



SÖKANDE

Mark o VA i Malmö AB, 556624-3803
Santesson Väg 9
232 91 Arlov

Ombud:

Advokat Magnus Nedström
Jur.kand. Sarah Anderberg
Advokatbyrån Sigeman o Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

MOTPART

Svedala kommun
Kommunhuset
233 80 Svedala

Ombud:

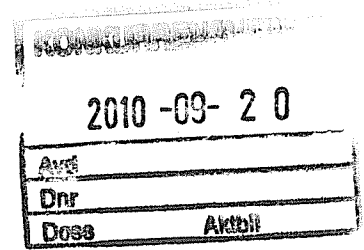
Advokat Ola Jönsson
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 74
201 20 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Mark o VA i Malmö AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att Svedala kommuns upphandling "FSI-Området, Etapp 0, Svedala 306:34 m.fl, förnyad upphandling" ska göras om.



YRKANDEN M.M.

Svedala kommun (nedan kommunen) genomför upphandlingen ”FSI-Området, Etapp 0, Svedala 306:34 m.fl, förnyad upphandling”. Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för förenklat förfarande.

Mark o VA i Malmö AB (nedan Mark o VA) ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på det sättet att utvärderingen av inkomna anbud gjorts om så att det vid poänggivningen avseende Mark o VA:s anbud inte görs någon åtskillnad mellan Unisports referenser och Mark o VA:s referenser.

Kommunen motsätter sig Mark o VA:s yrkanden.

Förvaltningsrätten har den 19 augusti 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Parternas argumentation

Mark o VA: Av EG-domstolens dom i mål C-532/06 (Lianakis m.fl.) framgår att valda utvärderingskriterier skall syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte huvudsakligen avse bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga. Utöver detta måste även beaktas den begränsning som framgår direkt av 12 kap. 1 § LOU och direktiv 2004/18/EG, nämligen att utvärderingskriterier skall vara kopplade till föremålet för kontraktet. Kriterier som avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga, är sådana kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och utgör därför inte kriterier för tilldelning. Vidare har EG-domstolen i mål C-315/01 (GAT) bedömt att det i princip inte är tillåtet för den upphandlande myndigheten att beakta antalet referenser som kriterium för tilldelning av detta kontrakt. Mark o VA anser att de frågor som referensen ska besvara inte

kan anses ägnade att säkerställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Användandet av kriteriet strider således mot LOU.

En upphandlande myndighet kan enligt LOU inte lagligen förbjuda en anbudsgivare från att använda sig av underentreprenörer. I strid med LOU och bakomliggande direktiv görs en åtskillnad mellan om erfarenheten finns inom den egna organisationen eller om underentreprenören har den efterfrågade erfarenheten. En sådan distinktion strider mot LOU:s krav på likabehandling och är inte tillåten. Utvärderingskriteriet gynnar dessutom större leverantörer eftersom det görs en skillnad mellan om man har kompetens inom organisationen eller om en underentreprenör skall användas för en viss del av arbetet. Ett sådant gynnande leder till att konkurrensen begränsas i onödan och kriteriet är således inte proportionerligt i förhållande till syftet med kriteriet. Såvitt Mark o VA vet saknar samtliga anbudsgivare kompetens att utföra läggande av konstgräsytan inom den egna organisationen. Istället utförs dessa tjänster regelmässigt av underentreprenörer som är specialiserade på denna typ av arbeten.

Kommunen: Kammarrätten i Göteborg har i mål 5910-08 klargjort att det av EG-domstolens praxis inte går att utläsa något generellt förbud mot att låta referenser utgöra ett utvärderingskriterium. Kammarrätten uttalade också att referenser från med upphandlingen likvärdiga uppdrag kan ge relevant information för bedömning av vilket anbud som med hänsyn till kvaliteten är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Att det är möjligt att utvärdera tidigare erfarenheter har fastställts av Kammarrätten i Göteborg i mål 7332-08. Kammarrätten konstaterade här att det inte fanns något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare framgår att referensupptagningen i upphandlingen avsett frågor rörande anbudsgivarnas utförande i tidigare sammanhang och att frågorna som ställts till referenspersonerna avsett anbudsgivarnas administrativa hantering av tjänsten, aktiva arbete med förbättring av arbetsmiljön, leverans av rätt tjänst i rätt tid, dialog med beställaren och service mot abonnenterna samt entreprena-

dens prisvärdhet. Kammarrätten fann att dessa kriterier inte kan anses huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och yrkesmässiga kapacitet utan till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst anbudsgivaren erbjuder.

