



SÖKANDE

Sandå Sundsvall AB, 556660-3881
Östra Långgatan 25
825 36 Sundsvall

Ombud: Advokat Maria Pedersen och jur.kand. Sofia Wedbäck
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

MOTPARTER

1. Timrå kommun
861 82 Timrå

2. AB Timråbo, 556109-9572
Box 134
861 24 Timrå

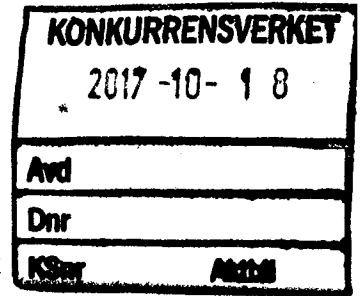
Ombud för 2: Stefan Eriksson
Timrå kommun
861 82 Timrå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



BAKGRUND

Timrå kommun och AB Timråbo (beställarna) genomför en upphandling av måleriarbeten, dnr UH-2016-69. Av tilldelningsbeslut framgår att beställarna antog anbud från annan anbudsgivare än Sandå Sundsvall AB (Sandå).

YRKANDEN M.M.

Sandå ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen görs om. Sandå anför i huvudsak följande. Beställarna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Förfrågningsunderlaget är otydligt. Av förfrågningsunderlaget går inte att utläsa vad beställarna kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen av referenstagning av arbetsledare och hur poängsättning kommer att göras. Förfrågningsunderlaget är därmed inte transparent och strider mot likabehandlingsprincipen.

Beställarna upphandlar måleriarbeten. Av punkten B.22 i förfrågningsunderlaget anges att arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag kommer att bedömas utifrån referenser. Referenserna kommer att kontaktas och få svara på diverse frågor. Vid bästa betyg erhåller arbetsledaren fyra poäng och vid sämsta betyg noll poäng. Vid sämsta betyg uppräknas totalpriset med maximalt 2 000 000 poäng. Av utvärderingsmodellen framgår vidare att arbetsledaren får ett påslag med diverse poäng beroende på om arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdraget är att anse som dåligt, tveksamt, godkänt, bra eller mycket bra. Vad som är skillnaden mellan t.ex. en godkänd respektive bra förmåga framgår inte av förfrågningsunderlaget. Poängsättningen ger därför stort utrymme för godtycke. Anbudsgivaren har saknat möjlighet att förutse vad som kan komma att tillmätas betydelse vid prövning av anbuden vilket försvårar för leverantören att ge ett konkurrensdugligt anbud. De svepande formuleringarna strider mot kraven på förutsebarhet, transparens och likabehandling, jämför Kammarrätten i Göteborgs dom den 10 juli 2009 i mål nr 2295-09. Av utvärderingsmodellen

framgår inte heller vilka krav som ställs för att erhålla högsta poäng. Det som framgår av punkten B.22 att det är två referenser som ska kontaktas. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget hur utvärdering och analys görs för det fall den ena referensen anger t.ex. ”mycket bra” och den andra referensen ”dåligt”. Det är därför oklart vilken poängsättning beställarna tillämpar då. Det framgår inte på något sätt av förfrågningsunderlaget hur utvärdering av referenserna görs. Vidare framgår det inte heller vilka referenser som lämnat vilket omdöme eller hur beställarna kommit fram till sitt resultat. Sandås pris var från början 2 158 150 kr och därmed det lägsta innan påslagen gjordes. Sandå har tillförts 600 000 i påslag och priset uppgick därefter till 2 758 150. Sandå har lidit skada eftersom förfrågningsunderlaget är otydligt och det saknats möjlighet för anbudsgivare att förutse vad som kan komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbuden. Eftersom det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget måste upphandlingen göras om.

Vidare rör det avgörande från EU-domstolen som beställarna hänvisar till huvudsakligen fråga om detaljerna i en utvärderingsmodell måste redovisas för anbudsgivarna på förhand och inte hur modellen ska vara utformad för att överensstämma med transparensprincipen. Det av beställarna åberopade kammarrättsavgörandet skiljer sig på så sätt att den upphandelnde myndigheten i det fallet hade förklarat de olika betygsbegreppen. I förevarande fall finns det ingen som helst förklaring av vad anbudsgivarna måste uppfylla för att kunna få högsta poäng.

