



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-06-29
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 9953-12
 Enhet 15

SÖKANDE

Bemania AB, 556626-8347
 Sveavägen 155
 113 46 Stockholm

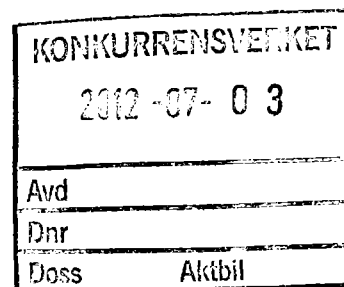
Ombud: jur. kand. Pontus Meilink
 Advokatfirman Inter
 Box 87
 101 21 Stockholm

MOTPART

Österåkers kommun
 184 86 Åkersberga

SAKEN

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Bemania AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 252243

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

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Österåkers kommun har genomfört en offentlig upphandling benämnd Bemanningskonsult ekonomi/administration 2012-37. Upphandlingen har genomförts genom förenklat förfarande med avsikt att teckna ramavtal med flera leverantörer. Anbud kunde lämnas på ett, flera eller samtliga nio efterfrågade tjänster. Österåkers kommun har i tilldelningsbeslut den 3 maj 2012 meddelat att tre leverantörer, avseende delområden 1, 2, 3 och 5, kvalificerat sig för förnyad konkurrensutsättning. I upphandlingsprotokollet daterat samma dag anges att Bemannia AB inte kvalificerat sig då bolaget inte uppfyller krav punkt 3.1.7.

Bemannia AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

Österåkers kommun (kommunen) bestrider bifall till bolagets ansökan om överprövning.

GRUNDER OCH PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har till stöd för sin ansökan anfört i huvudsak följande. Av tilldelningsbeslut och upphandlingsprotokoll framgår att endast tre anbudsgivare kvalificerade sig. Övriga anbudsgivare, däribland bolaget, uteslöts på grund av att de inte uppfyllde kvalificeringskravet 3.1.7 i förfrågningsmaterialet.

Endast en anbudsgivare per kategori har kvalificerat sig

Genom att upphandlingen avsåg ramavtal med förnyad konkurrensutsättning vid avrop så har syftet förfelats genom att endast en anbudsgivare per kategori kvalificerat sig. Därigenom har inte den fulla konkurrensen utnyttjats i upphandlingen, vilket strider mot affärsmässighetsprincipen. För det fall det inte anses att det begåtts felaktigheter vid referenstagningen så måste kvalificeringskravet avseende referenser vara oproportionerligt eftersom endast en anbudsgivare per kategori har uppfyllt kravet.

Brister i referenstagningen

Det kan inte uteslutas att referenterna har missuppfattat hur bekräftelse av uppdragen skulle ske då flera av bolagets referenter bekräftat en kategori men inte svarat på en annan. Vissa referenter verkar ha uppfattat att det räckte med att svara en gång till den upphandlande enheten i tron att denna bekräftelse omfattade alla kategorier personen var referent i. En sådan oklarhet i hur referenspersonerna ska svara avseende ett kvalificeringskrav strider mot LOU. Det borde vid kontroll av referenserna vara uppenbart att det skett något fel eller missförstånd.

Det finns många felkällor vid verifiering av referenserna. Det finns emellertid andra sätt på vilket anbudsgivare kan styrka att referensuppdragen stämmer överens med verkligheten. Kommunen hade också utan risk för att bryta mot LOU kunnat bereda bolaget möjlighet att komma in med alternativ bevisning för referensuppdragen.

Kvalificeringskriteriet referenser har utformats på ett sådant sätt att det är förenat med stor osäkerhet om det uppfylls eller inte. Det finns utrymme för stort mått av subjektivitet och godtycke hos referenspersonen vid själva

frågetillfället. Det framgår inte heller vilka hänsyn referenspersonen ska beakta för att uttala sig om de är nöjda. Ett kvalificeringskrav hänförligt till anbudsgivarens kvalifikationer, kapacitet och resurser ska kunna bestämmas på objektiva grunder. På det sätt kvalificeringskravet är formulerat strider det mot LOU. Förfrågningsmaterialet och de frågor som har ställts till referenspersonerna är förenade med så stora brister att de grundläggande principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet har trätts för när vilket medför att bolaget har lidit skada.

