



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2013-09-09
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 14250-13
 Enhet 17

SÖKANDE

Stockholms Rörexpress AB, 556676-2711
 Bäckaskiftsvägen 1
 122 42 Enskede

MOTPART

Nacka kommun
 131 81 Nacka

SAKEN

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att ny utvärdering ska göras varvid Stockholms Rörexpress AB ska anses ha uppfyllt förfrågningsunderlagets krav i svarsformuläret punkt 3.0 SK 5 om att redovisa och bifoga kopia på bevis om giltig allrisk- och ansvarsförsäkring. Bolaget ska vidare vid utvärderingen tillerkännas fyra (4) poäng för referensen Coor Service Managements svar i Referensomdöme för upphandling av VVS-arbeten på fråga 1 (Ledarskap och kompetens) avseende arbetsledares förmåga att entusiasmera sina medarbetare.

Dok.Id 393682

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun genomför en upphandling av VVS-arbeten (ärendenummer TN 2013/54). Upphandlingen genomförs med öppet förfarande. Enligt tilldelningsbeslut, som avsänts från Nacka kommun den 5 juni 2013, har kommunen antagit anbud från annan anbudsgivare än Stockholms Rörexpress AB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolaget bedöms uppfylla kvalificeringskravet avseende försäkring samt att bolaget ska anses uppfylla utvärderingskraven och erhålla fyra poäng för referensen Coor Service Managements svar på fråga i referensformuläret under rubriken Ledarskap och social kompetens avseende arbetsledares förmåga att entusiasmera sina medarbetare. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Kommunen har i upphandlingen åsidosatt de grundläggande principerna för offentlig upphandling avseende likabehandling, transparens och proportionalitet vid bedömning av kvalificeringskrav samt vid utvärdering av anbud. Genom åsidosättandet har bolaget lidit skada, då bolaget vid en korrekt hantering skulle ha tilldelats kontraktet eftersom bolagets anbud har det lägsta priset.

Bolaget uppfyller kravet avseende försäkringar. Bolaget har kryssat i ruta "Ja" på frågan om efterfrågade uppgifter avseende att anbudsgivaren ska redovisa och bifoga kopia på bevis om giltig allrisk- och ansvarsförsäkring har lämnats. I kommentarsruta har bolaget skrivit "Länsförsäkringar" och bifogat giltigt försäkringsbesked. Vidare har bolaget i svarsformuläret intygat att anbudet är fullständigt och att alla efterfrågade dokument har bifogats samt undertecknat anbudet genom behörig företrädare. I ett e-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

postmeddelande från kommunen den 26 april 2013 begärde upphandlaren att bolagets anbud skulle kompletteras. Samma dag lämnade bolaget de begärda uppgifterna till kommunen. Bolaget har uttömmande redovisat att det finns giltig allrisk- och ansvarsförsäkring. Genom att inte godta bolagets redovisning har kommunen åsidosatt principen om likabehandling.

Kommunen har i tilldelningsmeddelandet angett att bolaget inte uppfyller kravet på referenser. I de administrativa föreskrifterna efterfrågas två referenser. Anbudsgivarna har inte tagit någon del i referenstagningen utan den har i sin helhet skötts av kommunen. Enligt referensformuläret önskar kommunen svar från referenspersonen på 13 frågor. Frågorna ska besvaras genom poäng på en skala mellan 1 och 5, där högre poäng visar att entreprenören skött sina åtaganden på ett mycket bra sätt. Det framgår inte av formuläret hur det ska fyllas i, till exempel om man ska ange ja/nej, kryssa i, skriva poäng eller text. Det saknas således anvisningar om hur ifyllandet ska gå till och det är därför otydligt för både referenspersonen och för anbudsgivaren. Det har heller inte framgått för referenspersonen vilken konsekvensen skulle bli om kommunen anser att formuläret inte är rätt ifyllt. I de administrativa föreskrifterna, som referenspersonerna inte har tillgång till, anges att "om anbudsgivaren erhåller 0 poäng på någon av frågorna i referensformuläret från någon referens utsluts anbudsgivaren". I referensformuläret saknas uppgift om att svar kan ge 0 poäng. Skalan anges vara 1-5 poäng. Även i de administrativa föreskrifterna saknas information om i vilka fall ett svar kan bedömas ge 0 poäng eller i vilka fall kommunen kan gå in och ändra referenspersonens svar. Kommunens hantering av referenspersonernas omdömen har inte varit transparent. Om till exempel någon referensperson missförstått en fråga eller inte känt till konsekvenserna av hur man svarar har det kunnat leda till att en anbudsgivare utslutits utan att anbudsgivaren själv gjort något fel.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

