

KLAGANDE

Primär Fastighetsförvaltning AB, 556310-5534
Frihamnen 4
417 55 Göteborg

Ombud: Advokaterna Tomas Setterberg och Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPART

Stiftelsen Kungälvbostäder
Box 698
442 18 Kungälv

Ombud: Advokaten Roland Adrell och jur.kand. Erik Lindskog
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 19 maj 2010 i mål nr 7766-10,
se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 28 maj 2010 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Primär Fastighetsförvaltning AB (Primär) yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Stiftelsen Kungälvsbostäder (Kungälvsbostäder) anser att överklagandet ska avslås.

Primär åberopar till stöd för sin talan bl.a. följande.

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen

Avgöranden från EU-domstolen och svenska domstolar visar att frågan om användning av referenser i anbudsutvärdering är starkt förknippad med distinktionen mellan kvalificerings- och utvärderingsfasen. Prövningen av anbudsgivares lämplighet och anbudsutvärderingen är två olika moment som styrs av skilda regler. Det har således betydelse i vilken fas av en upphandling referenser, och då särskilt egna organisationens referenser, används.

Praxis från både EU-domstolen och svenska domstolar är något oklar vad gäller referenstagning som tilldelningskriterium. Sammanblandning av utvärderingskriterier och kvalificeringskrav är enklare att undvika vid upphandling av varor. Vid tjänsteupphandlingar är det svårt att särskilja vad som ska utföras och vem som ska utföra det. Domstolarna har dock bedömt förekomsten av en eller flera tilldelningskriterier i utvärderingsfasen, som rätteligen hör hemma i kvalificeringsfasen, på ett sådant sätt att de ”smittar”, vilket får till följd att samtliga kriterier bedöms som inte relevanta tilldelningskriterier.

Flera av frågorna som ställts till referenserna i upphandlingen är hänförliga till respektive anbudsgivares tidigare erfarenhet och kvalifikationer och inte till föremålet för kontraktet. En sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen har därmed de facto skett.

Diskriminerande skall-krav

Kungälvsbostäder har använt ett skall-krav som endast träffar vissa leverantörer. Detta skall-krav får till följd att andra leverantörer, dvs. sådana som inte haft uppdrag hos Kungälvsbostäder, har möjlighet att i större utsträckning välja mellan tänkbara referenser. Detta ger en konkurrensfördel, eftersom andra leverantörer har möjlighet att välja de referenser som ger bäst betyg. Det strider mot likabehandlingsprincipen att uppställa olika krav på olika leverantörer.

Det är förbjudet för en upphandlande myndighet att gynna en tidigare leverantör genom att upprätta ett förfrågningsunderlag som särskilt passar den tidigare leverantören. På samma sätt är det givetvis förbjudet för en upphandlande myndighet att missgynna tidigare leverantörer. Detta är ett uppenbart brott mot de grundläggande principerna i LOU.

Är det tillåtet att använda sig av egna referenser i utvärderingsfasen?

Det är inte tillåtet att använda egna referenser i utvärderingsfasen, då detta ger ett alltför stort utrymme för godtycke för den upphandlande myndigheten, dvs. en möjlighet att styra tilldelningen av upphandlingen. Kungälvsbostäder har använt egna referenser i strid med LOU. Vid bedömningen av aktuellt mål kan dock inte denna rättsfråga beaktas isolerat, utan frågan om aktuell upphandlings referensupptagnings förenlighet med LOU ska bedömas även mot bakgrund av det faktum att de leverantörer som har haft uppdrag för Kungälvsbostäder dessutom har tvingats, genom ett skall-krav, att ange Kungälvsbostäder som referens. Detta innebär att Kungälvsbostäder

har skaffat sig fri prövningsrätt avseende leverantörer som har haft uppdrag för Kungälvsbostäder, helt i strid med de grundläggande principerna i LOU.

