



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Annica Svedberg

DOM
2012-02-22
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
5897-11 E
Fiskal 1:5

SÖKANDE

Söderberg och Partners KB, 969700-4266
Box 7785
103 96 Stockholm

Ombud: Chefsjuristen Pär Cronhult
Box 5625
114 86 Stockholm

MOTPARTER

1. Vara kommun
534 81 Vara

2. Götene kommun
533 80 Götene

3. Skara kommun
532 88 Skara

Ombud för 2 och 3:
Upphandlingsstaben i Vara kommun
Upphandlingschefen Christer Johansson
534 81 Vara

SAKEN

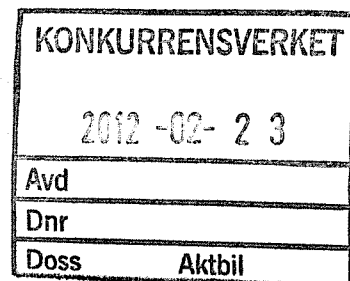
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Söderberg och Partners KB:s ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Götene kommun, Skara kommun och Vara kommun (kommunerna) genomför en gemensam upphandling av försäkringsmäklartjänster. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling. I tilldelningsbeslut



Dok.Id 60910

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

översänt den 14 november 2011 beslutade kommunerna att anta annan anbudsgivare än Söderberg och Partners KB (bolaget).

Bolaget ansöker om överprövning av den aktuella upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas och ny utvärdering ska genomföras med beaktande av samtliga referensomdömen som bolaget åberopat, således även sådana omdömen som hänför sig till kommunerna själv. Om bolaget anses ha lämnat två anbud menar bolaget att rättelse ska ske på så sätt att en ny utvärdering ska göras varvid bolagets båda anbud, var för sig, upptas till prövning och att de för respektive anbud lämnade referenserna utvärderas. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Kommunerna har i strid mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering samt öppenhet (transparens) och proportionality, vid sin anbudsvärdering i den aktuella upphandlingen felaktigt bortsett från vissa av bolaget åberopade referensomdömen med uppgivande av att dessa hänför sig till omdömen som har lämnats av referenspersoner hos kommunerna själva. Bolaget har härigenom skadats eller riskerat att lida skada. Av den tilldelningsinformation som lämnats bolaget framgår att bolaget inte medgivits poäng för sådana referensomdömen som hänför sig till kommunerna själva. Bolaget som vid en värdering av dessa omdömen skulle ha fått tillräckliga poäng för att tilldelats kontraktet i upphandlingen har härigenom skadats. Det framgår inte på vilket sätt som poängvärdering har genomförts eller varför bolaget givits enbart 14,44 av totalt 25 möjliga poäng inom kriteriet referenser. Vid kontakt med upphandlingsansvarig kontaktperson för kommunerna informerades bolaget om att det var tveksamt om referensomdömen från källor inom kommunerna kunde godkännas varvid bolaget kompletterade med externa referenser. Det synes vara enbart denna senare komplettering som utvärderats i upphandlingen. Medräknade de först ingivna referensomdömena skulle bolaget erhållit bättre poäng inom kriteriet ”referenser” och därmed tilldelats kontraktet i upphandlingen. Bolagets anbud har aldrig återkallats utan de referensuppgifter

