



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2013 -08- 2 8
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 4267--4270-13

SÖKANDE

Sandå Sverige AB, 556467-7119
 Box 732
 182 17 Danderyd

Ombud: advokaten Maria Pedersen och jur. kand. Camilla Nilsson
 Advokatfirman Pedersen AB
 Box 3462
 103 69 Stockholm

MOTPART

Hässleholms kommun
 281 80 Hässleholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Sandå Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2013 -08- 2 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Hässleholms kommun upphandlar fastighetstekniska arbeten i de geografiska områdena Hässleholm (mål nr 4267-13), Vinslöv-Sösådala (mål nr 4268-13), Hästveda-Bjärnum (mål nr 4269-13) och Tyringe (mål nr 4270-13). Upphandlingarna genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Stoby Måleri AB (Stoby) har placerat sig på första plats i rangordningen avseende yrkesområdena golv- och måleriarbeten i samtliga geografiska områden. Sandå Sverige AB har placerat sig på andra respektive tredje plats avseende golv- och måleriarbeten i de olika områdena.

Sandå Sverige AB (Sandå) ansöker om överprövning av upphandlingarna, avseende yrkesområdena golv- och måleriarbeten, och yrkar i första hand att upphandlingarna får avslutas först sedan utvärderingarna rättats på så sätt att kommunen kontaktar samtliga referenser. I andra hand yrkas att upphandlingarna ska göras om. Som grund för sin talan anför Sandå bl.a. följande.

Underrättelse om beslut

I 9 kap. 9 § LOU anges formkrav för tilldelningsbeslutet. Det ska vara en skriftlig underrättelse om de beslut som fattats, skälen för besluten och att avtalsspärren ska anges i underrättelsen. Eftersom avtalsspärrens längd inte anges uppfyller tilldelningsbesluten inte formkraven och någon avtalsspärr har inte börjat löpa. Skrivelsen i förfrågningsunderlaget läker inte de bristfälliga tilldelningsbesluten.

God finansiell ställning

I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren ska ha en god finansiell ställning och att kommunen kommer att göra en kreditupplysning för att

säkerställa att kravet är uppfyllt. Vidare anges att kommunen kan komma att utesluta anbudsgivare med betalningsanmärkningar och ansökningar om betalningsförelägganden. Vad som avses med god finansiell ställning framgår inte. Det är inte möjligt för anbudsgivarna att bedöma vad som utgör en "god finansiell ställning". Inte heller framgår det på vilket sätt en kreditupplysning kommer att säkerställa att kravet uppfylls. På marknaden finns i dag ett stort antal kreditgivningsföretag. Företagen beaktar olika ekonomiska parametrar i sin rating och har olika poängsättning och skalor vid sina bedömningar av ett företags ekonomi. Vilket kreditgivningsföretag som kommunen haft för avsikt att använda framgår inte. Inte heller framgår vilken nivå som en anbudsgivare måste nå på sin rating för att kvalificeras i upphandlingen. Vidare anges att kommunen kan komma att utesluta anbudsgivare som har ansökningar om betalningsförelägganden. Hur många som krävs för att uteslutas från upphandlingen framgår inte. Kommunen har utformat kravet på ett godtyckligt sätt och förbehållit sig fri prövningsrätt i strid med LOU. Upphandlingen brister således i transparens. Den helhetsbedömning som kommunen synes ha gjort framgår inte av förfrågningsunderlaget. Där anges att en kreditupplysning ska göras. Det är inte förenligt med LOU att i förfrågningsunderlaget ställa vissa krav och vid ett senare skede frånga eller ändra dessa krav.

Stoby har en ansökan om betalningsföreläggande men trots detta har bolaget inte uteslutits ur upphandlingen. Enligt senast fastställda årsredovisning uppvisar Stoby ett negativt resultat med drygt minus 2 000 000 kr och låg soliditet på enbart 13 procent. Trots detta har kommunen valt att kvalificera Stoby. Anledningen till detta är att kommunen valt att i förfrågningsunderlaget enbart vagt formulera kravet på "god finansiell ställning". På detta sätt öppnar kommunen upp för att godtyckligt kunna avgöra vem och vilka anbudsgivare som ska kvalificeras respektive diskvalificeras.