Felaktig användning av utvärderingskriterium i kvalificeringsfasen

Det har efterfrågats om referenspersonen är nöjd med tjänsternas kvalitet. Detta är en utvärderingsfråga som hör hemma i utvärderingsfasen. En sådan fråga kan inte ställas i kvalificeringsfasen. Kommunen har i strid med LOU fört in ett utvärderingskriterium i en upphandling där lägsta pris gäller som tilldelningskriterium. Detta strider mot LOU.

Kommunen har anfört i huvudsak följande. Bolaget har inte uppfyllt ställda krav i enlighet med punkt 3.1.7 i förfrågningsunderlaget och ska därför inte gå vidare till utvärderingen. Kommunen hänvisar till Förvaltningsrätten i Stockholms avgörande i mål nr 8720-11 den 19 maj 2011. Kommunen har vidare gett in e-postkonversation samt inkomna svar från referenterna avseende bolagets anbud.

DOMSKÄL

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU). Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § LOU).

Upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet, transparens och likabehandling. Ett förfrågningsunderlag ska vara så pass tydligt att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer göras. Den upphandlande myndigheten får inte göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits i underlaget och har därför en skyldighet att från utvärderingen utesluta leverantörer vars anbud inte uppfyller ett eller flera s.k. skall-krav. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet. Kraven måste dock vara kopplade till det som ska upphandlas och får inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet. Kraven får inte heller framstå som godtyckliga eller uppenbart osakliga (jfr RÅ 2010 ref. 78). Den upphandlande myndigheten får inte ställa större krav på leverantören än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen (jfr KRNS 6988-10).

Brister i referenstagningen

I punkten 3.1.7. – Erfarenhetet och referenser – i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Tre referenser per tjänst anbudsgivaren lämnar anbud på ska lämnas.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Referensuppdrag får inte vara utfört längre tillbaka än 12 månader räknat från denna upphandlings annonsdatum. Handläggande upphandlare kommer att kontakta tre referenser per e-post under veckorna 15 och 16. Anbudsgivaren ansvarar för att lämnad e-post adress är korrekt, i de fall e-post adressen är fel kommer referensen ej att utvärderas och anbudet förkastas.

Det är viktigt att anbudsgivaren försäkrar sig om att referenten både vill och kan delta. Vidare är det viktigt att referensen har sådan kännedom om referensuppdraget att referenten kan bedöma detta.

Referenspersoner som anbudsgivaren uppger ska finnas tillgängliga per e-post under de två första utvärderingveckorna (anbudsinslämningsdatum och 10 arbetsdagar framåt). Uteblivet referenssvar efter förfrågan från den upphandlande myndigheten inom tio arbetsdagar medför att anbudet förkastas.

För att anbudsgivaren ska kvalificera sig ska referenten vara anställd i den organisation där uppdraget utförts, referensuppdraget avse liknande uppdrag som denna förfrågan gäller, referenspersonen ska vara nöjd med hur anbudsgivare utfört uppdraget, dvs. vitsorda att anbudsgivaren utfört eller utför motsvarande/liknande tjänster med god kvalitet och samarbetsförmåga.

Bolaget har sammanfattningsvis anfört att aktuellt skall-krav utformats på ett sådant sätt att det är förenat med stor osäkerhet om det uppfylls eller inte och att det inte heller framgår vilka hänsyn referenspersonerna ska beakta för att uttala sig om de är nöjda.

Kommunen har lämnat in en sammanställning som visar alla de referenser bolaget angett samt om eller hur de svarat och om referensen är godkänd eller inte. Bolaget har lämnat anbud inom sju av de nio delområdena i upphandlingen. Bolaget har inte uppfyllt kravet i något av de sju områdena. Av kommunens sammanställning samt inkomna svar från referenserna framgår bl.a. följande. Avseende sex av de områden bolaget lämnat anbud på (Administratör, projektadministratör, Controller, Projektekonom, Redovisningsekonom, Ekonomi-/redovisningsassistent) har minst en referens inom varje område inte inkommit med svar på kommunens förfrågan. De som underlåtit att svara på kommunens enkät

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

har inte svarat inom något område. En person, som uppgetts som referens i flera delområden, har i motsatts till vad bolaget anfört lämnat svar till kommunen avseende alla de områden han uppgetts som referens i. I ett av svaren har referenten dock inte besvarat enkäten utan i stället i e-post till kommunen uppgett att han inte kan besvara aktuellt formulär då han inte anlitat bolaget för den typen av befattning (projektkononom). Avseende området redovisningsekonom har kommunen underkänt referensen då referenten i svarsformuläret uppgett att referensuppdraget utförts före den i skall-kravet uppställda tiden. Det framgår således av handlingarna i målet att de av bolaget uppgivna referenterna antingen besvarat kommunens frågor eller inte inkommit med något svar alls. Av aktuellt skall-krav framgår vidare att anbud som inte uppfyller kravet kommer att förkastas. Ingen av de referenter som svarat på kommunens enkät har uppgett att de inte varit nöjda med bolaget. Förvaltningsrätten anser vidare att det av det aktuella kravet framgår hur referenterna ska bedöma om de varit nöjda eller inte.