Felaktig referensupptagning

Kungälvsbostäder har inte genomfört en korrekt referensupptagning med en av Primärs referenser, Fastighets AB Linden, Sven Nilsson. Detta eftersom Kungälvsbostäder vid referensupptagningen med Sven Nilsson endast frågat angående pågående uppdrag och inte avslutade uppdrag. Det är ostridigt i målet att leverantörer hade möjlighet att lämna referenser till såväl pågående som avslutade uppdrag och att detta är förenligt med förfrågningsunderlaget. Upphandlingskonsulten frågade Sven Nilsson om det gick bra att ta referenser även avseende Yttre miljö och Sven Nilsson svarade ”Vi har inte Primär på yttre miljö”. Några följdfrågor ställdes aldrig från upphandlingskonsultens sida utan referensupptagningen avslutades. Detta förhållande, dvs. såväl hur frågan har formulerats av upphandlingskonsulten och hur Sven Nilsson har svarat, har Kungälvsbostäder vitsordat, samtidigt som Sven Nilsson lämnat samstämmiga uppgifter. Det är klarlagt att upphandlingskonsulten har ställt frågan på sådant sätt att Sven Nilsson uppfattat frågan som att den avser endast pågående uppdrag. Det är Kungälvsbostäders skyldighet att undersöka huruvida de angivna referenserna kan ge referenser för pågående och/eller avslutade uppdrag. För det fall Kungälvsbostäder hade upptagit referensupptagningen med Fastighets AB Linden på ett korrekt sätt hade Primär erhållit upphandlingen

Kungälvsbostäder åberopar till stöd för sin talan bl.a. följande.

Diskriminerande skall-krav

Referensupptagningen har syftat till att möjliggöra en bedömning av kvalitén på den offererade tjänsten varför det är viktigt att referenserna avser liknande uppdrag. I annat fall riskerar den upphandlande myndigheten att få referen-

ser som är ovidkommande för att bedöma innehållet och kvalitén i den offererade tjänsten. Det är mot denna bakgrund, och för att säkerställa att utvärderingen av referenser ger en så rättvisande bild som möjligt av tjänstens kvalitet för Kungälvsbostäder, som kravet om Kungälvsbostäder som referens ska förstås.

För att det ska vara praktiskt möjligt att använda den egna organisationen som referens i en upphandling måste det uppställas ett krav som innebär att anbudsgivaren tvingas ange den upphandlande myndigheten som referens. Annars kommer den upphandlande myndigheten inte kunna utnyttja sin kunskap om vilka leverantörer som inte förmår leverera en tjänst av godtagbar kvalitet till den upphandlande myndigheten. Detta eftersom leverantörerna rimligen inte kommer att lämna den referensen om de misskött sig. Ett förbud mot att använda den egna organisationen för negativa referenser kommer med nödvändighet innebära en begränsning i konkurrensen mellan leverantörerna. En sådan begränsning kan inte anses förenlig med LOU.

Kravet att ange Kungälvsbostäder som referens är lika för alla leverantörer och kravet har framgått av förfrågningsunderlaget. Det kan vidare inte anses vara diskriminerande att det vid utvärderingen av ett anbud ges möjlighet att beakta uppdrag utförda åt den egna organisationen. Tvärtom framstår det som en naturlig del av en affärsmässigt genomförd upphandling.

Är det tillåtet att använda sig av egna referenser i utvärderingsfasen?

Det framgår av rättspraxis att inget hindrar att en upphandlande myndighet använder egen referenstagning så länge detta framgår av förfrågningsunderlaget och sker på ett objektiva godtagbart sätt (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09). Det kan inte heller ha någon betydelse i vilken fas av upphandlingen de egna referenserna används.

Primär har inte presenterat något stöd för uppfattningen att det vid referenstagningen eller poängsättningen skulle ha tagits ovidkommande hänsyn. Referenstagningen har tvärtom genomförts helt i enlighet med förfrågningsunderlaget och på ett förutsebart sätt. Den har dessutom skötts av en oberoende konsult.