En fråga i referensformuläret lyder "entusiasmera sina medarbetare". Denna fråga är mycket svår att besvara för en referensperson, eftersom den berör interna förhållanden hos entreprenören. Det är oproportionerligt att begära av en anbudsgivare att dess referensperson ska poängsätta interna förhållanden som man inte har inblick i. Det referenspersonen kan och ska poängsätta är kvaliteten i det uppdrag som anbudsgivaren utfört.

Bolaget har lämnat två referenser, varav en referens har gett fem poäng på alla frågor. Den andra referensen har gett fem poäng på alla frågor utom en, för vilken man i poängkolumn 4 skriver "Vet ej, men tror det är bra". Referenspersonen har således lämnat sitt svar i poängkolumn 4, som ger fyra poäng. Kommunen har dock gett detta svar noll poäng. Rätteligen borde bedömningen vara att fyra poäng ska utgå. Då kommunen uppenbarligen anser att svaret inte överensstämmer med de administrativa föreskrifterna har kommunen en undersökningsplikt. Kommunen borde ha kontaktat referenspersonen för att utreda svaret, men har underlåtit detta. Det framgår inte av de administrativa föreskrifterna på vilka grunder som kommunen ändrat och bedömt att referenspersonens svar ska ge noll poäng. Det framgår inte annat än att referenspersonen gett bolaget ett mycket gott betyg i genomförandet av uppdraget och det finns ingen anledning att utgå från att svaret på den specifika frågan skulle innebära en lägre värdering än vad som framgår av poängkolumn 4. Att tolka svaret på det sätt som kommunen gjort är diskriminerande. Utöver detta kan ifrågasättas om frågan ska användas för utvärdering och poängsättas. Den avser anbudsgivarens förmåga och hör till kvalificeringsfasen, inte till utvärdering av anbudet och upphandlingsföremålet.

Nacka kommun bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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 principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter 5.4 (Anbudsutvärdering, steg 3) anges bland annat följande. Om anbudsgivare erhåller 0 poäng på någon av frågorna i referensformuläret från någon referent utesluts anbudsgivaren.

I till förfrågningsunderlaget hörande svarsformulär under punkt 3.0 (Svarsbilaga kvalificering) SK 5 anges följande. Anbudsgivaren ska redovisa och bifoga kopia på bevis om giltig allrisk- och ansvarsförsäkring.

Av tilldelningsbeslut daterat den 3 juni 2013 framgår bland annat följande. Stockholms Rörexpress AB har uteslutits i kvalificeringsfasen då kommunen bedömt att ska-kravet enligt SK 5 inte varit uppfyllt samt i utvärderingsfasen där referensomdöme inte har ansetts vara komplett ifyllt enligt ställda krav.

Av utvärderingstabell framgår att kommunen ansett att det saknas ett giltigt försäkringsbevis i bolagets anbud. Vidare anges i tabellen att referensomdöme för bolaget inte är komplett eftersom det saknas svar på vissa frågor.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

I formuläret Referensomdöme för upphandling av VVS-arbeten har företrädare för Coor Service Management, i egenskap av referensperson för Stockholms Rörexpress AB, under punkt 1 (Ledarskap och social kompetens) i kolumnen under poängsiffra 4 och i den ruta som avser frågan om arbetsledares förmåga att entusiasmera sina medarbetare angett "Vet ej, men tror att det är bra".

I försäkringsbrev från Länsförsäkringar Stockholm daterat den 25 oktober 2012 anges att bolaget har allriskförsäkring avseende arbeten och befintlig egendom. Vidare anges att bolaget har en ansvarsförsäkring för person- och sakskada.