Anläggandet av konstgräs är så pass skilt från annan markentreprenad och kräver kunskap och erfarenhet. Mot bakgrund av att det varit av stor betydelse för kommunen att totalentreprenaden utförs av en kompetensentreprenör med stor erfarenhet av motsvarande entreprenader har kommunen valt att utvärdera anbudsgivarnas referenser. Att använda referenser som utvärderingskriterium har således varit föranlett av kommunens intresse att tilldela kontraktet till den entreprenör som enligt utvärderingen offererat det ekonomiskt mest fördelaktiga entreprenaden. De frågor som referenspersonerna haft att besvara har rört kvalitet på utförd entreprenad, huruvida entreprenaden utförts enligt tidsplan, om det avtalade priset har hållits samt hur nöjd referenspersonen varit med skötsel och uppföljning under garanti-tiden. Frågorna har förväntats leda till ökad kvalitet avseende totalentreprenaden. Frågor av denna karaktär är huvudsakligen hänförliga till föremålet för upphandlingen.

Det är riktigt att Mark o VA samt även övriga anbudsgivare avsett att använda sig av underentreprenörer vid anläggandet av toppskiktet på konstgräsplanerna. När det gäller referensobjekt och utvärdering av detta kriterium har kommunen också valt att ge poäng till de entreprenörer som kan medföra ökad kvalitet till aktuell upphandling. Detta innebär att entreprenörer får högre poäng då de har erfarenhet av att, som totalentreprenör, ansvarat för entreprenader som innehåller anläggande av konstgräs. Att underentreprenörer anlitas för vissa delar av sådana entreprenader förändrar inte bedömningen.

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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU skall en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ 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.

Praxis m. m.

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 utvärderingsfasen, där tilldelning av kontraktet sker i enlighet med antingen kriteriet lägsta pris eller kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Även om det teoretiskt sett inte är uteslutet att kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet och tilldelningen av kontraktet kan äga rum samtidigt, är det enligt EG-domstolen fastslaget att det är fråga om två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Se bl.a. mål C-31/87 (Beentjes).

Bestämmelserna om tilldelning av kontrakt enligt kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet framgår av artikel 53.1 a i direktiv 2004/18/EG (i princip motsvarande med artikel 36.1 i direktiv 92/50/EEG). Uppräkningen, i artikel 53.1 a, av kriterier som den upphandlande myndigheten får välja mellan är emellertid inte uttömmande. Den upphandlande myndigheten har således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Detta val kan dock endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta bekräftas av EG-domstolen i bl.a. målen C-19/00 (SIAC Construction), C-513/99 (Concordia Bus Finland) och C-315/01 (GAT).

EG-domstolen har vidare 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 i fråga, inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. I målet anförde domstolen att artiklarna 23.1, 32 och 36.1 i direktiv 92/50/EEG (i princip motsvarande artiklarna 44, 48 och 53 i direktiv 2004/18/EG) utgör hinder för den upphandlande myndigheten att under ett anbuds-förfarande beakta anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen, inte med hänvisning till att dessa faktorer utgör "kriterier för kvalitativt urval", utan istället med hänvisning till att de utgör "kriterier för tilldelning". EG-domstolen har i mål C-199/07 (ERGA) bekräftat sitt ställningstagande i Lianakis-målet.

Uttalandena i Lianakis-domen har i flera kammarrättsavgöranden 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. Se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i målen 5910-08, 7332-08 och 2295-09, Kammarrätten i Stockholms avgöranden i målen 5512-08 och 3582-09 samt Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 3474-08. I mål 6411-08 sträcker sig Kammarrätten i Göteborg ännu längre och uttalar att det även måste finnas en direkt koppling mellan erfarenheten som utvärderas och kvalitetsnivån på det som ska upphandlas.

I målet aktuellt förfrågningsunderlag

I förfrågningsunderlaget återfinns under punkten AFB.52 "Värderingsgrunder vid prövning av anbud" bl.a. följande.

"Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn till nedanstående utvärderingskriterier:

1. Total anbudssumma 45 %
2. Referensobjekt och erfarenhet från konstgräsfotbollsplaner samt motsvarande entreprenader 45 %
3. Genomförandebeskrivning 10 %

2. Referensobjekt och erfarenhet från konstgräsfotbollsplaner samt motsvarande entreprenader utvärderas för att bedöma i vilken grad anbudsgivaren kan förväntas inneha tillräcklig kompetens att leverera den kvalitet beställaren efterfrågar. Med motsvarande entreprenader avses entreprenader där något av följande delmoment ingått:

- (1) anläggande av idrottsplaner,
- (2) VA-arbeten i motsvarande omfattning som nu aktuell entreprenad,
- (3) markterrasseringsarbeten i motsvarande omfattning som nu aktuell entreprenad.

Referensobjekten får inte sträcka sig mer än 10 år tillbaka i tiden. Erfarenheten skall avse entreprenader utförda av den del (t.ex. region eller avdelning) inom företaget som utgör organisation för uppdraget som denna upphandling avser”.

Av blanketten för betygsättning av referensobjekt framgår att det är följande fyra frågor som referenspersonen ska poängsätta:

- Kvalitet på utförd entreprenad
- Entreprenaden färdigställd enligt överenskommen tidplan
- Entreprenaden utförd till avtalat pris
- Skötsel och uppföljning under garantitiden

Frågorna ska besvaras med omdömena ”Mycket nöjd”, ”Ganska nöjd” eller ”Mindre nöjd”.

Förvaltningsrättens bedömning

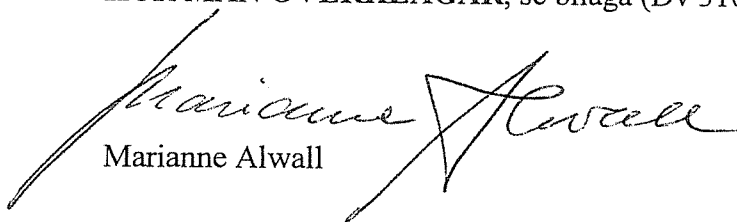
I aktuell upphandling har, som ovan framgår, referenterna haft att svara på hur nöjda de är med kvaliteten på den utförda entreprenaden, om entreprenaden blivit färdigställd enligt överenskommen tidplan, om entreprenaden blivit utförd till avtalat pris samt hur skötsel och uppföljning under garantitiden har skötts. Av förfrågningsunderlaget framgår att referensobjekten utvärderas för att bedöma i vilken grad anbudsgivaren kan förväntas inneha tillräcklig kompetens att leverera den kvalitet beställaren efterfrågar.

Enligt förvaltningsrättens mening måste en referensupptagning som syftar till att utvärdera i vilken grad anbudsgivaren kan förväntas inneha **tillräcklig kompetens** att leverera den kvalitet beställaren efterfrågar huvudsakligen anses vara att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer, dvs. leverantörens tekniska kapacitet vilket är föremål för bedömning vid kvalificeringen. Detta styrks av kommunens uttalande att entreprenören måste ”ha erfarenhet av entreprenader som omfattat anläggande av konstgräs. Kommunen har valt att använda detta som en del i utvärderingskriteriet Referenser, för att på så sätt höja kvaliteten på den entreprenad som skall utföras. Anläggandet av konstgräs är så pass skilt från annan markentreprenad och kräver kunskap och erfarenhet.”

Därtill kommer, allmänt sett, att referensupptagning lämnar upplysningar om tidigare leveranser däremot säger den inget med säkerhet om kvalitetsnivån i en kommande leverans. Till följd härav saknas - oftast - den koppling mellan referenser och föremålet för upphandlingen som krävs för att referensupptagningen kan godtas som ett utvärderingskriterium. Även med beaktande av vad kommunen har anfört som skäl för att använda referenser vid utvärderingen i nu aktuell upphandling kan det, enligt rättens mening, inte anses föreligga sådana förhållanden som undantagsvis medför att referenser kan tillåtas som utvärderingskriterium.

Rätten finner således att utvärderingskriteriet "Referensobjekt och erfarenhet från konstgräsplaner samt motsvarande entreprenader" inte kan anses vara ägnat att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och att detta strider mot 1 kap. 9 § LOU. Det kan inte uteslutas att Mark o VA har lidit eller riskerar att lida skada på grund av dessa ovan redovisade brister. Det finns därför förutsättningar för ingripande enligt LOU. Med hänsyn till att bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Därmed upphör rättens interimistiska beslut från den 19 augusti 2010 att gälla.

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


Marianne Alwall



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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.