Sandås referenser

I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivarna ska lämna två referenser. Sandå har lämnat referenserna med namn, e-post och telefonnummer. En av Sandås angivna referenser är Olofströms kommun. Sandå har av misstag kastat om bokstäverna så att den e-post som anges är @olfostrom.se. Skickar man e-post till angiven adress erhålls ett felmeddelande om att e-posten inte är korrekt angiven. Detta är en uppenbar felskrivning och kommunen har haft möjlighet att tillåta Sandå att rätta felskrivningen. Kommunens agerande strider mot proportionalitetsprincipen och kravet på att tillvarata konkurrensen. Kommunen har emellertid begärt att anbudsgivarna ska bifoga både e-post och telefonnummer till referenserna. Telefonnummer till referensen är korrekt angivet men trots detta har kommunen inte kontaktat referenspersonen. Eftersom kommunen krävt att telefonnummer ska anges har man pådragit sig en skyldighet att kontakta referenspersonen per telefon i händelse av att e-postadressen inte fungerar. Sandå har utgått från att kommunen haft för avsikt att använda telefonnummer i händelse av att e-postadressen av någon anledning inte fungerat. Att kommunen haft möjlighet att i detta fall kontakta Sandås referens via telefon gör att kommunens agerande är än mer oproportionerligt. Referensupptagningen har således skett i strid med LOU.

Teknisk kapacitet

I 11 kap. 11 § LOU anges uttömmande vilka krav på bevisning som får ställas rörande leverantörens tekniska kapacitet. I nu aktuell upphandling har kommunen angett att anbudsgivaren ska uppge två referensobjekt vilket är i enlighet med 11 kap. 11 § LOU. Kommunen har dock även angett att anbudsgivaren ska uppge en referensperson till respektive referensobjekt med angivande av e-post, telefonnummer och namn på referensperso-

nerna. Dessa krav går utöver vilka krav som får ställa enligt ordalydelsen i 11 kap. 11 § LOU.

Förnyad konkurrensutsättning

I förfrågningsunderlaget anges att tidsperioden för avtalet är 1+1+1+1 år. Det första året kommer avrop att ske enligt fastställd rangordning. Därefter kommer en förnyad konkurrensutsättning att ske vid varje 12 månaders period. Kommunen har angett att fastställda prisavdrag från referenstagningen gäller vid den förnyade konkurrensutsättningen. Det är således bara timpriset som kommer att konkurrensutsättas. Vid jämförelse av timpriset avseende område Vinslöv-Sösdala i yrkeskategorin måleriarbeten har den anbudsgivare som rangordnats som nr 1 lämnat timpriset 315 kr, nr 2 har lämnat timpriset 325 kr och nr 3 har lämnat timpriset 330 kr. Vid en jämförelse av prisavdragen kan konstateras att den anbudsgivare som rangordnats som nr 1 har ett prisavdrag på 140 000 kr, anbudsgivare nr 2 på 124 000 kr och anbudsgivare nr 3 på 70 000 kr. Med 1 000 angivna fiktiva timmar för timpriset får anbudsgivare nr 1 totalpriset 175 000 kr, anbudsgivare nr 2 totalpriset 201 000 kr och anbudsgivare nr 3 totalpriset 260 000 kr. För att anbudsgivare nr 3 ska ha en realistisk chans att ändra rangordningen i en kommande förnyad konkurrensutsättning krävs att timpriset understiger 250 kr och att anbudsgivare nr 1 inte ändrar sitt pris. Ett sådant förvarande kommer leda till en osund prissättning och snedvriden konkurrens.

