



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
 Enhet 2

DOM
 2013-04-16
 Meddelad i
 Linköping

Mål nr
 8301-12

SÖKANDE

M Boije AB, 556590-2987
 Box 103
 221 05 Lund

Ombud: Advokat Carl Sjöstedt
 Advokatfirman VICI HB
 Box 1209
 221 05 Lund

MOTPARTER

1. Trosa kommun
 619 80 Trosa

Ombud: Siv Ann Andemyr
 NBW Advokatbyrå HB
 Box 7704
 103 95 Stockholm

2. Trosabygdens Bostäder AB, 556476-7704
 Trosalundsgatan 4
 619 32 Trosa

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2013 -04- 17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 112947

Postadress
 Box 406
 581 04 Linköping

Besöksadress
 Brigadgatan 3

Telefon
 013-25 10 00

E-post:
 forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
 013-25 11 40

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Trosa kommun och Trosabygdens Bostäder AB (Trobo) genomför en upphandling avseende "Ramavtal för fastighetsunderhåll". Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande och avtal ska tecknas med de tre leverantörer som har de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden med hänsyn till pris, inställetid och referenser. M Boije AB (M Boije) lämnade ett anbud avseende fack-området byggarbeten. I tilldelningsbeslut den 12 december respektive den 14 december 2012 offentliggjordes att M Boijes anbud antogs i andra hand avseende fack-område byggnadsarbeten.

M Boije ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och annan bestämmelse i denna lag, vilket har medfört att M Boije har lidit eller kan komma att lida skada.

Kommunen bestrider bifall till M Boijes ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

M Boije AB

Gemensam eller individuell upphandling

Trosa kommun har tillsammans med Trobo genomfört en gemensam upphandling. Anledningen till att M Boije begärt överprövning enbart av Trosa kommuns tilldelningsbeslut är att bolaget uppfattat förfrågningsunderlaget som att Trosa kommun agerat ombud för Trobo i den genomförda upphandlingen. Bolagets avsikt med ansökan är att den ska träffa samtliga enheter som skulle kunna skriva civilrättsliga avtal baserat på upphandlingen.

Det vitsordas att bolaget nu även fått ett tilldelningsbeslut direkt från Trobo, men bolaget har enbart uppfattat detta som en skriftlig bekräftelse av det tilldelningsbeslut som bolaget tidigare erhållit av kommunen. Trobo är ett kommunalt bolag som såvitt det är känt lyder direkt under kommunen.

Förfrågningsunderlaget är skrivet i singularform med "beställaren" och "kontraktet" respektive "ramavtalets kontraktstid". Det nämns endast på ett ställe i det omfattande underlaget att beställaren avsåg ingå två olika kontrakt, vilket M Boije tidigare inte noterat. Att det förekommer sådana otydligheter i anbudsunderlaget faller tillbaka på den upphandlande myndigheten.

Eftersom det enbart genomförts en upphandling är det samma upphandlingsförfarande som bedöms dels mot Trosa kommun och dels mot Trobo. Det är således ett förfarande som ska överprövas och det saknar betydelse att upphandlingen eventuellt utmynnar i två civilrättsliga avtal.

I upphandlingen har leverantörerna lämnat endast ett anbud, som legat till grund för både tjänster för kommunen och för Trobo. Så vitt det är känt har Trobo, utöver tilldelningsbeslutet, överhuvudtaget inte varit delaktigt i utvärderingen i upphandlingen. Trobo har exempelvis själv aldrig inhämtat några referensuppgifter, utan detta har skett av kommunens representant genom den gemensamma upphandlingen.

Referenser från upphandlande myndighet

Av utvärderingsmatrisen framgår att det anbud som placerades som nummer ett erhöll en slutpoäng om 4,44 poäng och att M Boije erhöll en slutpoäng om 4,37 poäng. Av värderingsmodellen framgår att referenser har

utgjort den tyngst vägande (40 %) bedömningsgrunden vid utvärderingen, till och med större än lämnat pris (30 %).

