



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-10-08
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
8213-12 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Ohlssons AB, 556559-3497
Varvsvägen 91
261 35 Landskrona

MOTPART

Hylte kommun
314 80 Hyltebruk

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012-11-12	
Avd	
Dnr	
Dass	AKIB1

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 163730

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

Telefax
031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Hylte kommun (Kommunen) har genomfört en upphandling avseende Avfallshämtning. Av tilldelningsbeslut meddelat den 18 juni 2012, med bifogad anbudssammanställning, framgår att Sandahls tilldelats kontraktet.

YRKANDEN M.M.

Ohlssons AB (Bolaget) har ansökt om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för yrkandet anförs i huvudsak följande. Utvärderingskriteriet referenser har inte den nödvändiga kopplingen till föremålet för upphandlingen utan avser bedömning av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet. Lianakis-domen C-532/06 är tydlig med att kriterier som avser erfarenhet, kvalifikationer och resurser inte är kriterier för tilldelning. Referenstagning är visserligen möjlig men då ska man ta hänsyn till att referenstagning alltid är subjektiv, att den ska ske på ett sätt som inte går att manipulera, att den baseras på mer än en referens, att den är ägnad att identifiera det mest fördelaktiga anbudet och att upphandlande myndighet fritt ska kunna välja mellan referenser så att referenstagningen inte innebär fri prövningsrätt vid tilldelningen. I förevarande upphandling har Kommunen blandat ihop kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Frågorna i referensuppdrag 1 är specifikt kvalifikation då bedömningen har gjorts på anträffbarhet, samarbete med uppdragsgivaren, förmågan att hålla tider och budget/ekonomi samt helhetsintryck. Dessutom har Kommunen bara begärt in en referens som ska betygsätta entreprenören, upp till 30 poäng av max 110 poäng i hela tilldelningsfasen. Referensen är troligtvis tillrättalagd av entreprenören och då Kommunen inte har möjlighet att välja någon annan referens faller hela syftet med referenstagning. Bolaget har valt att skicka in en lista på alla dess pågående renhållningsentreprenader som Kommunen fritt kunnat välja bland. Kommunen valde då sig själva, vilket lämnar utrymme för att ha agerat i egen sak. Kommunen har

kunnat sänka eller höja referensomdömet för att få den entreprenör som önskats, vilket i praktiken innebär fri prövningsrätt vid tilldelningen. Även referensuppdrag 2 är ren kvalifikation, då referensen ska svara på om entreprenören har utfört liknande uppdrag åt referensen. Om Bolaget hade haft Sandahls betyg från referens 1 och vice versa hade Bolaget tilldelats upphandlingen. Detta utan att Kommunen hade kunna fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet då Bolaget hade det högsta priset. Konkurrensverket skriver bland annat i sin Analys Referenser i anbudutvärdering 2009-04-28 att "en upphandlande myndighet bör vara noggrann i valet av tilldelningskriterier så att dessa verkligen är avsedda och lämpliga för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i den aktuella upphandlingen. Kriterier ska också vara kopplade till kontraktsföremålet, dvs. det uppdrag som ska utföras eller de varor som ska levereras. I de fall referenser används får dessa inte syfta till att bedöma leverantörens tidigare erfarenhet, eftersom detta (i regel) hör hemma i leverantörskvalificeringen. Om tidigare erfarenhet ska kunna användas som utvärderingskriterium måste det i så fall innebära ett "mervärde" i den aktuella upphandlingen och bidra till att fastställa det mest fördelaktiga anbudet." Bolaget vidhåller att utvärderingskriteriet referenser inte har den nödvändiga kopplingen till föremålet för upphandlingen utan avser bedömning av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet, att poängviktningen av referensuppdrag 1 och 2 skiljer sig och denna konstruktion i förfrågningsunderlaget vad gäller referenstagning innebär fri prövningsrätt vid tilldelning av kontrakt, att denna typ av referenstagning ska ske i kvalificeringsfasen och inte i utvärderingsfasen samt att poängsättningen gällande anträffbarhet, samarbete med uppdragsgivare, hålla tider, hålla budget/ekonomi och helhetsintryck strider mot anbudsförutsättningarna och principerna om likabehandling och transparens i LOU.

Hylte kommun (Kommunen) anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Föremålet för den aktuella upphandlingen är insamling

av hushållsavfall samt transport och avlastning av hushållsavfallet till kommunens avfallsanläggning. Som grund för tilldelning har Kommunen valt att anta det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt. Förutom det offererade priset beaktades vid utvärderingen om s.k. 2-facksbilar fanns för utförandet och entreprenörens erfarenhet från liknande uppdrag. I enlighet med utvärderingsmodellen inhämtades uppgifter från två referenser. Den första referensen har rangordnat anbudsgivaren utifrån fem delkriterier med 1 – 6 poäng, där 1 motsvarar dåligt och 6 motsvarar mycket bra. Såväl delkriterierna, poängskalan som hur den uppnådda poängen skulle beaktas vid utvärderingen redovisas i förfrågningsunderlaget. Den andra referensen har endast tillfrågats huruvida anbudsgivaren utfört liknande uppdrag åt denna. Ett jakande svar har värderats till 10 poäng och ett nekande svar till 0 poäng. Om referensuppdrag saknas med anledning av att företaget nyligen startats skulle 15 poäng tilldelas anbudsgivaren. Kvalificeringsfasen syftar till att fastställa att anbudsgivaren är kapabel att genomföra ett kontrakt och utvärderingsfasen hur väl det kan genomföras. Av 12 kap. 1 § 2 st. LOU framgår att 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, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalititet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. De kriterier som Kommunen ställt upp tar sikte på service (anträffbarhet och samarbete) och funktionella förtjänster (hålla tider, budget/ekonomi och helhetsintryck). De kriterier som referensen ombetts gradera syftar till att ge den upphandlande myndigheten ett mått på hur anbudsgivaren tidigare genomfört, utfört och hanterat uppdrag och inte anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Kriterierna kan således inte anses huvudsakligen avse bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra föremålet för upphandlingen. Därmed kan de också utgöra kriterier för tilldelning. Den tillämpade utvärderingsmodellen uppfyller de krav i fråga om transparens, förutsebarhet och likabehandling som ställs i LOU