Modellen för den förnyade konkurrensutsättningen innebär att den är förenad med kostnader för anbudsgivarna utan någon realistisk chans att påverka rangordningen och möjligheten till att få utföra arbeten. Kravet på likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU innebär att alla anbudsgivare ska behandlas lika vid tilldelning av kontrakt och att det ska vara möjligt att utforma sitt anbud på ett sådant sätt att man har en realistisk chans

att erhålla ett kontrakt. Den förnyade konkurrensutsättningen, som innebär en nytilldelning av kontrakt, medför att anbudsgivarna inte tävlar på lika villkor och inte heller har någon realistisk chans att erhålla avrop. En sådan modell är inte i enlighet med LOU.

Ersättningsform

Kommunen har valt att upphandla priset som ett timpris. Detta innebär att vad som konkurrensutsatts är till hur billigt timpris en anbudsgivare kan utföra arbetet. Det är således timpriset som är förutsättningen för hur anbudsgivarna ska utföra arbetet. I punkt AFB.14 i förfrågningsunderlaget anges att uppdrag kan utföras med följande ersättningsformer:

- Löpande räkning med fasta timpriser
- Löpande räkning med fasta timpriser och takpris
- Fast pris utan indexuppräkning

Ersättningsformen anges vid avrop.

De två första punkterna avser det upphandlade timpriset men punkt tre utgör väsentligt ändrade förutsättningar för upphandlingen. Om den upphandlande myndigheten väljer att utföra arbetena till fast pris får anbudsgivaren prissätta arbetena utan någon som helst konkurrens. Anbudsgivaren skulle kunna lämna noll kronor i timpris och hoppas på att kommunen beställer arbeten till fast pris och ändå kunna ta ut ett betydligt högre pris.

Det framgår inte hur kommunen tänkt avropa arbetena utan enbart att kommunen kommer att ange ersättningsform vid varje avrop. Likabehandlingsprincipen innefattar att de krav som den upphandlande myndigheten ställer inte får vara utformade på ett sätt som ger den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet. Kravet på transparens innebär att anbudsgivarna får klart för sig hur tilldelning av kontrakt kommer att ske. Eftersom

en avropsmodell tillämpas där kommunen ensidigt väljer ersättningsform vid varje avrop har beställaren förbehållit sig en valfrihet som inte uppfyller kraven på likabehandling och transparens. Upphandlingen strider således mot LOU även i detta avseende.

Utvärderingsmodell

I förfrågningsunderlaget anges att kommunen valt att tilldela kontrakt till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av 12 kap. 2 § LOU framgår att om kontrakt tilldelas med kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den upphandlande myndigheten ange hur sådana kriterier kommer att viktas. De kriterier som har betydelse vid tilldelning av kontrakt är i detta fall pris och svar på frågor från referenser. Någon viktning anges inte. Upphandlingen strider således mot LOU även i denna del.

Referenser i utvärderingsfasen

EU-domstolen fastställde i mål C-532/06 (Lianakis) att de kriterier som avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivarna förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet ifråga inte utgör kriterier för tilldelning. I förfrågningsunderlaget har kommunen angett fem frågor som kommer att ställas till referenspersonerna. Frågorna som ställts avser emellertid huvudsakligen anbudsgivarens förmåga att utföra projektet och är därmed hänförliga till kvalificeringsfasen och inte till utvärderingsfasen. Kammarrätten i Jönköping har i mål nr 3005-12 konstaterat att de frågor som ställts till referenspersonerna i utvärderingen, huvudsakligen avsåg vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogade över för att utföra uppdraget, var hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och syftade inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den upphandlande myndighetens användande av referenser som utvärderingskriterium stred

därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Frågeställningarna var snarlika med de i aktuell upphandling. Vid jämförelse av frågorna står det klart att kommunen på ett otillåtet sätt sammanblandat kvalificeringen och utvärderingen. Sandå har därmed lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Hässleholms kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Nullitet

Överprövningen är en nullitet då nödvändiga förutsättningar saknas. Det framgår inte vilken upphandling som är överprövad vilket måste anses som en väsentlig och nödvändig förutsättning för att kommunen ska kunna veta vilken upphandling som kommunen avger yttrande för.