Förvaltningsrätten finner att det av kommunen uppställda skall-kravet avseende referenstagning är klart och tydligt formulerat och att samma villkor gäller för alla anbudsgivare. Det framstår inte heller som oförutsägbart eller oproportionerligt (jfr förvaltningsrättens dom i mål nr 8720-11). Bolagets ansökan om överprövning kan således inte bifallas på denna grund.

Alternativ bevisning

Bolaget har vidare anfört att kommunen utan risk för att bryta mot LOU kunnat bereda bolaget möjlighet att komma in med alternativ bevisning för referensuppdragen.

I 15 kap. 12 § andra stycket LOU anges att en upphandlande myndighet får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av bestämmelsens ordalydelse framgår att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att begära komplettering. Bolagets ansökan kan således inte bifallas på denna grund.

Utvärderingskriteriet

Bolaget har anfört att kommunen i strid med LOU fört in ett utvärderingskriterium, om referenspersonen är nöjd med tjänsternas kvalitet eller inte, i kvalificeringsfasen i en upphandling där lägsta pris gäller som tilldelningsgrund.

Utvärderingsgrunden lägsta pris innebär att den upphandlande myndigheten ska anta det anbud som innehåller det lägsta priset och som motsvarar kraven på föremålet för upphandlingen såsom dessa framgår av bl.a. förfrågningsunderlaget. Om lägsta pris tillämpas som tilldelningsgrund måste samtliga krav vara obligatoriska. Den upphandlande myndigheten har stor frihet när den bestämmer vilka krav som ska ställas på det som upphandlas så länge dessa krav inte står i strid med LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Såsom framgår ovan anser förvaltningsrätten att det framgår hur referenterna ska bedöma om de varit nöjda eller inte. Något graderat omdöme har inte efterfrågats av den upphandlande myndigheten, utan fråga är om ett obligatoriskt krav som antingen är uppfyllt eller inte. Bolagets ansökan om ingripande enligt LOU kan således inte bifallas på den av bolaget anförda grunden.

Antalet ramavtalsleverantörer

Av förfrågningsunderlaget punkten 1.1.7. – Antal avtalsparter – framgår att ”Den upphandlande myndigheten har för avsikt att teckna avtal med flera leverantörer”. Av punkten 1.1.8. – Avropsordning – framgår att ”Avrop kommer att ske efter förnyad konkurrensutsättning med samtliga kvalificerade och antagna ramavtalsleverantörer. Förfarandet innebär att avrop föregås av skriftlig inbjudan vilken skickas till samtliga ramavtalsleverantörer som har tecknat ramavtal inom aktuellt delområde för att på nytt lämna anbud”.

Bolaget har anfört att syftet med upphandlingen har förfelats genom att endast en anbudsgivare per kategori kvalificerat sig, att den fulla konkurrensen inte utnyttjats i upphandlingen och att detta strider mot affärsmässighetsprincipen.

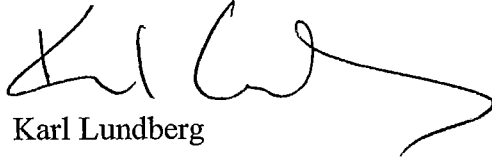
Kommunen har i förfrågningsunderlaget angett att de har för avsikt att teckna avtal med flera leverantörer. Kommunen har i tilldelningsbeslutet uppgett att ramavtal tecknas med tre leverantörer, dock inom olika områden. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att kommunen är skyldig att avbryta upphandlingen för det fall att endast en anbudsgivare per kategori kvalificerat sig. Någon sådan skyldighet följer inte heller av LOU. Kommunen har därmed genom sitt handlande inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller någon av de gemenskapsrättsliga principerna. Ingripande enligt LOU kan därför inte ske på den av bolaget anförda grunden.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att upphandlingen inte kan anses ha skett i strid med de krav som uppställs i LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna.

Grund för ingripande enligt LOU saknas därmed. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Karl Lundberg

Rådman

Föredragande har varit Maja Löfgren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 uppge 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 3109/1A LOU