Beställarna har anfört att en av Sandås kontaktpersoner inte gick att nå då personen var bortrest och att utvärderingen därför skett av de övriga två personer som kontaktats. Detta kan ifrågasättas eftersom det framgår av punkterna 2.9 och B.22 i förfrågningsunderlaget att det endast är två personer som ska kontaktas. Dessutom anges i förfrågningsunderlaget att om en referens inte går att nå efter att beställarna försökt nå referensen tre gånger till-

delas den referensen en etta i betyg. Av beställarnas yttrande framgår att de överhuvudtaget inte beaktat en referens. Beställarna har således inte följt utvärderingsmodellen. Vidare har beställarna angett att i det fall två referenspersoner gett olika omdömen och genomsnittet hamnat mellan två betygssteg har beställarna gjort en sammanvägning av svaren från referenspersonerna och tilldelat ett betyg utifrån beställarnas bedömning av svaren. Det går överhuvudtaget inte att utläsa ur förfrågningsunderlaget att värdering av referensernas uppgift kommer att gå till på detta sätt. Detta lämnar ett utrymme för godtycklighet.

Beställarna har missförstått anledningen till Sandås kritik över upphandlingen. Av förfrågningsunderlaget framgår det hur stort påslag respektive poäng medför för respektive fråga. Det som däremot inte framgår är vad leverantörerna måste uppfylla för krav för att erhålla en viss poäng. Genom att inte vara transparent i poängsättningen överträds LOU och utvärderingsmodellen ska därmed inte godtas. Vidare har EU-domstolen slagit fast att utvärderingsmodeller som inte möjliggör för anbudsgivarna att utläsa hur utvärderingen ska gå till och som medför att det lämnas utrymme för godtycke inte är förenliga med principerna i 1 kap. 9 § LOU. En utvärderingsmodell som strider mot de grundläggande principerna är således otillåten och kan inte ligga till grund för en anbudsutvärdering.

Beställarna bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Sandå har inte visat att upphandlingen har genomförts i strid mot LOU eller att Sandå har lidit eller riskerar att lida skada till följd av de påstådda bristerna. Det var fem anbudsgivare som lämnade anbud i upphandlingen. Efter genomförd prövning kunde det konstateras att ett anbud inte uppfyllde samtliga krav i förfrågningsunderlaget och att fyra anbud därför skulle utvärderas. Utvärderingen har ägt rum enligt tilldelningsgrunden att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas.

EU-domstolen har i dom den 14 juli 2016 i mål C-6/15, TNS Dimarso, konstaterat att den upphandlande myndigheten inte är skyldig att i förfrågningsunderlaget upplysa eventuella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den upphandlande myndigheten ska tillämpa när den utvärderar anbuden. Hur poängsättning ska ske av anbuden behöver således inte framgå av förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av detta saknas stöd för Sandås argument. Att tilldelningskriterierna ska framgå är en annan sak. Dessa har framgått och Sandå har heller inte ifrågasatt detta. Enligt utvärderingsmodellen leder betyget ”mycket bra” till högsta poäng och lägsta påslag.

Beställarna har kontaktat de referenser som Sandå angett i sitt anbud. Sandå har själva valt att lämna tre referenser. Minst två skulle lämnas enligt förfrågningsunderlaget. En av dessa tre referenspersoner gick inte att nå eftersom denna var bortrest. Det är därför de övriga två som fått svara på beställarnas frågor. Att Sandå inte tilldelats en poäng på grund av att en referensperson var bortrest utan istället har fått högre poäng har knappast lett till att Sandå lidit skada utan snarare att Sandå hamnat i en bättre ställning. I de fall de två referenspersonerna gett olika omdömen och genomsnittet av dessa har hamnat mellan två betygssteg har beställarna gjort en avvägning av svaren från referenspersonerna och tilldelat ett betyg utifrån beställarnas bedömning av svaren. Detta framgår inte av förfrågningsunderlaget men det är inte heller behövligt enligt EU-domstolens avgörande. Vidare måste det ges visst utrymme för subjektivitet vid utvärdering av anbud under förutsättning att utvärderingen sker på objektiva grunder, dvs. utifrån förfrågningsunderlagets fastställda utvärderingskriterier. Utvärderingen av anbuden har skett i enlighet med likabehandlingsprincipen och övriga principer och regler i LOU.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är sedan den 1 januari 2017 upphävd och har ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna gäller dock den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen har påbörjats före den 1 januari 2017 och den upphävda lagen ska därför tillämpas i målet.