Underrättelse om beslut

I punkt AFB.54 i förfrågningsunderlaget finns information angiven avseende meddelande om beslut och när avtal kan tecknas.

God finansiell ställning

Kravet är ställt enligt 10 kap. 2 § LOU. Kommunen har inte funnit någon anledning att förkasta anbudet från Stoby. Enligt Business Check i Sverige AB har Stoby god kreditvärdighet med rating 8 (maxrating 10) och enligt Creditsafe i Sverige AB har Stoby mycket god kreditvärdighet med rating 100 (maxrating). Kommunen avser med god finansiell ställning en helhetsbedömning under ett längre perspektiv. Att uppställa ett specifikt krav såsom t.ex. riskklass 3 enligt UC är inte ett proportionerligt krav i upphandlingarna.

Stoby har en ansökan om betalningsföreläggande som är avskriven och klar och inga betalningsanmärkningar varav kommunen inte har funnit skäl att förkasta Stoby. Syftet med skrivningen i förfrågningsunderlaget är att kunna styra upp de företag som notoriskt missköter sig och har satt i system att inte betala i tid. Att förkasta en anbudsgivare med en ansökning eller en anmärkning är inte proportionerligt. Sandå har ett flertal betalningsanmärkningar och ansökningar om betalningsföreläggande. Kommunen har valt att inte förkasta Sandå på grund härav då förbättring har skett.

Sandås referenser

I förfrågningsunderlaget har angivits att två referenspersoner ska anges för varje yrkesområde som anbudsgivaren lämnar anbud på och att referenstagning sker genom e-post till referenspersonerna, datum för första utskick, datum för utskick av påminnelse, svarstider samt att anbudsgivaren ska informera sina referenspersoner om detta. Det framgår också att om svar inte inkommer inom angivna tider från referensperson kommer anbudet att få 0 poäng och därmed inget prisavdrag. Det åligger Sandå att säkerställa att rätt uppgifter har lämnats i anbudet och att även informera sina referenspersoner om vilka datum som har angivits för enkätutskick i förfrågningsunderlaget och säkerställa att referenspersonerna har svarat.

Förnyad konkurrensutsättning

Enligt LOU får en fördelningsnyckel användas men förutsättningarna får inte förändras. Konkurrensutsättningen är angiven i punkt AFB.533 i förfrågningsunderlaget. Kostnaderna för anbudsgivarna är minimal vid ingivande av nya priser. Alla anbudsgivare har behandlats lika.

Ersättningsform

I förfrågningsunderlaget står det tydligt angivet hur avrop ska göras efter rangordning. Ersättningsformen gäller således bara den leverantör som enligt rangordningen kommer att utföra uppdraget.

Utvärderingsmodell

Utvärderingsmodellen är angiven som en mervärdesmodell, se punkt AFB.532 i förfrågningsunderlaget. Aktuella prisavdrag är angivna i punkt AFB.534 under rubriken utvärderingskriterier.

Referenser i utvärderingsfasen

Frågeställningarna rör inte anbudsgivarens kvalifikationer eller vilka resurser anbudsgivaren förfogar över.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet

inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I 15 kap. 19 § LOU anges att vid förenklat förfarande och urvalsförfarande ska den upphandlande myndigheten snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och lämna sådana upplysningarna om de beslut som avses i 9 kap. 10 §.

Av 9 kap. 9 § LOU följer att en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen ska underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten. I underrättelsen ska myndigheten ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § inte får ingås (avtalsspärr).

I förfrågningsunderlaget anges i punkt AFB.14 *Ersättningsform* att uppdrag kan utföras med följande ersättningsformer:

- Löpande räkning med fasta timpriser. Vid tillämpning av denna ersättningsform ska entreprenören upprätta en budget för uppdraget
- Löpande räkning med fasta timpriser och takpris
- Fast pris utan indexreglering.

Ersättningsformen anges vid avrop.