som har ingivits separat, på uppmaning av kommunerna, ska enbart ses som en komplettering av detta anbud. Någon möjlighet att inkomma med ett nytt anbud efter anbudstidens utgång föreligger heller inte. Bolagets nya uppgifter har inkommit före anbudstidens utgång. Däremot kan anbudet, på uppmaning av den upphandlande myndigheten, klarläggas och preciseras enligt 4 kap. 17 § LOU. Det är oklart huruvida bolagets kompletterande referensuppgifter utgör sådan klarläggande precisering som avses i LOU. Att kommunerna vid sin anbudsvärdering skulle vara förhindrade att beakta även egna referensomdömen, strider mot såväl upphandlingsförutsättningarna (se avsnitt A.14 i förfrågningsunderlaget, punkten ”referenser”) som mot tidigare rättspraxis (se Kammarrättens i Stockholm dom den 11 maj 2010 i mål nr 5099-10). Det föreligger inte någon rättsligt relevant skyldighet eller möjlighet att bortse från de av bolaget ursprungligen ingivna referensuppgifterna på den grunden att de skulle innefatta interna referensomdömen från uppgiftslämnare inom kommunerna. Det framstår även i saklig belysning som svårförklarbart varför bolaget, vilken tidigare på ett förtjänstfullt sätt har levererat aktuella tjänster till de upphandlande kommunerna, inte skulle kunna tillgodogöra sig detta vid referenstagning i den nya upphandlingen, utan istället vara hänvisad till att inkomma med externa omdömen. Orsaken till att bolagets externa referensomdömen har åsatts lägre värderingspoäng är inte att de på något sätt skulle innefatta negativa omdömen i sig, utan att de, till följd av bl.a. härvid uppkommen tidsnöd, inte har varit kompletta. Bolaget har aldrig återkallat anbud och heller inte meddelat två separata anbud med olika referensuppgifter. Skulle förvaltningsrätten emellertid finna att bolaget har meddelat två separata bud menar bolaget att dessa är att betrakta som parallella, båda inom anbudsfriheten, inkomna anbud. Så länge anbuden håller sig inom ramarna för upphandlingens obligatoriska s.k. skall-krav föreligger inte något förbud mot att i en och samma upphandling avge flera parallella bud varför det först ingivna anbudet per automatik inte kan anses återkallat i samband med att det andra anbudet inkommit. De båda parallella anbuden ska därför

upptas till anbudsprövning och värdering i upphandlingen, med beaktande av bl.a. de för respektive anbud åberopade referenserna. I målet är även handläggningen av upphandlingen under prövning och förenligheten med LOU av de åtgärder som företagits under upphandlingens gång. Om kommunerna inte hade informerat bolaget om att kommuninterna referensuppgifter inte skulle beaktas hade bolaget aldrig gett in sitt andra anbud. Det första anbudet hade då inte riskerats att inte utvärderas. Om förvaltningsrätten skulle finna att bolaget får anses ha återkallat sitt första anbud har återkallandet i sådant fall orsakats av vilseledande upphandlingsinformation från kommunernas sida.

Kommunerna anser att förvaltningsrätten ska avslå ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. I den aktuella upphandlingen har en utvärderingsmodell använts för att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Priset viktas endast till 45 procent av det totala värdet av upphandlingen och andra värden än pris viktas till 55 procent. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att anbudsutvärderingen består av två huvuddelar, pris och kvalitet. Kvalitet delas vidare i tre delar varav referenser utgör en del om totalt 25 procent. Vidare i förfrågningsunderlaget, punkt A.14, anger myndigheten på vilket sätt referenser värderas utifrån en angiven skala. De av bolaget tillhandahållna referenser uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda kraven på antal och formalia. Av allt att döma har bolaget, vid upprättande av anbud, kunnat skapa sig en tillfredsställande bild av förutsättningarna kring referenstagning och har följaktligen lämnat ett konkurrenskraftigt anbud. Det har för kommunerna aldrig funnits behov av att frånga den angivna utvärderingsmodellen vid utvärdering av referenser vilket således skett på ett för alla anbudsgivare transparent och likabehandlande sätt. Snarare har det för samtliga övriga anbudsgivare varit icke-likabehandlande och/eller icke-transparent att frånga den angivna utvärderingsmetoden för att tillgodose bolagets önskemål. Vid bolagets telefonkontakt med upphandlingsansvarig kontaktperson för kommunerna

den 28 september 2011 framställde bolaget frågan huruvida det var lämpligt att använda kommunernas egna kontaktpersoner, tillika referensgrupp, som referenspersoner för upphandlingen, varpå tydligt besked lämnades att detta inte lämpade sig. Då bolaget vid detta tillfälle redan tillhandahållit ett anbud i upphandlingen påtalades detta varpå bolaget lät meddela att ett nytt anbud skulle tillhandahållas och att det första anbudet skulle bortses ifrån. Nytt anbud tillskickades upphandlingsansvarig, innan anbudstidens utgång, och alla ställda krav på ett anbud i förfrågningsunderlaget uppfylldes. Det första, återkallade, anbudet utvärderades inte eftersom det de facto återkallats. Att bolagets nya anbud ska ses som en komplettering till det första anbudet, då det till sin utformning är ett komplett anbud helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, även titulerat anbud och innehåller samtliga efterfrågade uppgifter, måste beaktas som nonsens och efterhandskonstruktion. Den enda avvikelserna som finns från det tidigare skickade anbudet är referenserna. En komplettering enligt 4 kap. 17 § LOU kan det aldrig bli tal om eftersom bestämmelsen enbart avser klarläggande och precisering av anbud i samband med konkurrenspräglad dialog. För det fall det rör sig om en komplettering borde bolaget ha hänvisat till 9 kap. 8 § LOU vilket det heller inte kan bli tal om. För det första omfattar detta enbart kompletteringar efter anbudstidens utgång vilket saken inte rör då det ersättande anbudet är inkommet och stämplat den 30 september 2011 vilket även var den sista dagen för anbud. För det andra måste kompletteringar efter anbudstidens utgång efterfrågas och en kompletterande efterfrågan har aldrig ställts. För det tredje får en komplettering aldrig ersätta eller ändra en tidigare uppgift, i förevarande fall en referens, vilket detta i så fall skulle ha gjort. Att som anbudsgivare tillhandahålla fler än ett anbud i en upphandling är möjligt om än ytterst ovanligt. Med tanke på den kontakt som bolaget vitsordar samt det nya anbud vilket tillhandahållits har kommunerna till fullo agerat i enlighet med förfrågningsunderlaget och aldrig har principerna i 1 kap. 9 § LOU avvikits från eller brutits mot. Att överhuvudtaget resonera kring vilken eventuell poäng bolaget skulle ha erhållit vid en utvärdering av sitt