I det aktuella fallet var referenspoängen direkt avgörande för utfallet av vem som tilldelades upphandlingen. Avseende referenser erhöll det högst placerade anbudet 4,75 poäng och M Boije erhöll 3,42 poäng. Den upphandlande myndigheten har tagit in dessa referensuppgifter per telefon direkt av referenserna, vilket i sig inte är otillåtet men myndigheten ansvarar fullt ut för dokumentationen av dessa samtal och för att riktiga resultat antecknas.

Det har förekommit fel i upphandlingen dels avseende de poäng bolaget erhållit för referenser då bolagets referenser uppger sig ha lämnat andra poäng än de som kommunen redovisar, dels avseende de poäng det högst placerade anbudet erhållit för referenser då en av de referenser bolaget åberopat är den upphandlande myndigheten själv.

Det högst placerade anbudet har som tredje referens åberopat Trobo, vilka gett löpande femmor i betyg vilket höjt slutpoängen så att bolaget avancerade från tredje till första plats i upphandlingen.

Det ifrågasätts i och för sig inte att referenser från den egna upphandlande organisationen kan vara av betydelse för att bedöma om en leverantör är lämplig att utföra ett visst kontrakt, men som upphandlande myndighet måste man vara ytterst försiktig hur man handlägger en sådan upphandling. Utöver pris är det i en upphandling tillåtet att väga in andra värderingsgrunder, men i aktuell upphandling är det anmärkningsvärt att referenserna utgjorde den enskilt största delen av leverantörernas poäng.

För att en myndighet ska få använda sig av egna interna referenser krävs det dels att referensutlämnandet sker på klanderfritt och transparent sätt samt dels att det av förfrågningsunderlaget framgår att erfarenheten i den egna organisationen beaktas i upphandlingen. I aktuell upphandling förekommer det i förfrågningsunderlaget ingen uppgift att erfarenheter i den egna organisationen beaktas i upphandlingen. Genom att Trobo gett det högst placerade anbudet perfekta referenser har man gynnat den aktuella anbudsgivaren på bekostnad av de övriga anbudsgivarna. När myndigheten själv agerar referent kan den på egen hand styra vilket anbud som blir det mest fördelaktiga.

Referenser från den egna upphandlande myndigheten ska inte beaktas i upphandlingen, varvid det högst placerade anbudet inte ska få tillgodoräkna sig poängen från Trobo. Det går även att ifrågasätta om det högst placerade anbudet överhuvudtaget uppfyllt kvalificeringskravet i upphandlingen eftersom man som skall-krav skulle uppge minst tre giltiga referenser. Det högst placerade anbudet ska antingen ges noll poäng avseende sin sista referens eller så ska man underkänna anbudet på grund av bristande kvalificeringskrav. Utgången skulle då bli att det i dagsläget högst placerade anbudet inte skulle vinna upphandlingen och M Boije skulle rätteligen tilldelats upphandlingen.

Felaktig referensupptagning

Utvärderingen av referenser är felaktigt utförd och ifrågasätts då de poäng som M Boijes referenser skulle ha lämnat enligt utvärderingsmatrisen inte stämmer överens med de poäng som referenserna uppgett att de lämnat. M Boije skulle ha tilldelats ytterligare totalt ett respektive tre poäng från två referenser. Dessa avvikelser skulle ha medfört att M Boije skulle ha erhållit tillräckliga poäng för att vinna den aktuella upphandlingen.

Den redogörelse kommunen presenterat för vilka referenspoäng som muntligen inhämtats av M Boijes referenser är daterat 28 december 2012 och är således upprättad långt efter tilldelningsbeslutet. Den saknar bevisvärde för vilka referenspoäng respektive referent faktiskt lämnade. Att sådan förteckning upprättats i efterhand strider mot den grundläggande upphandlingsprincipen om transparens.

Trosa kommun

Gemensam eller individuell upphandling

Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen och Trobo är beställare var för sig och att de benämns ”beställare”, att avtal mellan beställaren och entreprenören sluts genom ett upphandlingskontrakt per beställare samt vilka personer som är ombud för var och en av beställarna. Kommunen har varit ombud för båda beställarna under anbudstiden. Båda bolagen har emellertid lämnat varsina tilldelningsbeslut och kontrakt kommer att tecknas för var och en av beställarna. Upphandlingen har således varit samordnad fram till anbudstidens utgång, men inte därefter. Trobo har gjort en egen utvärdering och fattat ett eget tilldelningsbeslut. M Boije har valt att endast begära överprövning avseende kommunens beslut om tilldelning.

