



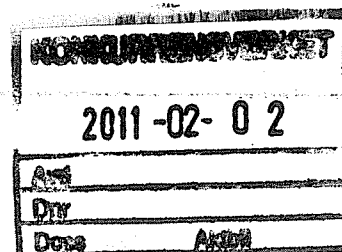
**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Frida Axelsson
Föredraganden

DOM
2011-02-01
Meddelad i
Falun

Mål nr
5761-10
Enhet 1
Domare 1:2

SÖKANDE

H.Å. Jemts Gräv i Orsa AB, 556560-8824
Viborgsvägen 9
794 92 Orsa

**MOTPARTER**

1. Mora kommun
792 80 Mora

2. Orsa kommun

3. Älvdalens kommun

Ombud för 2 och 3:
Mora kommun
792 80 Mora

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår H.Å. Jemts Gräv i Orsa AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 24 september 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 24239

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Mora kommun genomför en upphandling av ramavtal avseende ”Schakt-entreprenad för kanalisering av fibernät” för Mora, Orsa och Älvdalens kommuner med diarienummer 2010/40. Tilldelningsbeslut meddelades den 14 september 2010 varvid anbuden från GrävKåhlén AB och Empower AB antogs.

H.Å. Jemts Gräv i Orsa AB (nedan bolaget), som lämnat anbud men inte antagits som leverantör, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att utvärderingen ska göras om.

Bolaget anför som grund för sin ansökan att det diskriminerats genom att kommunerna vid utvärderingen av inkomna anbud tagit ovidkommande hänsyn och inte iakttagit kraven på likabehandling, transparens och proportionalitet. Rättelse ska därför ske genom att en ny utvärdering genomförs på grunder som inte tillförts i efterhand och att likabehandling iakttas vid handläggningen. Om utvärderingen inte görs om lider bolaget allvarlig skada. Bolaget har sedan 2007 haft avtal med Mora kommun om samma slags arbeten som den upphandling som saken nu gäller.

Bolaget anför till utvecklande av sin talan i huvudsak följande när det gäller kravet på likabehandling. Kommunerna har begärt ut kopia på bolagets aktiebok vilket knappast har relevans vid handläggningen av en offentlig upphandling vartill kommer att, om kommunerna ville förvissa sig om att inte jävsförhållanden föreligger, ska rimligen samma kontroll göras av samtliga anbudsgivare. Enligt förfrågningsunderlaget skulle tre referenser anges i anbudet och referenserna skulle avse de senaste två åren. Kommunerna diskvalificerade en av bolagets ursprungliga tre referenser varför bolaget istället angav en annan som gav högsta möjliga poäng i de tre områden som fanns angivna i förfrågningsunderlaget. Av någon anledning ansåg inte kommunerna dessa referenser tillräckliga utan vände sig till en

konsult som var anlita för projektering för bredbandsutbyggnaden för mer än två sedan. När bolaget påpekade detta vände sig kommunerna till en av bolagets referenser för att få kopior på fakturor från bolaget bestyrkta av referensens revisor. Kommunerna har också använt sig av två egna referenser när det gäller bolaget i stället för en som de gjort för tre andra anbudsgivare vilket medfört att genomsnittspoängen blivit sämre för bolaget än om de använt sig av fyra referenser. Bolaget har inte krävt att fem referenser skulle användas för alla anbud. Den poängsättning som kommunernas andra referent gjort bygger dessutom inte på annat än hörsägner. Kommunerna har för den anbudsgivare som kommunerna helt saknar egna erfarenheter av nöjt sig med enbart de referenser som anbudsgivaren själv angivit. Kommunerna har vidare nöjt sig med tre referenser för en av anbudsgivarna och fyra för tre av de övriga.

Bolaget har till utvecklande av talan när det gäller brist på transparens anfört att det inte någonstans i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivares aktiebok skulle ha någon relevans vare sig för kvalificering eller för utvärdering. Kommunerna har inte upplyst om av vilken anledning som de begärt kopia på bolagets aktiebok. Brist på transparens föreligger även när kommunerna begär in kompletterande handlingar efter att tilldelningsbeslut fattats.

