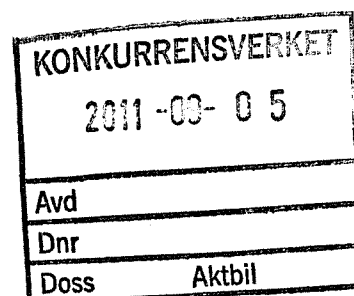




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2011-09-01
Meddelad i Karlstad

Mål nr
1744-11 E



SÖKANDE

Örebro Elektrikern AB, 556166-8848
Norra Lillåstrand 11
703 65 Örebro

MOTPART

Örebro kommun
Upphandlingsenheten
Box 30070
701 35 Örebro

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Örebro kommun har inlett en offentlig upphandling avseende "Entreprenörer – El starkström" i syfte att sluta ramavtal med entreprenörer för regelbundet återkommande små och medelstora arbeten inom området starkström; d.v.s. lågspänningsställverk, reservkraftanläggningar etc. Upphandlingen genomförs enligt bestämmelserna för öppet förfarande och förfrågningsunderlaget är daterat den 6 december 2010. Sista anbudsdag angavs till den 21 januari 2011.

I förfrågningsunderlaget, punkten 1.2.10, angavs bl.a. följande.

- Antagen entreprenör ska ha erforderliga personella och tekniska resurser för uppdragets genomförande. Entreprenören ska också ha en sådan organisation, kapacitet och erfarenhet att denne kan förväntas kunna genomföra uppdraget.
- För att styrka detta ska anbudsgivaren lämna fem referenser (ej personer anställda inom Örebro kommun) på liknande uppdrag, ej äldre än två år. Upphandlande myndighet kommer att till tre, av de av anbudsgivaren angivna referenserna, tillsända bifogat underlag, för referenser. Upphandlande myndighet ansvarar för den korrespondensen, anbudsgivare ska inte inhämta underlaget från referenser. Svaren är kvalificerande för anbudsgivare, uppnås inte medelvärde 7 så kommer anbud ej att anses kvalificerat för att utvärderas; ej heller om svaret på enskild fråga understiger 5.
- Örebro kommun kan komma att använda sig av egna referenser inom kommunen om erforderliga erfarenheter av anbudsgivaren finns.

YRKANDEN M.M.

Örebro Elektrikern yrkar i första hand att Örebro kommuns upphandling ska rättas genom att bolagets anbud kvalificeras och att ny utvärdering där- efter görs. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Örebro Elektrikern anför i allt väsentligt följande till stöd för sin talan.

I kvalificeringskriterierna har förfrågningsunderlaget endast angivits att anbudsgivaren ska lämna referenser. I punkt 1.2.10 har föreskri- vits att anbudsgivaren ska lämna 5 referenser (ej anställda inom Öre- bro kommun). Till dessa fem referenser har upphandlande myndighet avsett att skicka tre underlag för inhämtande av poängsättning. Kommunen har i förfrågningsunderlaget angivit att svaranden är kva- lificerade för anbudsgivare på så sätt att uppnås inte medelvärde 7 kommer anbudet inte att anses kvalificerat för att utvärderas och inte heller om svar på enskilda fråga understiger 5.

Kommunen har angivit att man kan komma att använda sig av egna referenser inom kommunen om erforderliga erfarenheter av anbuds- givare finns. Någon närmare beskrivning av hur dessa egna referen- ser ska användas finns inte, inte heller att de kan användas på så sätt att ett skall-krav inte uppfylls.

Örebro Elektrikern har lämnat erforderligt antal referenser som till- sammans givit ett medelvärde om 8,94 poäng. Kommunen har därefter diskvalificerat Örebro Elektrikern eftersom kommunens egen re- ferens besvarat frågorna med ett värde om mindre än 5. Kommunens egen referens är Rolf Larsson, han har lämnat tre betyg under 5. Rolf Larsson tillhör kommunfastigheter.

Kommunens eget svar har således inneburit att Örebro Elektrikern diskvalificerats. Detta innebär att kommunen förbehåller sig fri pröv- ningsrätt gällande vilka anbudsgivare som ska anses vara kvalifice- rade. Detta strider helt och hållet mot den offentliga upphandlingens grundläggande principer.

Referensen är inte objektivt lämnad. Rolf Larsson har inte bara läm- nat den diskvalificerande egna referensen utan har dessutom suttit i den grupp som varit med och tagit fram förfrågningsunderlaget.