I punkt AFB.521 *Finansiell och ekonomisk ställning* anges att anbudsgivaren ska ha en god finansiell ställning. Kommunen kommer att göra en kreditupplysning för att säkerställa att kravet uppfylls. Kommunen kan komma att utesluta anbudsgivare med betalningsanmärkningar, ansökningar om betalningsförelägganden, beroende på vad anmärkningarna och betalningsförelägganden avser och antal.

I punkt AFB.532 *Utvärdering av bör-krav* anges att utvärdering kommer att ske enligt det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet efter viktning av

bör-krav. Kommunen använder sig av mervärdesmodell i denna upphandling, vilket innebär att det prisavdrag som respektive anbudsgivare får för det uppställda bör-kravet kommer att subtraheras från anbudsgivarens totala anbudspris. Den anbudsgivare som har lägst utvärderingspris kommer att antas. Följande kriterier kommer att utvärderas: Hur väl angivna referensobjekt är utförda av anbudsgivaren, enligt angiven frågeställning till referenspersoner.

I punkt AFB.533 *Rangordning/fördelningsnyckel* anges att kommunen har för avsikt att teckna avtal med fyra stycken leverantörer inom varje yrkesområde. Leverantörerna kommer att rangordnas utifrån lägst utvärderingspris, näst lägst utvärderingspris osv. Kommunen kommer att vid varje tolv månaders period konkurrensutsätta leverantörernas priser och göra en ny rangordning utifrån lägst utvärderingspris. Alla förutsättningar i denna AF och fastställda prisavdrag från referenstagningen gäller vid ny konkurrensutsättning. Ny referenstagning kommer således inte att ske vid förnyad konkurrensutsättning.

I punkt AFB.534 *Utvärderingskriterier* anges förutsättningar för referenstagning: Anbudsgivaren ska lämna två stycken referensobjekt. Referensobjekten ska avse uppdrag inom det yrkesområde som anbudsgivaren har lämnat anbud på. De två referensobjekten som anbudsgivaren har angivit kommer att utvärderas för respektive yrkesområde. Anbudsgivaren ska vidtala angivna referenspersoner. E-post, telefonnummer och namn på referenspersonerna och till vilket referensobjekt det gäller, ska anges. Om svar ej inkommer från referensperson kommer anbudet att få 0 poäng. Referenspersonerna kommer att tillfrågas via e-post 2013-03-01 och svar kommer att begäras in senast 2013-03-07. Har svar ej inkommit till detta datum kommer en (1) påminnelse att skickas ut. Har svar ej inkommit senast 2013-03-13, kommer anbudsgivaren att få 0 poäng i utvärderingen för denna referenstagning.

I punkt AFB.54 *Meddelande om beslut* anges att efter avslutad utvärdering kommer meddelande om beslut enligt 9 kap. 9 § LOU att skickas ut till samtliga anbudsgivare i upphandlingen. Meddelande om beslut ska inte uppfattas som att avtal är tecknat. Avtal kan tecknas när avtalsspärren löpt ut, vilket är 10 dagar från den dag då meddelande om beslut har delgivits alla anbudsgivare.

Förvaltningsrättens bedömning

Nullitet

Kommunen har anfört att överprövningen är en nullitet då nödvändiga förutsättningar saknas. Enligt förvaltningsrätten framgår det, inom ramen för aktuell process, vilka upphandlingar som ansökan om överprövning avser. Det föreligger således inte hinder för att pröva ansökan om överprövning.

Underrättelse om beslut

För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Sandå har lidit eller kan komma att lida skada. Det kan konstateras att tilldelningsbesluten inte innehåller någon information om att det följer en period under vilken avtal inte får ingås samt hur länge denna period löper. Oaktat detta finner förvaltningsrätten att Sandå inte förmått visa att bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd av utformningen av tilldelningsbesluten.