och gemenskapsrätten. Det framgår av förfrågningsunderlaget vilka kriterier som den av anbudsgivaren lämnade referensen skulle uttala sig om, hur poängsättningen skulle ske samt vilken vikt som skulle tillmätas referensens utlåtande. Anbudsgivaren har således haft full insikt i utvärderingen och har därigenom kunnat anpassa sitt anbud och de lämnade referenserna utifrån hur utvärderingen skulle gå till. Mot denna bakgrund kan utformningen av utvärderingsmodellen varken ha medfört att Bolaget lidit eller riskerat att lida skada.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 4 och 6 §§ första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Kommunen har genomfört en upphandling avseende avfallshämtning. Av förfrågningsunderlaget framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas och att de kriterier som ska värderas är pris, innehav av

2-facksbilar och entreprenörens erfarenhet av liknande uppgifter inklusive referenser. Bolaget har ansökt om överprövning och anfört att utvärderingskriteriet referenser inte har den nödvändiga kopplingen till föremålet för upphandlingen utan avser bedömning av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet. Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte finns några hinder mot att använda referenstagning i utvärderingen så länge de är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga priset. Inte heller finns det några bestämmelser som anger hur många eller hur få referenser som får efterfrågas. Det viktiga i sammanhanget är att de grundläggande principerna inte träds för när. De egenskaper som referensen i aktuell upphandling ska bedöma, med en poängskala om 1-6, gäller anträffbarhet, samarbete med uppdragsgivaren, förmågan att hålla tider och budget/ekonomi samt helhetsintryck. Frågeställningarna är tydliga och enligt förvaltningsrättens mening knutna till föremålet för upphandlingen då de tar sikte på hur väl tidigare uppdrag har genomförts och således syftar till att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga priset. Kriterierna kan inte anses vara att hänföra till kvalificeringsfasen där kapaciteten och förmågan att utföra ett uppdrag ska kontrolleras. Vidare anser förvaltningsrätten att det förefaller rimligt att anbudsgivare, som har möjlighet, väljer att skicka in referenser från uppdragsgivare som varit nöjda med tidigare prestation. Att referensen skulle vara "tillrättalagd av entreprenören" såsom Bolaget anfört får anses vara en naturlig följd av referenstagning. En annan sak är att ett uppställt krav på att fler referenser skulle lämnas in, medför att Kommunen då får ett bredare underlag. Ett sådant förfarande skulle emellertid innebära att anbudsgivare som inte funnits i branschen en längre tid och hunnit med att utföra uppdrag åt flera uppdragsgivare skulle få ett sämre utgångsläge än de mer erfarna. Det skulle å sin sida då kunna ifrågasättas om ett sådant förfarande verkligen var proportionerligt. Kommunen har valt att låta en referens lämna omdöme om anbudsgivaren och det får då anses vara upp till var och en att själv välja vem som ska tas upp som referens i anbudet. I förevarande upphandling har Kommunen valt att inte

enbart ta in en referens för att besvara frågor enligt ovan, utan dessutom en för att konstatera erfarenhet av liknande uppdrag sedan tidigare. Enligt förfrågningsunderlaget ska 10 poäng (vilket motsvarar ca en tiondel av hela poängsättningen) ges till de anbudsgivare som har tidigare erfarenhet och 15 poäng till de anbudsgivare som helt saknar erfarenhet och således inte heller kan lämna referenser. Enligt praxis från EU-domstolen (jfr mål C-532/06) kan emellertid inte bedömning av erfarenhet, på så sätt som skett, utgöra ett kriterium för tilldelning. Den delen av referenstagningen skulle rätteligen därför inte ha gjorts i utvärderingsfasen. En sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen har således skett. Samtidigt konstateras att det endast rör sig om 10 poäng och att både det vinnande anbudet och Bolaget fått dessa poäng. Om dessa räknas bort blir utfallet trots allt detsamma och någon skada för Bolaget har således inte skett. Inte heller anser förvaltningsrätten att detta misstag skulle ha hindrat andra potentiella anbudsgivare att lämna anbud. Det står därför inte i rimlig proportion att göra om upphandlingen till följd av detta fel.

Bolaget har vidare anfört att det mest ekonomiskt fördelaktiga priset inte uppnåtts eftersom Bolaget, som lämnat ett dyrare pris, skulle ha vunnit upphandlingen om betygen från referenserna varit de omvända. Förvaltningsrätten kan i detta sammanhang endast konstatera att det just är detta som är konsekvensen med det ekonomiskt mest fördelaktiga priset, som alltså är en sammanvägd bedömning av ett antal kriterier. Priset ensamt blir således inte utslagsgivande.

Mot bakgrund av ovanstående anser förvaltningsrätten att det fel som begåtts inte är tillräckligt allvarligt för att upphandlingen ska göras om. Detta i all synnerhet som det inte påverkar utgången i utvärderingen. Inte heller i övrigt strider utvärderingsmodellen eller förfarandet i stort mot de grundläggande principerna i LOU. Ansökan ska därmed avslås.

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

Bengt Hasselberg

Föredragande i målet har varit Carina Nithander.



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 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 uppge 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