Till saken hör att det uppmärksammats att Örebro kommun köpt bland annat elektrikutrust utan tillämpning av tidigare upphand- lade ramavtal, detta beror på att Örebro Elektrikern uppmärksammat befattningshavare och medier på detta förhållande. Det finns därför

anledning att tro att den inom Örebro kommun angivna referensen diskvalificerat Örebro Elektrikern på godtyckliga grunder.

Felaktig diskvalificering

Diskvalificeringen av Örebro Elektrikern är felaktig då bolaget uppfyller samtliga skall-krav. Det finns inte något i förfrågningsunderlaget som föreskriver hur kommunens egen referens kan innebära diskvalificering. Det står inte att den träder helt i stället för övriga fem lämnade externa referenser. Såvitt gäller poängsättning är det endast angivet i kravet såvitt gäller fem externa referenser. Det är endast externa referenser med lägre värde än fem som kan diskvalificera anbudsgivare enligt det ställda kravet. Det finns inte något i förfrågningsunderlaget som ger kommunen rätt att diskvalificera anbud på grund av den egna referensen. Utifrån förfrågningsunderlaget har diskvalificering skett felaktigt eftersom stöd för sådant agerande saknas.

Kommunens agerande står i strid med likabehandlingsprincipen. Anbudsgivarna behandlas inte lika om några anbudsgivare arbetat åt kommunen tidigare och kommunen kan med egen referens omkullkasta övriga referenser. Såvitt gäller Telectromontage Staaf El & Teleteknik har inte egen referens inhämtats trots att detta bolag för närvarande har avtal med kommunen under nuvarande ramavtal. Samtliga anbudsgivare som arbetat åt kommunen tidigare har således inte behandlats lika eller omfattats av kommunens interna referenshämtning.

Bristfällig motivering av diskvalificeringen

I tilldelningsbeskedet har inte grunden för diskvalificeringen angivits. Beskedet har lämnats muntligen till bolaget. Information som legat till grund för diskvalificeringen har inte gått att kontrollera i efterhand.

Skada

Eftersom Örebro Elektrikern uppfyller samtliga obligatoriska krav skulle Örebro kommun ha utvärderat Örebro Elektrikerns anbud. Vid en normal värdering skulle Örebro Elektrikern ha tilldelats kontrakt då man lagt det lägsta budet. Bolaget har således lidit skada.

Örebro Elektrikern åberopar ett flertal handlingar till stöd för sin talan.

Örebro kommun motsätter sig bifall till ansökan och anför i svar huvudsakligen följande.

Kommunen har i enlighet med förfrågningsunderlaget använt egna referenser inom kommunen då erforderliga erfarenheter av anbudsgivaren funnits. Den interna referenstagningen gick till enligt följande.

1. Verksamhetsansvariga i kommunen med erforderliga erfarenheter gavs möjlighet att lämna referenser på de anbudsgivare som kommunen haft avtal med under året 2010.
2. En intern referent, Rolf Larsson – ansvarig för el på kommunfastigheter, lämnade för sökanden de avgörande referenssvaren, d.v.s. ett medelvärde under 7, samt lämnade på tre enskilda frågor värdesiffror under stigande 5.

Rolf Larsson besvarade samma enkät som övriga referenter besvarat, enkäten följde med förfrågningsunderlaget som bilaga.

Det förhållande att den interna referenten ingick i sakkunniggruppen utgör i sig inte hinder för att lämna referenser. Kommunen måste kunna ta hänsyn till en leverantörs prestationer under pågående avtal i påföljande upphandling. I förevarande fall har kommunen haft avtal med sökanden och upplevt brister i fullgörandet vilket kommit till uttryck genom Rolf Larssons referenser.

I förfrågningsunderlaget anges i punkt 1.2.2 att förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att ett antal obligatoriska krav ska vara uppfyllda. Av kommunens tilldelningsbeslut framgår att sökanden inte uppfyller samtliga obligatoriska krav och att det därför inte ska utvärderas.

Kommunen anser att upphandlingen skett i enlighet med gällande rätt. Skulle förvaltningsrätten vid sin granskning finna att någon brist förekommit har denna inte varit av sådant slag att upphandlingsförfarandet varit i strid med något krav enligt LOU. De gemenskapsrättsliga principerna har inte heller blivit åsidosatta.

DOMSKÄL

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, ska

rätten enligt 16 kap. 5 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt ovan nämnda bestämmelse i 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 iaktas.

För offentlig upphandling gäller kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Utvärderingsmodellen ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Förvaltningsrättens bedömning

Som utgångspunkt innehåller inte upphandlingslagstiftningen något direkt förbud mot att upphandlande myndighet använder sig av en modell där egen referens beaktas i kvalificeringsfasen. Som allmänt krav på en sådan modell gäller dock alltjämt att referenstagningen inte strider mot upphandlingslagstiftningens grundläggande principer.

