



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Handläggare: Förvaltningsrätts-
notarien Elin Ruthström

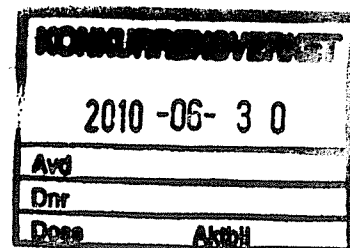
DOM
2010-06-29
Meddelad i
Gävle

Mål nr
3568-10 E
Rotel 9

SÖKANDE

Coor Service Management Aktiebolag, 556084-6783
173 11 Stockholm

Ombud:
Advokaten Olof Hallberg
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm



MOTPART

Landstinget Gävleborg
801 88 Gävle

Ombud:
Advokaten Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Coor Service Management Aktiebolags ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 7 maj 2010.

Dok.Id 9104

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1093	Lantmäterigatan 4	023-383 00 00	023-383 00 90	måndag – fredag
S-801 35 Gävle		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget Gävleborg (landstinget) inbjöd enligt förfrågningsunderlag den 1 juli 2009 leverantörer att senast den 18 september 2009 lämna anbud i en upphandling av kostproduktion och restaurangverksamhet, dnr. 2009/391. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 16 kap. LOU.

Landstinget beslöt genom tilldelningsbeslut den 19 november 2009 att tilldela Coor Service Management Aktiebolag, som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kontraktet.

Sedan Svenska Försvarsrestauranger AB ansökt om överprövning av upphandlingen, beslöt förvaltningsrätten i dom den 22 april 2010 i mål nr 1841-10 att upphandlingen fick avslutas först sedan rättelse gjorts genom att en ny utvärdering genomförts där anbudet från Coor Service Management Aktiebolag inte skulle beaktas.

I tilldelningsbeslut den 29 april 2010 beslöt landstinget, sedan ny utvärdering vidtagits varvid Coor Service Management Aktiebolags anbud inte beaktats, att tilldela Svenska Försvarsrestauranger AB, som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, kontraktet.

Förvaltningsrätten beslöt den 7 maj 2010, efter yrkande av Coor Service Management Aktiebolag, som ansöker om ingripande enligt LOU, att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN M.M.

Coor Service Management Aktiebolag

Coor Service Management Aktiebolag (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Som grund för ansökan anför bolaget dels att landstinget, i strid med LOU, sammanblan-

dat omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen, dels att skall-kravet i UF 3.52 i förfrågningsunderlaget, med den innebörd det givits av landstinget, strider mot den unionsrättsliga principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU samt att landstingets felaktiga handlande medfört skada för bolaget.

Bolaget anför till utveckling av sin talan bl.a följande. Enligt förfrågningsunderlaget antas det anbud som utgör det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris och referenser. Genom referensupptagningen har bedömning av anbudsgivarens förmåga skett inom ramen för anbudsutvärderingen. Bestämmelsen i 12 kap. 1 § LOU ger uttryck för att utvärderingsfasen, som avser bedömningen av anbuden, inte får sammanblandas med kvalificeringsfasen, som avser kontroll av anbudsgivarens förmåga och lämplighet. Den förmåga som avses i 11 kap. LOU är leverantörernas förmåga att – på grundval av yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet – utföra de tjänster som upphandlingen avser. Denna förmåga får endast bedömas inom ramen för leverantörskvalificeringen. Det är dock denna förmåga som landstinget haft för avsikt att bedöma genom referensupptagning inom ramen för anbudsutvärderingen. Enligt förfrågningsunderlaget är syftet med referensupptagningen ”värdering av anbudsgivare”. Det är emellertid inte möjligt att inom ramen för den fas som uteslutande avser värdering av anbud låta värdera anbudsgivaren. En värdering av anbudsgivaren kan inte syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det som referenterna avsetts styrka är anbudsgivarnas förmåga, vilket är att hänföra till leverantörskvalificeringen och inte till föremålet för kontraktet. De frågor/påståenden som referenspersonerna ombetts besvara, är av sådan karaktär att de är hänförliga till leverantörskvalificeringen. Som framgår av såväl rubriksättningen för referensupptagningen som de frågor/påståenden referenterna ombetts besvara, har landstinget inhämtat referenser i syfte att bedöma anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget. Landstinget har därmed i strid med LOU samman-

blandat omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen. Bolagets anbud har förkastats från vidare utvärdering på grund av bristande uppfyllelse av ett skall-krav på referenser som landstinget inte ägt rätt att uppställa.