Av e-postkorrespondens mellan upphandlare hos kommunen och bolagets företrädare framgår bland annat följande. Kommunen har den 26 april 2013 tillskrivit bolaget och angett att dess försäkringsbrev saknar giltighetstid samt efterfrågat ett giltigt försäkringsbrev. Bolaget har samma dag inkommit med komplettering i form av försäkringsbevis utfärdat av Länsförsäkringar den 26 april 2013, i vilket anges att allriskförsäkring är betald och gällande intill förfallodagen den 1 juli 2013, samt försäkringsbrev daterat den 26 oktober 2012, av vilket framgår att allriskförsäkring och ansvarsförsäkring gäller från och med den 25 oktober 2012 till och med den 30 juni 2013. Bolaget har även i sitt svar till kommunen angett att försäkringen förnyas med ett år i taget.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det med anledning av vad sökanden har anfört i målet finns skäl att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Bolaget har anfört att kommunen felaktigt har uteslutit bolaget på den grunden att bolaget inte skulle ha uppfyllt förfrågningsunderlagets kvalificeringskrav i SK 5 att anbudsgivaren ska redovisa och bifoga kopia på bevis om giltig allrisk- och ansvarsförsäkring. Bolaget anser sig ha uppfyllt kravet och har till stöd för detta bifogat försäkringsbrev utfärdat av Länsförsäkringar, utdrag ur e-postkorrespondens mellan bolaget och kommunen samt kompletterande försäkringshandlingar. Mot bakgrund av vad som framgår av ovan angivna handlingar samt av utredningen i övrigt finner förvaltningsrätten att det i målet måste anses visat att bolaget uppfyllt förfrågningsunderlagets krav att anbudsgivaren ska redovisa och bifoga kopia på bevis om giltig allrisk- och ansvarsförsäkring. Kommunen har därmed inte haft fog för att utesluta bolaget på den grunden.

Bolaget har vidare anfört att det varit felaktigt av kommunen att utesluta bolaget på den grunden att bolaget inte uppfyller kravet vad gäller referenser. Bolaget har även anfört att det varit oproportionerligt att begära av en anbudsgivare att dess referensperson ska poängsätta arbetsledares förmåga att entusiasmera sina medarbetare.

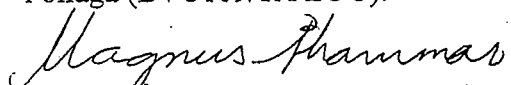
Förvaltningsrätten konstaterar att formuläret Referensomdöme för upphandling av VVS-arbeten möjligen inte varit optimalt utformat till den del det hänför sig till frågan under punkt 1 gällande arbetsledares förmåga att entusiasmera sina medarbetare. Förvaltningsrätten finner dock inte att denna brist i sig kan anses vara sådan att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

Kommunen har uteslutit bolagets anbud på den grunden att bolaget har erhållit noll poäng i ett av de två inkomna referensformulären på ovan nämnda fråga om arbetsledares förmåga att entusiasmera sina medarbetare. Förvaltningsrätten finner att referenspersonen genom att ha fyllt i rutan i poängkolumn 4 får anses ha givit uttryck för ståndpunkten att bolaget ska tilldelas fyra poäng för den aktuella frågan. Bolaget skulle därmed rätteligen ha erhållit fyra poäng i nämnda avseende. Att referenspersonen har angett "Vet ej, men tror att det är bra", medför enligt förvaltningsrättens mening inte att referensformuläret ska anses ofullständigt ifyllt. Mot denna bakgrund har kommunen heller inte haft fog för att utesluta bolaget från utvärdering på denna grund. Kommunen har därmed genom sitt förfarande agerat i strid med LOU.

Bolaget har anfört att man genom kommunens åsidosättande av LOU:s grundläggande principer har lidit skada, då bolaget vid en korrekt hantering skulle ha tilldelats kontraktet eftersom bolagets anbud har det lägsta priset. Kommunen har inte bestritt detta. Förvaltningsrätten finner med hänsyn härtill att bolaget måste anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada av att kommunen brutit mot LOU. Skäl för ingripande föreligger därför. Ansökan om överprövning ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (Dv 3109/1A LOU).


Magnus Åhammar

Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.