första, återkallade, anbud saknar helt relevans och är fullständigt spekulativ. Bolagets referensomdömen har efterfrågats på samma sätt som samtliga övriga deltagare i upphandlingen. Kommunerna kan inte ansvara för vilken värderingspoäng en referens tillsätts. Oavsett har förfarandet kring referenstagning aldrig varit i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU eftersom alla deltagare givits samma möjligheter, tid, underlag och förutsättningar.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Den aktuella upphandlingen har påbörjats efter den 15 juli 2010 och före den 1 november 2011. I målet är därför LOU i dess lydelse av den 15 juli 2010 tillämplig.

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.

I 15 kap. 12 § LOU anges att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att 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.

Utredningen

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter avsnitt A.6 Alternativa anbud anges följande.

Alternativa anbud accepteras inte. Anbud skall utformas helt i enlighet med villkoren i detta förfrågningsunderlag. Reservationer i anbud accepteras inte.

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter avsnitt A.7 Anbudets form och innehåll anges bl.a. följande.

- Namn på minst tre kunder avseende genomförda uppdrag skall anges för referenstagning i bilaga H. Namn på kontaktperson med telefonnummer och e-postadress skall anges. Angivna kontaktpersoner bör vara informerade. Utvärderas.
- Eventuella avvikelser från förfrågningsunderlaget skall tydligt anges i anbud.

Anbud som inte innehåller begärd dokumentation eller i övrigt inte följer anbudsunderlaget riskerar att förkastas.

Anbud skall lämnas i ett (1) original och en (1) kopia. Istället för papperskopior kan CD-skiva eller USB-minne användas.

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter avsnitt A.9 Kompletterande uppgifter anges bl.a. följande.

En upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas

eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Leverantören kan endast återropa de frågor som begärts skriftligen av köparens kontaktperson och endast skriftliga svar är bindande.

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter avsnitt A.14 Anbudsprovning anges bl.a. följande under avsnittet Steg 3, anbudsutvärderingen

Kvalitet

- *Referenser*

Här värderas referensernas uttalande i egenskap av kund. Utöver de i anbudet redovisade referenserna kan köparen i förekommande fall komma att använda egna erfarenheter som referens. För att utvärdera referenser kommer köparen att använda sig av det i anbudet medsända referensformuläret, (bilaga F). Max-poäng +/-30.

Referenspoäng är max/min 30 poäng, dessa poäng räknas om i utvärderingen till max/min 25 poäng. Formeln $25/30 = 0,8333$ som blir omräkningsfaktor för att få fram referenspoängen.

+/-30 referenspoäng blir +/-25 utvärderingspoäng

Ex. a) Erhållen referenspoäng = $22 \times 0,8333 = 18,33$ utvärderingspoäng

Ex. b) Erhållen referenspoäng $-3 \times 0,8333 = -2,50$ utvärderingspoäng

Av utredningen framgår att bolaget i sitt först inskickade anbud angett Götene, Skara och Vara kommuner som referenser på bilaga H till anbudet. I det andra inskickade anbudet anger bolaget Bengtsfors och Tranås (två gånger) kommuner som referenser på bilaga H. På kuvertet för det andra inskickade anbudet anges ”anbud försäkringsmäklare”.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har

åberopat (se RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrättens prövning i målet utgör således en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns skäl för ingripande enligt LOU.