Bolaget anför vidare bl.a. följande. För det fall landstingets tillämpning kan medges inom ramen för anbudsutvärderingen, står skall-kravet på referenter i strid med transparensprincipen och en bristande uppfyllelse av kravet kan därför inte utgöra grund för att förkasta bolagets anbud. Enligt förfrågningsunderlaget ska referenter kunna styrka anbudsgivarens förmåga avseende leveranstid, miljöegenskaper, kostnadseffektivitet, kvalitet, tekniska egenskaper och service. Detta uppfyller bolagets referenter. Av det aktuella skall-kravet framgår inte att det vid bedömningen av om kravet var uppfyllt skulle beaktas att styrkandet av anbudsgivarens förmåga avser visst av landstinget tilltänkt uppdrag. Landstinget har därmed gett skall-kravet en för anbudsgivarna okänd innebörd då myndigheten beaktat bedömningsgrunder som inte kan utläsas av förfrågningsunderlaget. För att uppfylla skall-kravet har det fordrats att man tillägnat sig information ur förfrågningsunderlaget, anbudsformuläret och dess bilagor. Det är emellertid av det aktuella skall-kravets ordalydelse som den för förutsebarheten relevanta informationen ska framgå. Ett skall-krav måste i sig vara så tydligt att en anbudsgivare, utan att söka tolkningsdata på flera olika ställen i förfrågningsunderlaget, kan utläsa innebörden. Det av landstinget utformade och tillämpade skall-kravet står därför i strid med transparensprincipen. För det fall det av förfrågningsunderlaget hade framgått att bedömningen av skall-kravet skulle ske på sätt som landstinget gjort, hade bolaget utformat sitt anbud på ett annat sätt.

Landstinget

Landstinget bestrider bifall till ansökan och yrkar att den ska avslås alternativt avvisas. Som grund härför anför landstinget att bolaget, som inte

uppfyller ställt skall-krav, inte kan anses skadelidande, att referensupptagningen är att hänföra till utvärderingsfasen och därmed inte står i strid med LOU samt att kraven på transparens och likabehandling inte åsidosatts.

Landstinget anför till utvecklande av sin talan följande. Kvalificeringskraven har uppställts under punkten UF 3.511 under punkterna 2 och 3. Vad som efterfrågas under dessa punkter är typiska kvalificeringskrav enligt 11 kap. LOU, dvs. ekonomisk ställning samt teknisk och yrkesmässig kapacitet. Exempelvis efterfrågas under punkterna 3.1, 3.3 och 3.4 miljöpolicy, personalens utbildning, uppgifter om rutiner och resurser, personalens kompetens, antalet anställda och organisationsplan samt hantering av avvikelser. Dessutom efterfrågas under punkten 3.2 referensuppdrag kopplade till kvalificeringen. Under UF 3.52 uppställs utvärderingskriterierna. Såvitt avser referenser avser frågorna hur tidigare uppdrag genomförts, dvs. hur nöjd kunden varit med utförandet. Frågorna har inget med anbudsgivarens allmänna tekniska och ekonomiska förmåga enligt 11 kap. LOU att göra utan istället hur uppdragen genomförts och har därför betydelse för hur uppdraget för landstinget kan förväntas bli genomfört. Av UF 3.52 i förfrågningsunderlaget framgår klart att två referensuppdrag ska anges. Kravet har varit förutsebart. Vidare anges i omedelbar anslutning till detta att två referenter kommer att kontaktas. Av bilaga 3 till anbudsformuläret framgår också tydligt att referenspersoner ska återfinnas hos referenskunden/referensobjektet. Det har således varit helt förutsebart att referensperson ska finnas hos referenskunden/referensobjektet för att kunna uttala sig om anbudsgivarens genomförande av tjänsten där.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Grundläggande principer för offentlig upphandling

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).

Kontroll av leverantörers lämplighet och tilldelning av kontrakt

Innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. LOU ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§ LOU (11 kap. 1 § LOU). Lämpligheten kan avse bl.a. leverantörers tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt leverantörers yrkeskunnande (11 kap. 10-13 §§ LOU).