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 iakttas (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 lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Utredningen i målet

Av punkten B.22 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Referenser för namngiven arbetsledare för detta uppdrag

Arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag kommer att bedömas utifrån referenser. Referenser kommer att kontaktas och få svara på frågor angående uppdragets genomförande. Se utvärdering i e-Avrop.

Varje referens ger en maximalt viktad bedömning utifrån antalet referenser. Vid bästa betyg erhåller arbetsledare 4 poäng och vid sämsta betyg erhåller arbetsledaren maximalt 0 poäng.

Vid sämsta betyg uppräknas totalpriset med maximalt 2 000 000

Referenser

Referenser skall bestå av namngivna personer hos beställare på arbetsledarens två senast genomförda likvärdiga projekt med avseende på omfattning och komplexitet. Referenser anges i ska-kravs bilagan.

Vid prövning av anbud kommer anbudsgivarens referenser att kontaktas per telefon. Det är därför viktigt att anbudsgivaren i förväg säkerställer att kontaktuppgifter till referenser är riktiga och att referenterna accepterar att lämna efterfrågade uppgifter om anbudsgivaren. Referensperson/referent får inte förekomma i mer än ett referensuppdrag. Om eftersök av referent med slutligt krav på återringning skett 3 gånger utan att kontakt etableras, erhålls 1 p per aktuell fråga. Om referenten ej vill svara på något påstående, erhålls 0 p på aktuell fråga.

Av punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

2.9 Krav

Ange minst två stycken referenser där er arbetsledare utfört tekniskt motsvarande uppdrag.

Av utvärderingsmodellen framgår bl.a. följande.

Att lämna anbud

När du lämnar pris ska det ske för (1) enhet av angiven sort.

Totalpris beräknas automatiskt som pris gånger antal.

Pris anges endast med siffror utan mellanslag eller valuta.

Utvärderingsmetoden bygger på monetär utvärdering med prissatt kvalitet. Ert anbud resulterar i ett jämförelsetal. Hur mycket jämförelsetalet påverkas vid olika utvärderingar står beskrivet för varje utvärdering i detta dokument. Anbudet med lägst jämförelsetal är bäst.

Introduktion

Arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag kommer att bedömmas utifrån referenser. Referenser kommer att kontaktas och få svara på frågor angående uppdragets genomförande.

1.0 Måleri

1.1 Prisfråga

Ange den fiktiva utvärderingssumman som finns i den av er ifyllda prisbilagan.

Omfattning

Pris ska anges för (1) st. Pris är obligatorisk information för denna post.

1.1.1 Bedömning

Förmåga att utföra uppdraget inom föreskriven tid

Definition

Full poäng ger inget påslag på jämförelsetalet. Noll poäng ger fullt påslag med 1 000 000,00.

Poäng	Beskrivning	Påslag
0	Dålig	1 000 000,00
1	Tveksam	750 000,00
2	Godkänd	500 000,00
3	Bra	250 000,00
4	Mycket bra	0,00

1.1.2 Bedömning

Hantering av kvarboende och pågående verksamhet(information/varsel mot hyresgäst, tidsplanering

Definition

Full poäng ger inget påslag på jämförelsetalet. Noll poäng ger fullt påslag med 2 000 000,00.

Poäng	Beskrivning	Påslag
0	Dålig	200 000,00
1	Tveksam	150 000,00
2	Godkänd	100 000,00
3	Bra	50 000,00
4	Mycket bra	0,00

1.1.3 Bedömning

Förmåga att komma på förslag på lösningar

Definition

Full poäng ger inget påslag på jämförelsetalet. Noll poäng ger fullt påslag med 100 000,00.

Poäng	Beskrivning	Påslag
0	Dålig	100 000,00
1	Tveksam	75 000,00
2	Godkänd	50 000,00

3	Bra	25 000,00
4	Mycket bra	0,00

1.1.4

Administrativ förmåga, fakturering, planering och orderhantering etc.

Definition

Full poäng ger inget påslag på jämförelsetalet. Noll poäng ger fullt påslag med 500 000,00.

Poäng	Beskrivning	Påslag
0	Dålig	500 000,00
1	Tveksam	375 000,00
2	Godkänd	250 000,00
3	Bra	125 000,00
4	Mycket bra	0,00

1.1.5 Bedömning

Professionellt bemötande – tillgänglighet, attityd

Definition

Full poäng ger inget påslag på jämförelsetalet. Noll poäng ger fullt påslag med 200 000,00.