Bolaget anför slutligen att plötsligt kräva kopia på aktiebok och att efter att tilldelningsbeslut fattats begära att få av revisor vidimerade kopior av fakturor strider mot proportionalitetsprincipen.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför att utvärderingen har skett i enlighet med i förfrågningsunderlaget angivna kriterier och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits. Kriterierna har varit pris 70 % och referenser 30 %. Beträffande referenser skulle minst tre referenser av liknande utförda uppdrag inom de två senast åren lämnas av anbuds-

givaren. I förfrågan finns även angivet att kommunerna förbehåller sig rätten att infordra och beakta andra och egna referenser än de av anbudsgivaren angivna samt använda egna eventuella erfarenheter av anbudsgivaren. Beträffande bolaget uppstod oklarhet vid utvärderingen om det förelåg nära släktskap beträffande en av referenspersonerna. Fråga uppstod om vem som ägde bolaget varför utdrag ur aktieboken infordrades. Då jäv ansågs föreligga erbjöds bolaget att inkomma med en ny referens, vilket det gjorde. Efter påpekande från bolaget om att kommunernas egen referens var äldre än två år tillfrågades en ny egen referens. Kommunernas referensperson beträffande egna erfarenheter är anställd i Mora kommun som utvecklingschef och ytterst ansvarig för utbyggnaden av fibernäten i kommunerna. Denne håller sig ständigt informerad om hur arbete med fiberförläggningen fortskrider och utförd poängsättningen beträffande bolaget är baserad på den erfarenheten. Kommunerna har aldrig framställt något krav om att få vidimerade kopior från någon revisor utan endast velat få en kopia av en referents senast utförda uppdrag för att förvissa sig om att uppdraget utförts inom de senast två åren eftersom referenten var osäker på hur länge sedan det var som han hade anlitat bolaget. Beträffande antalet utvärderade referenser har lika många dvs. fem referenser använts när det gäller bolaget som när det gäller de två vinnande leverantörerna.

Förvaltningsrätten har den 24 september 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämplig lagtext

Förvaltningsrätten tillämpar LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010.

Av 16 kap 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt denna paragraf.

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

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering likabehandling, transparens (öppenhet och förutsägbarhet) proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten agerat i strid med LOU.

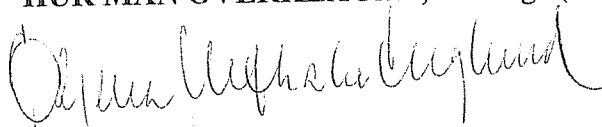
Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att en ansökan om överprövning ska bifallas är således som angivits ovan att den som ansöker visar att den lidit eller kan komma att lida skada på grund av att upphandlande myndighet brutit mot någon bestämmelse i LOU under upphandlingsprocessen. Vad som avses är att den upphandlande myndighetens agerande minskat sökandens möjligheter att erhålla kontrakt.

Bolaget har gjort gällande att kommunerna har brutit mot kraven på lika-behandling, transparens och proportionalitet när de begärt kopior av aktiebok och fakturor. I båda fallen gäller det referenser som bolaget lämnat. Bolaget har lämnat tre referenser varav det gått med på att byta ut en. Vid utvärderingen har bolagets referenser gett högsta möjliga poäng. Förvaltningsrätten kan inte finna att det som bolaget anmärkt på när det gäller kommunernas agerande i denna del visar att bolaget lidit skada när det gäller att erhålla kontrakt. Bolaget har vidare anmärkt på att kommunerna använt två egna referenser varav en bytts ut på bolagets begäran. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunerna kan infordra och beakta andra och egna referenser samt sina egna erfarenheter av anbudsgivaren. Kommunerna har använt fem referenser när det gäller bolaget och de två vinnande leverantörerna. Förvaltningsrätten kan inte finna att vad bolaget anfört visar att kommunerna därvid handlat i strid med förfrågningsunderlaget eller likabehandlingsprincipen dvs. brutit mot någon bestämmelse i LOU.

Med hänsyn till det anförda ska bolagets ansökan om ingripande enligt LOU avslås.

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



Eljena Ulfhake Berglund
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. 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 3109/1C LOU