God finansiell ställning

En upphandlande myndighet har rätt att ställa krav på en anbudsgivare i fråga om dennes ekonomiska förhållanden. I förevarande upphandling

uppställs krav på att anbudsgivaren ska ha en god finansiell ställning. I förfrågningsunderlaget anges att kommunen kommer att göra en kreditupplysning för att säkerställa att anbudsgivaren har en god finansiell ställning. Vilket syfte en kreditupplysning har får enligt förvaltningsrätten anses vara allmänt vedertaget. Enligt förvaltningsrätten framkommer inte annat än att kommunen, i enlighet med förfrågningsunderlaget, har gjort en kreditupplysning på Stoby och utifrån denna bedömt att bolaget har en god finansiell ställning. Vidare anges i förfrågningsunderlaget att kommunen kan komma att utesluta anbudsgivare med ansökningar om betalningsförelägganden beroende på vad betalningsföreläggandena avser och antalet. Kommunen har följaktligen en möjlighet att utesluta en anbudsgivare på denna grund men ingen skyldighet. Kommunen har anfört att Stoby haft en ansökan om betalningsföreläggande men att den är avskriven samt att Stoby, genom kreditupplysningen, uppfyllt kravet på god finansiell ställning. Enligt förvaltningsrätten har Sandå inte förmått visa att Stoby inte uppfyllt skallkravet avseende god finansiell ställning.

Det uppställda kravet utgör således ett kvalificeringskrav. För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Sandå har lidit eller kan komma att lida skada. Sandå har uppfyllt det uppställda kravet och således kvalificerat sig till utvärderingen avseende yrkesområdena golv- och måleriarbeten i samtliga upphandlingar. Därmed har Sandå inte lidit eller kunnat komma att lida skada i den mening som avses i LOU.

Sandås referenser

Det är i målet ostridigt att Sandå angett fel e-postadress till en av sina referenspersoner. I förfrågningsunderlaget anges klart och tydligt att referenspersonerna kommer att tillfrågas via e-post den 1 mars 2013 och om svar inte inkommit senast den 13 mars 2013 kommer anbudsgivaren att få 0 poäng i utvärderingen. Med hänsyn till förfrågningsunderlagets lydelse har

Sandå således inte haft fog för att utgå ifrån att kommunen kontaktar referenspersonerna per telefon i händelse av att e-postadresserna är felaktiga. Att kommunen inte kontaktar referenspersonen per telefon strider således inte mot proportionalitetsprincipen. Dessutom borde referenspersonen ha varit medveten om att vederbörande skulle bli tillfrågad via e-post den 1 mars 2013 eftersom Sandå haft att vidtala vederbörande. Därtill borde det ligga i anbudsgivarens intresse att kontrollera om svar inkommit från referenspersonerna då prisavdraget utgör en betydande faktor i utvärderingen. En upphandlande myndighet får i enlighet med 15 kap. 12 § LOU tillåta att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller något annat uppenbart fel i anbudet. Upphandlande myndighet har emellertid ingen skyldighet att vidta sådana åtgärder. Att underlåta att tillåta rättelse av en felskrivning strider därmed inte mot proportionalitetsprincipen. Enligt förvaltningsrätten framkommer inte annat än att referenstagningen har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU.

Teknisk kapacitet

Det är i målet ostridigt att kommunen genomför aktuella upphandlingar med förenklat förfarande enligt LOU. Av 15 kap. 2 § följer inte att 11 kap. 11 § även ska tillämpas vid upphandlingar enligt 15 kap. Inte heller anges på annat ställe i 15 kap. att 11 kap. 11 § LOU är tillämplig vid förenklat förfarande. Förvaltningsrätten konstaterar därmed att 11 kap. 11 § LOU inte är tillämplig i förevarande upphandlingar.

