



SÖKANDE

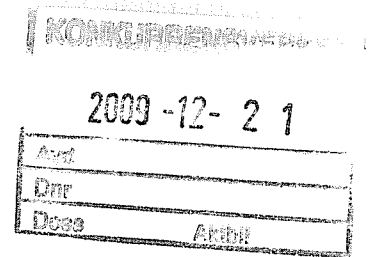
A Bylunds El AB, 556416-0371
Majsvägen 15
892 23 Domsjö

MOTPART

Örnsköldsviks kommun
891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

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



BAKGRUND

Örnsköldsviks kommun (kommunen) har inlett upphandlingen *Eltjänster*, (ärendenummer A 09-30 f.). Upphandlingen har genomförts med öppet förfarande i syfte att ingå ramavtal avseende eltjänster.

I förfrågningsunderlaget angavs bland annat följande.

4.3 UTVÄRDERING AV ANBUD

För att kunna utvärderas gäller att:

- anbudsgivaren har blivit kvalificerad
- kraven på tjänsten uppfylls

Beställaren kommer att pröva om kraven på tjänsten uppfylls genom att granska anbudet.

De kommer sedan att värderas utifrån redovisningar och anbudspris.

Anbudet utvärderas på följande sätt:

Denna upphandling består av 3 utvärderingskriterier och viktas med nedanstående intervall:

Pris 55 % - 70 %
Kvalitet 30 % - 45 %

Pris

Pris utvärderas enligt bilaga "Mall priser och rabatter" där både arbetskostnad och material kommer att utvärderas.

Kvalitet

Kvalitet utvärderas med hjälp av 2 referenter. Kommunen förbehåller sig rätten att använda både interna och/eller externa referenter. Kommunen kommer att kontakta referenterna och ställa frågor enligt bilaga "Referensfrågor".

Kriterierna ska bedömas och poängsättas (se bilaga Anbudsbilaga).

Ett utvärderingskriterium poängsätts utifrån hur väl det uppfyller våra behov. Ju högre poäng desto högre mervärde. Nedan följer en uppställning av definitionerna som används av våra upphandlare när de bedömer olika [...] anbud.

Dessa definitioner syftar till att ge oss som upphandlare värdefulla riktlinjer i vår bedömning samt tydliggöra vårt resonemang i bedömningen av ditt anbud.

- 3 Poäng Ger ett stort och värdefullt mervärde
- 2 Poäng Ger ett klart urskiljbart mervärde
- 1 Poäng Inget mervärde

4.4 ANTAGANDE AV ANBUD

Den anbudsgivare som har det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, med hänsyn taget till utvärderingskriterierna, kommer att tilldelas uppdraget.

Av bilaga till förfrågningsunderlaget benämnd "Referensfrågor" framgår att de frågor som referenterna skulle besvara var följande

1. "Har ni upplevt att leverantören har haft relevant kompetens för att genomföra aktuellt uppdrag?",
2. "Har leverantören varit tillgänglig enligt överenskommelse och hållit uppgjorda tider?",
3. "Uppfattar ni att leverantören kommer med genomtänkta, kompetenta lösningar och åtgärder?",
4. "Stämmer de[n] levererade tjänstens kvalitet överens med uppgjorda överenskommelser?",
5. "Fungerar leverantörens beställningsrutiner enligt tillfredsställelse?", och
6. "Har leverantören någon rutin för återkoppling/rapportering?"

I anbudsbilaga angavs bland annat följande.

6.1 Uv 1 Kvalitet

Kvalitet utvärderas med hjälp av referenser. Följande kommer att utvärderas utifrån de uppgifter referenten ger:

- › Kvalitet på utfört arbete i förhållande till avtalad kvalitet,
- › beställningsrutiner,
- › rutiner för återkoppling/rapportering.

Anbud inkom från flera anbudsgivare, bland annat från A Bylunds El AB (bolaget). I tilldelningsbeslut den 16 oktober 2009 meddelade kommunen att avtal skulle komma att ingås med flera olika anbudsgivare. Vid utvärderingen hade andra anbudsgivare tilldelats högre poäng än bolaget varför kommunen inte avsåg att ingå ramavtal med bolaget.

