



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Göran Sundberg

DOM
2011-01-24
Meddelad i
Jönköping

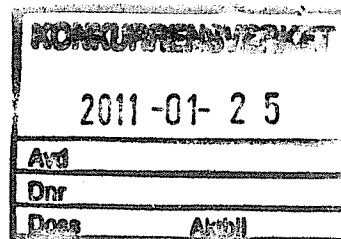
Mål nr
8161-10 E
Domare 1:2

SÖKANDE

AquaSvea AB, 556792-5887
Sven Palms Allé 1
176 68 Järfälla

MOTPART

Jönköpings kommun
Tekniska kontoret
551 89 Jönköping



SAKEN

Överprövning enligt lagen om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Jönköpings kommun genomför en upphandling enligt LUF avseende nybyggnad av en pumpstation med tillhörande installationer, benämnd "Nybyggnad av Pumpstation Talavid". Upphandlingen är handlagd som ett öppet förfarande. Genom tilldelningsbeslut har en annan leverantör än AquaSvea AB (AquaSvea) tilldelats kontraktet.

I förfrågningsunderlaget anges att beställaren kommer att anta det anbud som är det ekonomiskt och tekniskt mest fördelaktiga med hänsyn taget till de på visst sätt viktade kriterierna anbudspris, referenser från tidigare utförda arbeten i nuvarande organisation, entreprenadrelaterat kvalitetssäkringssystem samt entreprenadrelaterat miljöledningssystem.

Dok.Id 26761

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Östra Storgatan 33 A

Telefon
036-15 65 00

E-post:
forvaltningsratten@jonkoping.dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Ansökan om överprövning

AquaSvea yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att anbudsutvärderingen görs om och de av AquaSvea angivna referenserna poängsätts med högsta poäng. I andra hand yrkar AquaSvea att upphandlingen ska göras om och att referenser och kvalitetssystem då inte får utgöra utvärderingskriterier.

Till stöd för sin ansökan anför AquaSvea i huvudsak följande. AquaSvea har, som enda företag, tilldelats 0 (noll) poäng för angivna referenser. Någon motivering till detta har inte angetts i utvärderingsprotokollet. Det anges dock att referenser finns men att de tillhör en underentreprenör. Detta kan tolkas som en motivering. Eftersom de av AquaSvea angivna referenserna avser de arbeten som efterfrågas ska referenserna tilldelas högsta poäng. AquaSvea har rätt att ta hjälp av andra företag för att genomföra projektet och dessa företags erfarenheter, kompetens och referenser är således relevanta. Utvärderingsmodellen enligt Jönköpings kommuns tolkning är diskriminerande för mindre och nystartade företag. Den innebär att denna typ av företag måste lämna ett avsevärt lägre pris än konkurrenterna, trots att de har bedömts vara kvalificerade att utföra arbetet. Om AquaSveas angivna referenser och kvalitetssystem hade värderats med full poäng hade AquaSvea tilldelats kontraktet p.g.a. lägst anbudspris.

Utöver detta kan kriterier som huvudsakligen avser vilka erfarenheter samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivare förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga, inte anses utgöra utvärderingskriterier (se EU-domstolens dom C-532/06 Lianakis). Förekomsten, utformningen och eventuell certifiering av kvalitetssystem kan i konsekvens med detta inte heller utgöra utvärderingskriterier.

Motpartens inställning

Jönköpings kommun motsätter sig bifall till ansökan. Till stöd för sin inställning anför kommunen i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att anbudsgivare ska lämna referenser från tidigare utförda arbeten i nuvarande organisation. Anbudsgivare ska således lämna referenser avseende sin nuvarande organisation, dvs. referenser för anbudsgivaren. AquaSvea har i sitt anbud lämnat referenser som inte avser arbeten utförda av anbudsgivaren. Samtliga fyra referenser som har lämnats av AquaSvea avser arbeten utförda av en underentreprenör. Då ingen av referenserna är hänförliga till AquaSvea har dess anbud i denna del därför poängsatts till noll. Det kan noteras att det av förfrågningsunderlaget och anbudsformuläret framgår att anbudsgivares underentreprenörer genom olika koder/rubriker är klart åtskilda från anbudsgivaren dvs. underentreprenör är inte anbudsgivare/organisation.