Referenser från upphandlande myndighet

Det är inte otillåtet att en beställare godtar att referenser lämnas genom personer från beställarens egen organisation. Referenser från den egna organisationen är i allra högsta grad relevanta och naturliga att åberopa, speciellt i ett fall som detta då det högst placerade anbudet haft uppdrag åt Trobo under 20 års tid. Av förfrågningsunderlaget ska det framgå om be-

ställaren avser att ta egna referenser, dvs. inhämta uppgifter från personer inom den egna organisationen som inte anbudsgivaren själv har angett.

Skälet till att referenser har getts en något större vikt vid utvärderingen än pris och inställelsetid är att kommunen ansett det angeläget att få en leverantör som tillhandahåller god kvalitet på arbetsinsatserna.

Trobo har gett det högst placerade anbudet goda omdömen vid referenstagningen eftersom Trobo under lång tid varit mycket nöjda med bolagets arbete. Övriga referenser har också gett bolaget goda omdömen. M Boije har fått mindre goda omdömen vid referenstagning som har skett och dessa har redovisats i utvärderingsmatrisen. Att kommunen otillbörligt försökt påverka utgången i upphandlingen saknar grund.

De tre referenser som det högst placerade anbudet åberopat har alla lämnat mycket goda omdömen vad gäller samarbetsförmåga, arbetsledning, förmåga att slutföra i tid samt noggrannhet. Bolaget har i genomsnitt erhållit poängen 17, 20, 20. Det är således inte enbart Trobo som varit nöjd med bolagets arbetsinsatser. M Boije har däremot av sina referenser i genomsnitt endast erhållit poängen 13, 15, 15. Den jämna poängfördelningen för vart och ett av bolagen visat att poängsättningen ger en rättvisande bild av bolagens förmåga att genomföra sina uppdrag.

Felaktig referensupptagning

Den referensupptagningsrapport som lämnats är upprättad 28 december 2012 med anledning av processen i förvaltningsrätten och med anledning av att M Boije ifrågasatt referensupptagningen. Rapporten är ett förtydligande av utvärderingsmatrisen genom att den på ett tydligt sätt återger de frågor som ställts och de svar som lämnats.

Trosabygdens Bostäder AB

Gemensam eller individuell upphandling

Trobo är en självständig juridisk person som fattat egna beslut om tilldelning av kontrakt med anledning av upphandlingen av byggarbeten. Efter att en förenklad upphandling genomförts tillsammans med Trosa kommun har vardera juridisk person fattat egna tilldelningsbeslut. Överprövning har inte begärts av Trobos tilldelningsbeslut, varvid Trobos upphandling inte omfattas av aktuellt mål.

Utvärderingen

Det är inte olämpligt att inhämta referenser från den upphandlande enheten när dessa åberopats av anbudsgivare. Om så inte skedde skulle det inträda en diskriminering av anbudsgivare som haft uppdrag hos ett fåtal beställare och därefter inte skulle få lämna anbud till och begära referenser från sådana. Att vinnande anbud uppgett Trobo som referens är relevant eftersom de haft många uppdrag hos dem.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande 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 vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 4 § LOU framgår att allmän förvaltningsdomstol, efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, får överpröva en upphandling och giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att 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 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Gemensam eller individuell upphandling

M Boije uppger att bolagets ansökan om överprövning ska avse både Trosa kommuns och Trobos upphandling trots att de enbart angett Trosa kommun som motpart och hänvisat till deras tilldelningsbeslut. M Boije uppger att bolaget inte hade fått information att det rörde sig om två olika upphandlingsförfaranden eller att två tilldelningsbeslut skulle fattas.