En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset (12 kap. 1 § första stycket LOU). Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd (12 kap. 1 § andra stycket LOU).

Överprövning vid felaktig upphandling

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna, som redogjorts för ovan, eller någon annan bestämmelse i LOU 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 (16 kap. 2 § LOU).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget (UF 3.5) anges bl.a. följande.

Anbudsprövning

Anbudsprövning kommer att ske i två separata steg:

1. *Leverantörskvalificering*, som är en prövning av anbudsgivaren, där uteslutningsgrunderna i 10 kap. LOU samt anbudsgivarens lämplighet enligt 11 kap. LOU prövas
2. *Tilldelning av kontrakt*, som är en prövning av anbudet, där det först kontrolleras att alla obligatoriska krav, s.k. skall-krav, uppfyllts. Därefter sker utvärdering av anbudet enligt utvärderingskriterierna.

Vidare anges i förfrågningsunderlaget (UF 3.52) bl.a. följande.

Prövning av anbud (tilldelning av kontrakt)

Beställaren kommer vid anbudsutvärderingen att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till nedanstående utvärderingskriterier. Anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt är det anbud som har högst sammanlagd total poäng utifrån utvärderingskriterierna nedan

- a) Pris, kostnad för entreprenaden omräknat till ett fiktivt tal
- b) Referenser, mervärde

Vid anbudsutvärderingen används en skala, varvid 100 är det högsta totalbetyget.

a) Bedömning av avlämnat anbudspris och prisdetaljer (max 70 poäng)

[---]

b) Referenters bedömning av anbudsgivarens förmåga – mervärde (max 30 poäng)

Anbudsgivaren **skall** redovisa två (2) referensuppdrag från två referensentreprenader.

1. Ett referensuppdrag avseende kostproduktion inom offentlig verksamhet. Referensuppdraget kan vara samma referensuppdrag som för företagets kvalificering, men inte nödvändigt. Detta referensuppdrag **skall** vara **pågående eller slutfört**.

2. Ett referensuppdrag avseende kostproduktion inom offentlig verksamhet. Detta referensuppdrag **skall** vara **slutfört**.

I anbudet angivna referenter kommer att kontaktas för värdering av anbudsgivare. Referenter **skall** kunna styrka anbudsgivarens förmåga avseende leveranstid, miljöegenskaper, kostnadseffektivitet, kvalitet, tekniska egenskaper och service. Dessa referenser tillsammans med avlämnade priser blir en viktig faktor i utvärderingen av anbudsgivaren.

Bilaga 3 Anbudsformulär

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer, förutom pris, referenter att få bedöma anbudsgivaren utifrån de i anbudet angivna referensentreprenaderna. Frågor/påståenden kommer att ställas inom områdena leveranstid, miljöegenskaper, kostnadseffektivitet, kvalitet, tekniska egenskaper och service. Frågor ställs i påståendeform som referent får besvara om man samtycker eller inte. Svaren omvandlas till ett medelbetyg som sedan relateras till en betygsskala mellan 3,000 och 4,000 (se nedan). Anbudsgivare som erhåller medelvärdesbetyg under 3,000 kommer att förkastas.

Frågor/påståenden som ställs till referenter
Anbudsgivaren har god förmåga att

1. leveranstid

- se till så att egenkontroller och rapporter lämnas i tid

- se till att överenskommen vara/tjänst levereras till rätt kund på överenskommen tid
- 2. miljöegenskaper**
- se till och bevaka att fastställda miljökrav följd
- 3. kostnadseffektivitet**
- se till att entreprenaden blir kostnadseffektiv
- 4. kvalitet**
- se till att patienter är nöjda med maten genom t.ex. NKI-mätningar
- erbjuda variationsrika menyer
- utveckla verksamheten
- se till att personalen vidareutbildas
- genom dess rutiner, processer och hjälpmedel genomföra entreprenaden på ett tillfredsställande sätt
- åtgärda fel och brister inom avtalad tid
- med kvalitet och engagemang genomföra uppdraget till er fulla belåtenhet
- se till att genomförandet sker efter de handlingar som fastställts
- se till att leveranser blir kvalitetssäkrade
- 5. tekniska egenskaper**
- se till att de tekniska egenskaperna i entreprenaden inte begränsar utan möjliggör utveckling av entreprenaden i sin helhet
- 6. service**
- ge bra service avseende bemötande och tillgänglighet
- samverka med beställaren och dess kostombud
- förmedla information och entreprenadspecifik kunskap på ett för beställaren och dennes ombud pedagogiskt och lättillgängligt sätt