Poäng	Beskrivning	Påslag
0	Dålig	200 000,00
1	Tveksam	150 000,00
2	Godkänd	100 000,00
3	Bra	50 000,00
4	Mycket bra	0,00

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheter har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär omprövning

lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens överträdelse. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad Sandå har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref 69).

Frågan i målet är om utformningen av förfrågningsunderlaget eller utvärderingsmodellen strider mot bestämmelserna i LOU och om detta har medfört att Sandå har lidit eller kan komma att lida skada.

Av principen om likabehandling, som utgör grunden för direktivet om offentlig upphandling, följer att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Ett förfrågningsunderlaget ska vidare vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när. En utvärderingsmodell ska även vara utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, så att det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga antas (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten konstaterar att den upphandlande myndigheten har en relativt stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas och vilken vikt dessa ska tillmätas under förutsättning att en utvärdering kan göras i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vidare ska krav och tilldelningskriterier i en upphandling vara utformade och tillämpas på ett förutsebart sätt som begränsar den upphandlande myndighetens utrymme för skönsmässiga bedömningar.

Aktuell upphandling avser måleriarbeten. Upphandlingen har genomförts med grunden att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen sker av totalpriset samt arbetsledarens förmåga att genomföra uppdraget. Av utvärderingsmodellen framgår att arbetsledarens förmåga att utföra uppdraget kommer att bedömas utifrån referenser. I utvärderingsmodellen anges vidare respektive område som referenserna kommer att få frågor inom. Referenserna kommer att poängsättas med lägst noll och högst fyra poäng för respektive område utifrån bedömningen dåligt, tveksamt, godkänt, bra eller mycket bra. För respektive poäng sker ett påslag med ett bestämt belopp. Anbudsgivarens totalpris inklusive det fiktiva prispåslaget utgör anbudens jämförelsetal i den slutliga utvärderingen. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det anbud som har det lägsta jämförelsetalet.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte är helt möjligt för en anbudsgivare att på förhand kunna förutse utfallet av en utvärdering. I upphandlingen har anbudsgivaren själva angett referenser för bedömningen. Av utvärderingsmodellen har vidare specificerats vilka områden referenserna kommer att få frågor inom samt angivits en allmän beskrivning av poängsättningen. Förvaltningsrätten anser att anbudsgivarna därigenom har kunnat bilda sig en uppfattning av vad som är avsett att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Förvaltningsrätten finner vidare att den omständigheten att beställarna inte angett exakt vad som krävs för att erhålla en viss poäng inte medför att förfrågningsunderlaget kan anses strida mot principen om transparens (jfr EU-domstolens avgörande den 14 juli 2016 i mål C-6/15 Dimarso). Förvaltningsrätten anser vidare att vad Sandå anfört om att det i förfrågningsunderlaget inte framgår hur bedömningen ska göras om referenserna ger olika omdömen inte heller innebär att det skett någon överträdelse av principerna i 1 kap. 9 § LOU eller övriga regler i LOU.

Sandå har vidare invänt att beställarna inte följt anvisningarna i förfrågningsunderlaget då beställarna kontaktat en ytterligare av Sandås referenser när den ena inte kunde nås och att det av förfrågningsunderlaget framgår att referensen i sådant fall ska tilldelas en etta i betyg. Förvaltningsrätten konstaterar att det av punkten 2.9 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska ange minst två referenser för vilka arbetsledaren utfört tekniskt motsvarande uppdrag. Enligt förvaltningsrättens mening föreligger således inget hinder för anbudsgivarna att ange fler än två referenser. Förvaltningsrätten konstaterar även att det är Sandå själva som valt att uppge en tredje referens. Vidare finner förvaltningsrätten att den omständigheten att beställarna kontaktat en tredje referens, när den ena referensen inte svarade, snarare har lett till att Sandå hamnat i en bättre situation.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att det som Sandå anfört i målet inte visar att den aktuella upphandlingen har genomförts i strid mot LOU eller några andra gemenskapsrättsliga principer. Några skäl att ingripa mot upphandlingen föreligger således inte. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten, när förlängd avtalsspärr råder, inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten avgjort målet.

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



Robert Dalman

rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Emma Sundelin.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten. Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.