Länsrätten har efter ansökan enligt LOU av bolaget, den 30 oktober 2009 interimistiskt beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker i länsrätten om överprövning av upphandlingen enligt LOU och yrkar i första hand att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om i sin helhet. I andra hand yrkar bolaget att länsrätten ska besluta att upphandlingen först får avslutas sedan rättelse har gjorts på så sätt att ny anbudsutvärdering utförs varvid ramavtal ska slutas med bolaget. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Av anbudsinbjudan framgår att kommunen som utvärderingskriteriet av anbud valt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I anbudsunderlaget har efterfrågats två referenter som har haft att besvara frågor vilka har legat till grund för kvalificering och utvärdering av anbudsgivarna. Av de frågor som ställts till anbudsgivarna har frågorna 1–3 varit kvalificeringsfrågor och frågorna 4–6 uppges ha legat till grund för utvärderingen av anbudet. Skalan för

utvärderingen har varit 1–3 poäng och består av stegen ”Inget mervärde”, ”Klart urskiljbart mervärde” samt ”Stort och värdefullt mervärde”. I de fall som anbudsgivaren tidigare utfört arbete för kommunen har efterfrågats en extern referens och en referens av beställare inom kommunen. Bolaget har angett två externa referenter. Den externa referent som kontaktades fick uppfattningen att värderingsskalan var 1–5 och trodde sig ge en fyra på denna skala. Den referent som kommunen avhämtade svar från har köpt tjänster av bolaget i mycket begränsad omfattning jämfört med VA-avdelningen. Antalet inköp från VA-avdelningen framgår inte fullständigt av kommunens ekonomisystem. Den interna referent som kommunen borde ha låtit avge utlåtande är den enhet som bolaget utfört mest tjänster åt volymmässigt, dvs. VA-avdelningen. Istället upptog kommunen referenser från fastighetsavdelningen, vilken bolaget utfört tjänster åt i mycket ringa omfattning. Bolaget tilldelades inte ramavtal på grund av att den referent som var beställare inom kommunen angett en tvåa på fråga 6, vilken rör om leverantören har någon rutin för återkoppling/rapportering. Genom att inte höra den interna referent som bolaget utfört mest tjänster åt volymmässigt har kommunen underlåtit att skaffa ett korrekt underlag för sin utvärdering. Om referenstagningen ska användas i utvärderingsstadiet måste alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunna tolka nämnda kriterier på samma sätt. De kriterier som används saknar emellertid erforderlig förutsägbarhet. Det framgår t.ex. inte vad som ligger till grund för skillnaden mellan de olika stegen och vad som t.ex. medför ett mervärde. Förfrågningsunderlaget brister således i förutsägbarhet enligt 1 kap. 9 § LOU. Referenstagningen har skett per mobiltelefon med risk för språkförbistringar och nyanseringsbrister. Det har funnits uppenbara risker för missförstånd och att kriterierna inte tolkats på samma sätt av respektive referent. Kommunen har felaktigt använt sig av kvalificeringskrav i anbudsutvärderingen. Frågorna 4–6 rör kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott

utförande av projektet i fråga. Fråga 4 rör huruvida levererad kvalitet på tjänsten överensstämmer med uppgjorda överenskommelser. Frågan hänvisar enligt ordalydelsen till tidigare utförd tjänst. En tjänst bedöms efter hur bra den är utförd, om entreprenören hållit tiden och om lösningen/åtgärden är fackmannamässig. Frågan är i det närmaste binär genom att svar kan ges med ja eller nej. Samtliga aspekter för huruvida tjänsten är överensstämmande med avtalet besvaras redan genom frågorna 1–3. Fråga 5 rör huruvida leverantörens beställningsrutiner fungerar tillfredsställande. Frågan är binär och har besvarats genom fråga 2. Fråga 6 rör om leverantören har någon rutin för återkoppling/rapportering. Även denna fråga är binär och är besvarad genom fråga 2. Kommunens återgivande av de ställda frågorna i målet är inte korrekt. Referenserna har således inhämtats i syfte att bedöma leverantörernas förmåga att utföra uppdraget och är därmed att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer. Det visar det förfarande som referenserna upptogs genom. De kan och ska därmed inte utgöra kriterier för tilldelning. Förfarandet strider mot 1 kap. 9 § LOU (jfr EU-domstolens dom i mål nr C-532/06 ”Lianakis” och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 13 februari 2009 i mål nr 3474-08). Det är uppenbart att bolaget genom att det finns brister i upphandlingsförfarandet riskerar att drabbas av skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande. Bolagets påstående att i de fall anbudsgivaren tidigare utfört arbete åt kommunen har en extern referens och en referens från en beställare inom kommunen efterfrågats stämmer inte. Av förfrågningsunderlaget (§ 3.2 sista stycket samt § 4.3) framgår att kommunen kan komma att ta egna referenser och att ”kommunen förbehåller sig rätten att använda både interna och/eller externa referenter”. För att välja rätt intern referent har kommunen använt sig av ett utdrag från ekonomisystemet där det framgår vilka beställare som anlitat leverantören regelbundet vid avrop. Av detta utdrag framgick att fastighetsavdelningen var en av de enheter som mest

