldelningsbeslut som skickats ut uppfyller lagens krav. Det finns ranking, leverantör, pris innan reducering, reduceringssumma och pris inklusive reducering samt kapacitet. I förfrågningsunderlaget finns det uppgifter om hur varje kriterium ska utvärderas och vilken reducering det medför. Avslutningsvis betonar Upphandlingsbolaget att enligt förfrågningsunderlaget ska certifikaten avseende kvalitet, miljö och arbetsmiljö kontrolleras i samband med avtalsskrivning. Detta har skett genom att anbudsgivarna kontaktats via mejl. Förfarandet innebär

att anbudsgivarna konkretiserar redan i anbudet lämnade uppgifter avseende certifikat för ledningssystemen kvalitet, miljö och arbetsmiljö. Detta är helt i enlighet med lagstiftarens intentioner. I LOU står i klartext att den upphandlande myndigheten får begära in förtydligande/kompletterande handlingar som avses i 11 kap., som bl.a. handlar om just tredjepartscertifierade ledningssystem. Anbudsgivare har inte särbehandlats i lagens mening och konkurrensen på marknaden har inte begränsats.

DOMSKÅL

Länsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller mot någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet, 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.

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.

Vad först gäller bolaget invändning att Upphandlingsbolaget blandat ihop kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen görs följande överväganden. Bolaget anför att Upphandlingsbolaget har låtit samma kriterier vara en del i kvalificeringsfasen som i utvärderingsfasen, och att det inte är den lämpligaste lösningen för att bibehålla en väl fungerande konkurrens på marknaden för måleritjänster. Enligt EG-direktiven och den svenska upphandlingslagstiftningen ska skillnad göras mellan prövning av anbudsgivarens lämplighet och utvärdering av anbud. EG-domstolen har emellertid anförts att detta inte utesluter möjligheten att bedömningen av anbudsgivarens lämplighet och utvärderingen av anbud sker samtidigt (mål C-31/87 p. 16

Gebrieders Beentjes BV). Detta tolkar länsrätten som att samma kriterium kan användas vid såväl kvalificeringen av en leverantör som utvärderingen av ett anbud. Vid tilldelning av kontrakt på grundval av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet får den upphandlande myndigheten själv välja ut de kriterier som den vill lägga till grund för tilldelningen. Förutsättningar för detta är dock att kriterierna har samband med kontraktsföremålet, inte ger myndigheterna en obegränsad valfrihet och är förenliga med de grundläggande principerna som kommer till uttryck i LOU. I förfrågningsunderlagets avsnitt 3.2.4. AFB.15 "Förutsättningar för upphandlingen" anges att för kategorin målning ska anbudsgivare ha kvalitets- och miljöledningssystem för att komma ifråga som entreprenör/leverantör. I delen "Kravspecifikation" har anbudsgivaren möjlighet att avstå från miljöcertifiering och istället avstå från ett prisavdrag i samband med anbudsutvärderingen. Sammanfattningsvis har bolaget haft samma möjligheter som övriga anbudsgivare att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och har kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. Det saknas därmed skäl att på denna grund ingripa mot upphandlingen.

Bolager har härefter invänt att det strider mot principerna om likabehandling och transparens att kontroll av angivna skall- och bör-krav sker först vid avtalsskrivningen, dvs. minst tio dagar efter det att tilldelningsbeslutet meddelats. Vidare har bolaget anfört att Upphandlingsbolaget inte upprättat ett protokoll där skälen till att kontrakt eller ramavtal inte tilldelats en leverantör framgår. Av tilldelningsbeslutet framgår vilket pris leverantören lämnat och hur stor reducering som gjorts samt vilken kapacitet företaget har. Av den information som lämnats i tilldelningsbeslutet kan utläsas hur urvalet av leverantörer har skett. Om de vinnande leverantörerna vid avtalsskrivningen inte uppfyller i ställda krav och en ny utvärdering görs innebär det att en tiodagarsfrist börjar löpa och leverantörernas möjlighet att ansöka om överprövning inte går förlorad. Länsrätten anser att de upplysningar som lämnats i tilldelningsbeslutet om resultatet av utvärderingen är tillräckliga och därmed inte utgör skäl för åtgärd med stöd av LOU.

Vad gäller det uppställda kravet på referenser i kravspecifikationen delar länsrätten bolagets bedömning att detta använts som ett tilldelningskriterium. För de anbudsgivare som inte uppgett efterfrågat antal referenser skulle ett avdrag göras med 10 000 kr. Kravet på att uppge referenserna syftar inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i anbudsutvärderingen och borde inte ha använts i utvärderingsfasen. I målet är emellertid ostridigt att avdrag inte gjorts för någon leverantör och bolaget har inte visat att det på grund av bristen i förfrågningsunderlaget lidit skada. Det saknas därför skäl även på denna grund ingripa mot upphandlingen.

Vad slutligen gäller den av bolaget åberopade grunden att olika antal leverantörer antagits i tre olika tilldelningsbeslut gör länsrätten följande överväganden. I anbudsfrågan anges vid rubriken "Värderingsgrunder vid prövning av anbud" att prövning av anbuden kommer att ske utifrån ett fiktivt avrop för ett arbete enligt delmomentet anbud och krav samt prislista. Utvärderingsmallen är olika för olika kategorier. De leverantörer som har det ekonomiskt mest fördelaktiga anbud enligt denna utvärderingsmall kommer att antas. Antalet leverantörer bedöms efter behovet och offererad kapacitet. Upphandlingsbolaget har i anbudsfrågan endast angett att antalet leverantörer kommer att bestämmas av behov och kapacitet. I de tidigare tilldelningsbesluten har antagits först åtta och senare tio leverantörer med en sammanlagd kapacitet om 205 personer respektive 231 personer. I det tilldelningsbeslut som är föremål för överprövning har 13 leverantörer antagits med en sammanlagd kapacitet om 239 personer. Genom att i förfrågningsunderlaget inte ange hur många leverantörer, alternativt hur stor den sammanlagda personalkapacitet som skulle finnas hos de leverantörer man avsåg att teckna avtal med, gavs stort utrymme för godtycke. Enligt länsrättens mening kan upphandlingen i den delen inte anses uppfylla kravet på transparens och förutsebarhet var därför åsidosatt vilket strider mot LOU. Bolagets anbud, som efter utvärderingen rankats som nr 14, är således inte en av de 13 leverantörer som valts ut och kan till följd härav antas