I förfrågningsunderlaget, punkten 1.2.10, anges att anbudsgivaren ska uppge fem referenser utan koppling till Örebro kommun och att den upphandlande myndigheten kommer att be tre av dessa om referenser. Vidare framgår att Örebro kommun kan komma att använda sig av egna referenser inom kommunen om erforderliga erfarenheter av anbudsgivaren finns. Gällande poängsättning framgår även följande. Svaren är kvalificerande för anbudsgivare, uppnås inte medelvärde 7 så kommer anbud inte att anses

kvalificerat för att utvärderas; inte heller om svaret på enskild fråga understiger 5.

Av handlingarna i målet framgår följande gällande poängsättning avseende Örebro Elektrikern.

- Referens 1 har tilldelat Örebro Elektrikern poäng som uppgår till en genomsnittlig summa om 9,17 (10,10,9,8,9,9)
- Referens 2 har tilldelat Örebro Elektrikern poäng som uppgår till en genomsnittlig summa om 8,33 (9,8,9,8,8,8,)
- Referens 3 har tilldelat Örebro Elektrikern poäng som uppgår till en genomsnittlig summa om 9,33 (9,9,10,9,9,10)
- Kommunens interna referens Rolf Larsson har tilldela Örebro Elektrikern poäng som uppgår till en genomsnittlig summa om 3,67 (5,5,5,4,0,3)

Enligt förvaltningsrättens mening är förevarande modell oproportionerlig då ett lågt delpoäng helt kan diskvalificera en anbudsgivare från upphandlingen utan att en sammanvägning av övriga delpoäng tillåts uppväga detta. Konstruktionen kan inte betraktas vara lämplig, effektiv eller nödvändig för att i förekommande fall beakta kommunens tidigare erfarenhet av anbudsgivare och är sålunda oproportionerligt i relation till detta syfte. Det är vidare förvaltningsrättens uppfattning att det kan ifrågasättas om det framkommit tillräckliga skäl för att bedöma kommunens interna referens som objektiv i den bemärkelse att kraven på likabehandling har efterlevts. Det torde mot bakgrund härav ligga i kommunens intresse att utforma ifrågavarande modell på ett sådant vis att osäkerhet inte råder kring huruvida kommunen är objektiv vid egen poängsättning respektive inhämtandet per se av intern referens.

Vad gäller punkten 1.2.10 i förfrågningsunderlaget noterar rätten att utformningen av förfrågningsunderlaget ifråga om värdering av referenser inte kan betraktas som tillfredsställande med hänsyn till att anknytning enbart gjorts till referenser lämnade av anbudsgivaren. Det kan således i detta avseende ifrågasättas om kommunen, genom utformningen av förfrågningsunderlaget, efterlevt upphandlingslagstiftningens krav på transparens.

Förvaltningsrätten noterar också i detta sammanhang särskilt formuleringen att intern referens *kan komma att användas* om erforderliga erfarenheter av anbudsgivaren finns. Örebro Elektrikern har anfört att anbudsgivaren Telectromontage Staaf El & Teleteknik inte påförts intern referens i kvalificeringsfasen trots att kommunen haft erfarenhet av det angivna bolaget. Av handlingarna i målet framgår att Telectromontage Staaf El & Teletekniks poängberäkning i kvalificeringsfasen endast inbegriper 3 externa referenser. Mot bakgrund av att Örebro Elektrikern obesträtt anfört denna omständighet finner förvaltningsrätten att det är visat att Örebro kommun inte efterlevt likabehandlingsprincipen genom att endast inhämta intern referens i kvalificeringsfasen för Örebro Elektrikern men inte för Telectromontage Staaf El & Teleteknik trots att kommunen haft erforderlig erfarenhet av båda bolagen.

Förvaltningsrätten finner sålunda att upphandlingen, på så vis som angivits ovan, strider mot upphandlingslagstiftningens principer om likabehandling respektive proportionalitet. Detta medför åtminstone risk för skada för de leverantörer som lämnat anbud. Örebro Elektrikern har i första hand yrkat att upphandlingen ska rättas på så vis att Örebro Elektrikerns anbud kvalificeras och att ny utvärdering därefter görs. Enligt förvaltningsrättens mening framstår dock rättelse, mot bakgrund av upphandlingens brister, som otillräcklig. Förvaltningsrätten finner istället att skäl föreligger att bifalla

bolagets andrahandsyrkande och i enlighet härmed förordna att upphandlingen ska göras om.

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



Nathalie Lemaire

Målet har beretts av förvaltningsrättsnotarien Henrik Melin.