Det är tillåtet att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det mest fördelaktiga anbudet. Av förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen framgår att referenser endast inhämtats för att utröna vilket anbud som är det mest fördelaktiga. Upphandlingen och utvärderingen har genomförts helt enligt lagstadgade krav och följer de principer som fastställdes av EU-domstolen i mål C-532/06, Lianakis. Kommunen har varken i förfrågningsunderlaget eller i utvärderingen infört faktorer som inte är acceptabla enligt EU-direktiv, LOU eller EU-domstolens praxis.

Vad gäller utvärderingen av entreprenadrelaterat kvalitetssäkrings- och miljöledningssystem är dessa faktorer helt förenliga med LOU.

Såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingen uppfyller kraven på att leverantören ska behandlas på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

De av AquaSvea anförda grunderna för ansökan utgör varken skäl för att göra om utvärderingen eller upphandlingen.

DOMSKÄL

En leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får enligt 16 kap. 1 § LUF ansöka om åtgärd enligt 5 §. Enligt den bestämmelsen ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse enligt lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Vad först avser frågan om förekomsten, utformningen och eventuell certifiering kan utgöra ett utvärderingskriterium är detta beroende av vilken anknytning kriteriet har till upphandlingsföremålet (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 7 april 2009 i mål 6411-08). Om än förekomsten av kvalitetssäkrings- och miljöledningssystem utgör förhållanden hänförliga till utförarens organisation har förekomsten av sådana system enligt förvaltningsrättens mening en direkt koppling till kvalitetsnivån på det upphandlade uppdraget. Vid sådana förhållanden utgör vad AquaSvea anført i denna del inte skäl för förvaltningsrätten att besluta om åtgärder med stöd av LOU.

Nästa fråga för förvaltningsrätten att ta ställning till är om Jönköpings kommun har förfarit felaktigt då AquaSvea inte kunnat tillgodoräkna sig sina underleverantörers referenser i anbudsutvärderingen då referenstagningen begränsat sig till att avse bolagets nuvarande organisation.

Den första frågan för förvaltningsrätten att bedöma i denna del blir om det med erforderlig tydlighet kan anses framgå av förfrågningsunderlaget att Jönköpings kommun har avsett att inte låta underleverantörer ingå i leverantörens organisation vid anbudsutvärderingen. Som Jönköpings kommun anfört har det i förfrågningsunderlaget och i anbudsformuläret gjorts en åtskillnad mellan leverantören och dess underleverantörer. Härigenom får det med tillräcklig tydlighet anses framgå att Jönköpings kommun avsett att göra en sådan åtskillnad vid anbudsutvärderingen.

Det finns inte något generellt förbud mot att låta referenser utgöra ett utvärderingskriterium, så länge referenstagningen syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Då referenstagningen har begränsat sig till att avse bolagets nuvarande organisation kan däremot utvärderingskriteriet medföra att nystartade företag och även företag som inte arbetar utifrån en konventionell organisation eller i vilken verksamheten bedrivs på ett ickekonventionellt sätt får svårigheter att tilldelas kontraktet. Detta kan medföra att de upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och proportionalitet åsidosätts.

Jönköpings kommun har inte lämnat någon närmare motivering till varför referenstagningen begränsat sig till att avse leverantörens nuvarande organisation samt i vilket avseende detta skulle vara ändamålsenligt, lämpligt och effektivt för att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Ställt mot den konkurrensbegränsning utvärderingskriteriet innebär är det enligt förvaltningsrättens mening att anse som oproportionellt. Mot denna bakgrund träder det angivna utvärderingskriteriet den upphandlingsrättsliga proportionalitetsprincipen förnärlig. Vid denna bedömning saknas det skäl för förvaltningsrätten att bedöma om kriteriets utformning även innebär ett åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

Hade de referenser som anges i AquaSveas anbud tilldelats maximala femton poäng i anbudsutvärderingen hade bolagets anbud ansetts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. AquaSvea har således kommit att lida skada av bristerna i upphandlingen. Bristerna i detta avseende är därför sådana att de motiverar en åtgärd med stöd av LUF.

Eftersom bristerna i upphandlingen är hänförliga till förfrågningsunderlaget har de påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Någon mindre ingripande åtgärd än att besluta att upphandlingen ska göras om kan därför inte väljas.

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


Lena Schön-Barkestam