Bolaget har gjort gällande att kommunerna vid sin anbudsvärdering i den aktuella upphandlingen felaktigt har bortsett från vissa av bolaget åberopade referensomdömen. Bolaget gör vidare gällande att det först lämnade anbudet kompletterats med ytterligare referenser, alternativt att ett nytt parallellt anbud inlämnats, men att inget anbud återkallats.

I förfrågningsunderlaget anges att anbud ska lämnas i ett original och en kopia. Vidare anges att alternativa anbud inte accepteras. Förfrågningsunderlaget innehåller ingen begränsning avseende högsta antal referenser som får lämnas, utan anger endast ett minsta antal. Inte heller innehåller förfrågningsunderlaget något krav ifråga om lämnade referenser ska vara interna eller externa. Det framgår dock av förfrågningsunderlaget att kommunerna kan komma att använda egna erfarenheter som referens utöver de av anbudsgivarna lämnade referenserna.

Det är ostridigt i målet att bolaget har gett in två kompletta anbud innan anbudstidens utgång samt att dessa anbud endast skilt sig åt vad gäller de referenser som lämnats i bilaga H till anbuden. Bolaget har uppgett att det mot bakgrund av kommunernas upplysning per telefon om att det var tveksamt att interna referenser kunde godkännas, valt att skicka in ett nytt anbud med nya referenser. Bolaget menar att det nya anbudet ska ses som ett tillägg till det först inskickade anbudet. Det har inte framkommit att kommunerna har efterfrågat nya eller ytterligare referenser från bolaget. Förvaltningsrätten anser att det inte kan vara fråga om en komplettering eller precisering enligt någon bestämmelse i LOU. Bolaget har inte, när det andra anbudet sändes in, på något sätt angett att det andra anbudet endast skulle utgöra ett tillägg till det första anbudet. Bolaget har endast skickat in

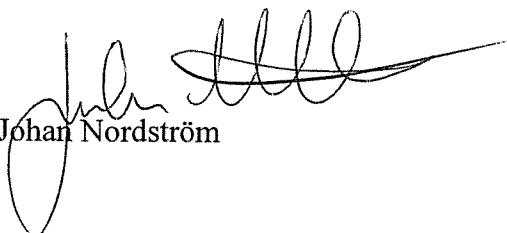
ytterligare ett komplett anbud med andra referenser. På kuvertet för det nya anbudet har bolaget vidare angett ”anbud försäkringsmäklare”. Enligt förvaltningsrättens mening ger bolagets förklaringar till sitt förfarande inte tillräckligt stöd för uppfattningen att det andra anbudet endast skulle utgöra ett tillägg till det först insända anbudet. Förvaltningsrätten finner således att bolaget inte visat att kommunerna har handlat i strid mot förfrågningsunderlaget eller principerna för offentlig upphandling genom att inte betrakta bolagets andra anbud som ett tillägg till bolagets första anbud, och därigenom inte utvärderat samtliga de referenser som lämnats i båda anbuden tillsammans. Skäl för ingripande enligt LOU och rättelse genom att samtliga bolagets referenser ska utvärderas tillsammans föreligger därmed inte.

Bolaget menar i andra hand att det andra anbudet ska anses vara ett parallellt anbud till det första anbudet, och att båda anbuden ska utvärderas med i respektive anbud lämnade referenser. Det kan konstateras att alternativa anbud inte accepteras enligt förfrågningsunderlaget. Det har således inte varit möjligt för kommunerna att, utan att handla i strid med förfrågningsunderlaget, utvärdera bolagets båda anbud. Kommunerna hade i ett sådant fall istället kunnat bortse från bolagets anbud. Kommunerna har dock valt att utvärdera ett av bolagets anbud då kommunerna ansett att det andra anbudet ersatt det första anbudet. Den omständigheten att kommunerna valt att utvärdera det senare av bolagets anbud kan mot bakgrund av det anförda, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses medföra att bolaget kan anses ha lidit eller riskerat att komma att lida skada. Grund för ingripande enligt LOU i form av rättelse genom ny utvärdering där bolagets båda anbud utvärderas föreligger därför inte.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att det som bolaget anført i målet inte ger vid handen att kommunerna har handlat i strid med förfrågnings-

underlaget eller principerna för offentlig upphandling. Grund för ingripande enligt LOU föreligger således inte. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Johan Nordström