I bilaga 3 till anbudsformuläret behandlas referenser för bedömning av anbudsgivares förmåga (referenstagning genom telefon). Av bilagan framgår att anbudsgivarna ska ange bl.a. en referensperson hos referenskund 1 respektive en referensperson hos referenskund 2.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att pröva om det, på grundval av vad bolaget anfört, är visat att landstinget brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Om förvaltningsrätten finner att så är fallet, har rätten även att pröva om det medfört att bolaget lidit skada, i följd varav rätten har att besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om.

Bolaget har gjort gällande att landstinget, genom den i målet aktuella referensupptagningen i anbudsutvärderingen, har sammanblandat omständig-

heter hänförliga till leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen på sätt som står i strid med LOU.

Som tilldelningsgrund har landstinget tillämpat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris (70 procent) och referenser (30 procent). Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska den upphandlande myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom t.ex. pris, leveranstid, miljöegenskaper, kostnadseffektivitet, kvalitet, tekniska egenskaper och service (jfr. 12 kap. 1 § andra stycket LOU). När aktuell tilldelningsgrund tillämpas ska det anbud antas som uppfyller alla förfrågningsunderlagets krav och som vid en relativ bedömning mellan anbudena, med beaktande av de i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterierna, är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet, vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa att anbudsgivaren har kapacitet att kunna genomföra den i upphandlingen aktuella tjänsten kan inte anses utgöra utvärderingskriterier (jfr. EG-domstolens domar den 19 juni 2003 i mål nr C-315/01, Gesellschaft für Abfallentsorgungs-Technik GmbH [GAT], och den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Emm. G. Lianakis AE m.fl.). Det finns dock inget hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen under förutsättning att dessa syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr. bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2009 i mål nr 7332-08).

Av utredningen i målet framgår att de frågor som ställts till referenspersonerna avsett anbudsgivarens förmåga i fråga om leveranstid, miljöegenskaper, kostnadseffektivitet, kvalitet, tekniska egenskaper och service. Enligt förvaltningsrättens mening kan dessa kriterier såsom de utformats i förfrågningsunderlaget inte huvudsakligen anses hänförliga till anbudsgivarens allmänna ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan till

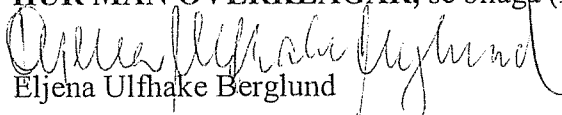
föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder. Referensupptagningen får anses ämnad att utröna hur väl anbudsgivaren kan komma att utföra den i upphandlingen aktuella tjänsten. Enligt förvaltningsrättens bedömning är det inte visat att kriterierna syftat till annat än att kunna fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förvaltningsrätten finner i enlighet härmed att anbudsutvärderingen inte kan anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn och stå i strid med LOU på sätt som bolaget hävdar.

Bolaget har vidare gjort gällande att landstinget genom utformningen och tillämpningen av skall-kravet avseende referenser (UF 3.52) brutit mot den grundläggande principen om transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Enligt transparensprincipen ska upphandlingsförfarandet präglas av öppenhet och förutsebarhet. Av förfrågningsunderlaget (UF 3.52) framgår att anbudsgivaren ska ange två referensuppdrag. I direkt anslutning härtill hänvisar förfrågningsunderlaget till bilaga 3 Anbudsformulär. Av bilaga 3 till anbudsformuläret framgår att anbudsgivarna ska ange en referensperson hos vardera referenskund. Enligt förvaltningsrätten framgår det klart av förfrågningsunderlaget att angiven referensperson ska återfinnas hos respektive referenskund. Skall-kravet kan därför inte anses vara utformat eller tillämpat av landstinget på ett sådant sätt att det strider mot kravet på transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att grund för ingripande enligt LOU inte visats föreligga, varför ansökan om överprövning ska avslås och det interimistiska beslutet ska upphävas.

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


Eljena Ulfhake Berglund

rådman



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 nå 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 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.