frekvent anlitat bolaget vid avrop. Därför valde kommunen att begära in referenser från den avdelningen. Bolaget har hävdats att den externa referenten fick uppfattningen att han gav omdömen på en femgradig skala. Innan referenstagningen skedde meddelades referenten vilka betyg som kunde tilldelas (1–3). Poängskalan påpekades även under själva referensupptagningen. Om det stämmer att referenten trodde att det var en femgradig skala, så är bolagets referenser ännu sämre än vad som skulle vara fallet på en tregradig skala. Det finns inget förbud mot referenstagning per telefon (se Kammarrätten i Stockholms dom den 19 december 2008 i mål nr 5512-08). Kommunen har vid alla sina referensupptagningar inte fått en enda fråga från referenterna om hur stegen ska användas/tolkas. Skalan kan därför anses vara tydlig och förutsägbar. Bolaget anför att frågorna 4–6 rör frågor om kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över och således inhämtats i syfte att bedöma leverantörens förmåga att utföra uppdraget och därmed att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer. Frågorna handlar endast om kvalitet på utförda uppdrag, samt rutiner för beställning och återkoppling. Alla dessa frågor är direkt att hänföra till kvalitet hos en leverantör och har ingen koppling till förmåga och resurser. Fråga 4 rör kvaliteten på de utförda tjänsterna. Denna ska vara på samma nivå som överenskommits eller överstiga denna. Fråga 5 rör det förhållandet att beställningsrutiner kan fungera mer eller mindre tillfredsställande. Fråga 6 rör rutiner för återkoppling/rapportering. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 29 december 2008 i mål nr 5910-08 (jfr även Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2009 i mål nr 7332-08) uttalat att referenser från uppdrag likvärdiga med dem som är föremål för upphandling kan ge relevant information inför bedömning av vilket anbud som med hänsyn till kvaliteten är det mest fördelaktiga.

DOMSKÄL

Tillämplig lagstiftning

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.

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts 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 lidit eller kan komma att lida skada.

Upptagning av referenser m.m.

Bolaget har till stöd för sin talan åberopat en rad omständigheter vilka väsentligen kan hänföras till fel som påstås ha begåtts i samband med anbudens utvärdering. Därutöver har från bolagets sida anförts att förfrågningsunderlaget med bilagor har varit behäftat med fel och brister i vissa avseenden. Bolaget får anses göra gällande att det lidit skada framför allt genom att kommunen på grund av begångna fel vid anbudsutvärderingen tilldelat bolaget ett för litet antal poäng hänförliga till det utvärderingskriteriet som betecknats "Kvalitet", och att bolaget därigenom inte kommit i fråga för ramavtal avseende i målet aktuella eltjänster.

Vad närmare gäller felen som kommunen påstås ha begått i samband med utvärderingen så är dessa hänförliga till dels det sätt på vilket kommunen upptagit de referenser som enligt förfrågningsunderlaget lagts till grund för bedömningen av kriteriet "Kvalitet", dels det förhållandet att kommunen påstås ha beaktat kriterier hänförliga till leverantörskvalificering vid

utvärderingen. Länsrätten kommer inte att här närmare gå in på vad som anförts om beaktandet av kvalificeringskriterier vid utvärderingen utan finner anledning att återkomma i detta avseende i samband med att påtalade fel och brister i förfrågningsunderlaget behandlas nedan.

När det däremot gäller sättet som kommunen upptagit referenserna i målet på – innefattande kommunens val av intern referent och sättet för upptagning av den externa referentens svar – finner länsrätten att vad bolaget anfört inte visar att kommunen därigenom brutit mot någon bestämmelse i LOU. Det är inte heller visat att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada genom vad som påtalats i denna del.

Förfrågningsunderlag och anbudsutvärdering, m.m.

Som nämnts ovan har bolaget anfört att förfrågningsunderlaget med bilagor har varit behäftat med fel och brister. Bolaget har i denna del åberopat att de referensfrågor som ställts av kommunen dels saknat erforderlig förutsägbarhet då det i förfrågningsunderlaget inte klargjorts vad som legat till grund för hur svaren poängsatts vid utvärderingen, dels att frågorna haft ett sådant innehåll att det varit otillåtet för kommunen att beakta svaren vid utvärderingen. Den senare åberopade omständigheten har enligt bolaget inneburit att kommunen kommit att tillmäta förhållanden som är att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationerna vid utvärderingen, och att kommunens tilldelningsbeslut således delvis föregåtts av ovidkommande hänsyn.