Trosa kommun har anfört att upphandlingen var gemensam fram till att anbuden öppnades, men att Trobo därefter gjorde en egen utvärdering och fattade eget tilldelningsbeslut. Av handlingarna i målet framgår dock inte annat än att det är Trosa kommuns ombud, kommunens tekniska chef, som har ringt upp och tagit emot muntliga referenser som använts vid båda utvärderingarna.

Av förfrågningsunderlaget, som varit gemensamt för båda beställarna, framgår att upphandlingen kommer att utmynna i att två parter ska teckna kontrakt för olika avtalstider. Det framgår vidare att det kommer att tecknas ett upphandlingskontrakt per beställare. Dessa uppgifter talar för att det är en individuell upphandling för respektive part och att M Boijes ansökan om överprövning endast ska avse Trosa kommuns tilldelningsbeslut och upphandling. Å andra sidan framgår även av förfrågningsunderlaget att

beställaren är Trosa kommun och Trobo, att endast ett anbud ska lämnas per ramavtalskategori och att anbudet ska sändas till Trosa kommun. Vidare framgår att anbudsgivare underrättas genom ett tilldelningsbeslut.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av förfrågningsunderlaget inte klart framgår att kommunen och Trobo har för avsikt att göra två separata utvärderingar av det gemensamma förfrågningsunderlaget och fatta två olika tilldelningsbeslut. Av M Boijes ansökan får anses framgå att det är den gemensamma upphandlingen som bolaget begär överprövning av och inte enbart kommunens del av upphandlingen. Förvaltningsrätten kommer därför att göra en bedömning av om kommunen eller Trobo i den gemensamma upphandlingen brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

Referenser från upphandlande myndighet

M Boije har uppgett att det var fel av kommunen och Trobo att godta och utvärdera den referens från Trobo som det vinnande anbudet angett.

Det är möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser vid en prövning i utvärderingsfasen, så länge det framgår att referenstagningen sker på ett objektiva sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när (jfr. Kammarrättens i Göteborg dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09 samt dom den 18 november 2010 i mål nr 2504-10).

Av AFB. 52 i förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering av referenser görs med avseende på entreprenörens samarbetsförmåga, arbetsledning, förmåga att slutföra i tid samt noggrannhet. Vidare framgår att kontaktpersonen hos referensen ska betygssätta anbudsgivaren med poäng 1-5, där 1 ger underkänt, 2 knappt godkänt, 3 godkänt, 4 bra och 5 utmärkt.

Av förfrågningsunderlaget framgår således vad som kommer att tillmätas betydelse vid referensupptagningen samt hur detta kommer att poängsättas. Anbudsgivarna har alltså inte saknat möjlighet att kunna förutse vad som kommer att bedömas vid utvärderingen. Det har inte heller funnits något förbud i förfrågningsunderlaget att ange upphandlande myndighet som referens.

Förvaltningsrätten finner att det inte förelegat hinder för upphandlande myndigheter att godta referenser från den egna myndigheten och att förfarandet inte strider mot principerna om likabehandling eller transparens.

Felaktig referensupptagning

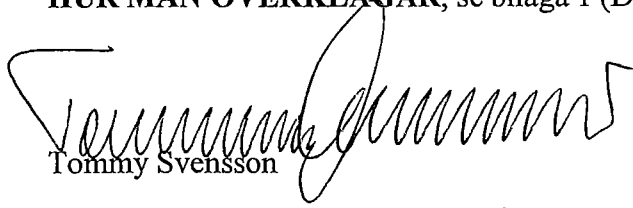
M Boije har uppgett att utvärderingen av referenser är felaktigt utförd eftersom de poäng som bolagets referenser uppger sig ha lämnat inte stämmer överens med de poäng som använts vid utvärderingen.

Förvaltningsrätten finner att M Boije inte har kunnat visa att det skulle föreligga en diskrepans mellan de poäng bolagets referenser lämnat och de poäng som tagits upp i utvärderingen. Deras anförande ger inte tillräckligt stöd för att det upphandlande myndighet skulle ha agerat på ett felaktigt sätt och brutit mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att M Boije inte har visat att upphandlingen har innehållit sådan brister att det finns skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Tommy Svensson

Föredragande har varit Johanna Blom.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 uppges 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 3109/1D LOU