Förnyad konkurrensutsättning

Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer och om inte alla villkor är angivna i ramavtalet ska parterna enligt 5 kap. 7 § LOU inbjudas att på nytt lämna anbud i enlighet med de villkor som anges i ramavtalet (s.k. förnyad konkurrensutsättning). Dessa villkor får om det är nödvändigt preciseras

och vid behov kompletteras med andra villkor som anges i ramavtalet. I nu aktuellt förfrågningsunderlag har kommunen angett att vid varje tolv månaders period kommer man att konkurrensutsätta leverantörernas priser och göra en ny rangordning utifrån lägst utvärderingspris. Alla förutsättningar i förfrågningsunderlaget och fastställda prisavdrag från referenstagningen gäller vid den nya konkurrensutsättningen.

Enligt förvaltningsrätten framgår det således klart och tydligt i förfrågningsunderlaget vilka villkor som gäller vid den förnyade konkurrensutsättningen. Med hänsyn till att det framgår i förfrågningsunderlaget att det fastställda prisavdraget från referenstagningen fortsättningsvis gäller och att det endast är priset som ska konkurrensutsättas är det således upp till respektive anbudsgivare att, utifrån angivna förutsättningar, ta ställning till vilket pris man vill offerera. Anbudsgivarna behandlas därmed lika. Att Sandå har erhållit ett lägre prisavdrag än Stoby avseende yrkesområdet måleriarbeten beror ju följaktligen på avsaknad av svar från en referensperson. Enligt förvaltningsrätten strider modellen för förnyad konkurrensutsättning inte mot LOU.

Ersättningsform

I förfrågningsunderlaget anges att leverantörerna kommer att rangordnas utifrån lägsta utvärderingspris. Vid sådana förhållanden ska som huvudregel avrop göras hos den leverantör som lämnat det bästa utvärderingspriset dvs. den leverantör som placerat sig på första plats i rangordningen (se 5 kap. 6 § LOU). Därefter görs avrop från övriga leverantörer i fallande ordning. Eftersom det klart och tydligt framgår att leverantörerna kommer att rangordnas utifrån lägsta utvärderingspris framgår det således hur kommunen kommer att göra avrop. Mot bakgrund härav kan förfrågningsunderlaget rimligtvis inte förstås på annat sätt än att ersättningsformerna gäller den anbudsgivare som kommer att utföra uppdraget enligt rangordningen. För

att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Sandå har lidit eller kan komma att lida skada. Enligt förvaltningsrätten har Sandå inte förmått visa att bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd av att ersättningsformen anges vid avrop med den leverantör som kommer att utföra uppdraget. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva frågan.

Utvärderingsmodell

I förfrågningsunderlaget anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. När den upphandlande myndigheten har angett att den ska anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska den vid bedömningen ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet. I förevarande upphandling tar kommunen hänsyn till pris och utförande. Vidare anges i förfrågningsunderlaget att en s.k. mervärdesmodell tillämpas vilket innebär att det prisavdrag som respektive anbudsgivare erhåller vid referenstagningen kommer att subtraheras från anbudsgivarens totala anbudspris. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det anbud som därefter har det lägsta utvärderingspriset. För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Sandå har lidit eller kan komma att lida skada. Detta gäller även i de fall det kan konstateras brister i förfrågningsunderlaget. Oaktat vad förvaltningsrätten kommer fram till i frågan har Sandå inte förmått visa att bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd av tillämpad utvärderingsmodell. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva huruvida utvärderingsmodellen strider mot LOU.

Referenser i utvärderingsfasen

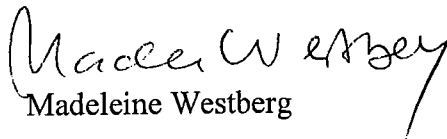
För att ett ingripande enligt LOU över huvud taget ska bli aktuellt krävs det att Sandå lidit eller kan komma att lida skada. Detta gäller även i de fall

det kan konstateras brister i förfrågningsunderlaget. Även om förvaltningsrätten skulle komma fram till att det skett en sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen har Sandå inte förmått visa på vilket sätt bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd av den åberopade bristen i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten saknar därmed anledning att pröva frågan.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Sandå inte förmått visa att kommunen har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Sandås ansökan härom ska därför avslås.

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


Madeleine Westberg

Maria Persson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.