Vad först gäller vad som anförts om grunden för bedömningen och utformningen av referensfrågorna så kan nämnas att en förutsättning för att en upphandlande myndighet inte ska göra sig skyldig till brott mot de principer om likabehandling och icke-diskriminering av leverantörer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU är att förfrågningsunderlaget ska vara tydligt utformat och ägnat att leda till ett rättvisande resultat.

Kammarrätten i Göteborg har i dom den 10 juli 2009 i mål nr 2295-09 bland annat funnit att vagt formulerade referensfrågor av betydelse för den upphandlande myndighetens bedömning av tilldelningskriteriet kvalitet medfört att anbudsgivarna saknat möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse i detta avseende och att principerna för poängsättning var sådana att de lämnade ett stort utrymme för godtycke med en i princip fri prövningsrätt för den upphandlande myndigheten. Mot bakgrund härav fann kammarrätten att upphandlingen skulle göras om. I målet var fråga om en femgradig poängskala där den upphandlande myndigheten utifrån vad som framkom av förfrågningsunderlaget bland annat gjort poängsättningen beroende av vilken kännedom som myndigheten hade om leverantörerna och i övrigt tillkännagett att en sjunkande linjär poängsättning skulle komma att tillämpas.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 1 oktober 2009 i mål nr 3582-09 kommit till samma slut i ett liknande mål. I domskälen uttalades att förfrågningsunderlaget inte gav någon ledning för vad referenterna skulle väga in för att avgöra om de uppdrag som anbudsgivarna stod till tjänst med skulle vara värda en hög respektive låg poäng.

I förfrågningsunderlaget fanns inte någon närmare ledning för vad referenterna skulle beakta vid sin poängsättning.

I det förevarande fallet återfinns ledning vad gäller referensfrågornas besvarande och poängsättning i förfrågningsunderlaget i den del som berör hur utvärderingskriteriet "Kvalitet" i stort poängsätts och vad som anges i anbudsbilagan. Även om kommunen mot bakgrund av vad som återges i dessa delar inte kan sägas ha varit helt obunden i sin poängsättning saknas enligt länsrättens mening tillräckligt klargörande uppgifter om vilka närmare omständigheter som referenterna skulle lägga till grund för sina svar, om och hur kommunen därefter med stöd av svaren skulle komma att poängsätta anbudsgivarna. I enlighet med vad bolaget anfört har det därför

inte varit möjligt att förutse hur kommunen poängsatt anbudsgivarna med hänsyn till utvärderingskriteriet "Kvalitet". Detta förhållande innebär att kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU och att bolaget därigenom får anses kunna komma att lida skada.

Vad sedan gäller det som bolaget anfört om referensfrågornas innehåll kan inledningsvis noteras att EU-domstolens avgörande i mål C-532/06 (Lianakis) kommit att tolkas på något skilda sätt av olika domstolar. Överlag har med stöd av domen ansetts gälla att den upphandlande myndigheten är förhindrad att, i ljuset av upphandlingsförfarandets uppdelning i en s.k. kvalificeringsfas och i en s.k. utvärderingsfas, vid utvärderingsfasen beakta kriterier som huvudsakligen avser anbudsgivares förmåga att tillhandahålla föremålet för upphandlingen (Lianakis p. 30) såsom vilken erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga som anbudsgivare har att utföra projektet inom den föreskrivna tiden då dessa kriterier måste hänföras till kvalificeringsfasen (Lianakis p. 32). Däremot har domstolarna kommit att tolka vilka kriterier som kan hänföras till kvalificeringsfasen olika snävt. Kammarrätten i Göteborg har gett uttryck för den tolkningen att det endast är sådana kriterier som är relevanta för att bedöma risken för att anbudsgivaren inte kommer att kunna tillhandahålla föremålet för upphandlingen som det är otillåtet för en upphandlande myndighet att beakta vid utvärderingsfasen (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 10 juli 2009 och som omnämns ovan) medan å andra sidan en något mindre snäv tolkning av vilka kriterier som kan hänföras till kvalificeringsfasen kommit till uttryck i bland annat den av bolaget åberopade domen från Kammarrätten i Sundsvall.

Länsrätten finner för egen del att de i målet aktuella referensfrågorna i allt väsentligt torde få anses avse anbudsgivares förmåga att tillhandahålla eltjänsterna i målet. Genom att ha beaktat referenserna får kommunen anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn vid sin utvärdering i strid

med 1 kap. 9 § LOU. Även detta förhållande får anses medföra att bolaget kan komma att lida skada.

Mot bakgrund av vad som ovan anförts är lämpligt att upphandlingen görs om.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut den 30 oktober 2009 gäller inte längre.

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



Geir Nordqvist



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