Primärs angivande av Kungälvsbostäder som referens har inte på något sätt frångått Primär möjligheten att bilda sig en uppfattning om möjligheten att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Felaktig referensupptagning

Av förfrågningsunderlaget framgår det mycket tydligt att det är anbudsgivaren som bär risken för att en referens inte kan eller vill svara på de i förfrågningsunderlaget angivna frågorna. Vid sådant förhållande ska enligt förfrågningsunderlaget leverantören erhålla noll poäng, vilket även skedde i föreliggande fall.

Vid referensupptagningen med Sven Nilsson nämndes inte från Kungälvsbostäders sida något om att referenstagningen endast avsåg pågående uppdrag.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen

Kammarrätten har först att ta ställning till om förfrågningsunderlaget brister på så sätt att kvalificerings- och utvärderingsfasen har blandats ihop.

Kammarrätten gör i denna del samma bedömning som förvaltningsrätten, dvs. att de frågor som ställts till referenserna endast syftat till att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras, och därige-

nom även till att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen har således inte skett. Att referenserna ska användas vid utvärderingen framgår av förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund av ovanstående finner kammarrätten att det inte föreligger grund för ingripande mot upphandlingen på denna grund.

Diskriminerande skall-krav

Kammarrätten har vidare att ta ställning till om det krav som Kungälvbostäder ställt på de leverantörer som tidigare haft uppdrag hos Kungälvbostäder, att dessa ska ange Kungälvbostäder som en av de tre referenser som leverantören ska lämna, är diskriminerande och i strid mot likabehandlingsprincipen.

Kammarrätten konstaterar till att börja med att alla leverantörer som varit i samma situation har behandlats lika, dvs. alla leverantörer som tidigare har utfört uppdrag för Kungälvbostäder respektive de leverantörer som inte tidigare har utfört uppdrag för Kungälvbostäder har behandlats på samma sätt. Enligt fast rättspraxis från EU-domstolen innebär likabehandlingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling (se bl.a. EU-domstolens dom den 3 mars 2005 i förenade målen C-21/03 och C-34/03 p. 27).

Den bakomliggande tanken med att referenser ska lämnas vid anbud är att referenserna ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare har utfört liknande uppdrag. Tanken med referenser kan inte vara att leverantören själv ska kunna välja vilken bild av dem som ska visas.

Kravet på att leverantören ska lämna Kungälvbostäder som referens i de fall leverantören tidigare utfört uppdrag av liknande art för dem måste enligt

kammarrättens mening anses vara ett rimligt och proportionerligt ställt krav för att säkerställa att upphandlande myndighet kan utröna vilken tjänst som är ekonomiskt mest fördelaktig.

Mot bakgrund av det anförda anser kammarrätten att det inte är i konflikt med likabehandlingsprincipen att Kungälvsbostäder ställt krav på de leverantörer som tidigare utfört uppdrag för Kungälvsbostäder att lämna Kungälvsbostäder som en av tre referenser. Vidare strider detta krav inte heller mot LOU i övrigt. Något skäl till ingripande mot upphandlingen föreligger därför inte heller på denna grund.

Är det tillåtet att använda sig av egna referenser i utvärderingsfasen?

Kammarrätten har vidare att ta ställning till frågan om en upphandlande myndighet över huvud taget kan använda sig av egna referenser vid en prövning i utvärderingsfasen. Primär menar att ett sådant förfarande alltid öppnar för godtycke.

Kammarrätten finner att det är möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser vid en prövning i utvärderingsfasen, så länge det framgår att referenstagningen sker på ett objektivt sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när.

Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår vad som kommer att tillmätas betydelse i referensupptagningen samt hur detta kommer att poängsättas. Anbudsgivarna har alltså inte saknat möjlighet att kunna förutse vad som kommer att bedömas vid utvärderingen.

Kammarrätten finner vidare att det inte har framkommit någonting som talar för att Primär har blivit otillbörligt poängsatt eller att det i övrigt framkommit någonting som skulle kunna medföra ett ingripande enligt LOU i denna del.

Felaktig referensupptagning

Kammarrätten har slutligen att ta ställning till om den referensupptagning som Kungälvsbostäder hämtade in från Sven Nilsson vid Fastighets AB Linden skett på ett korrekt sätt.

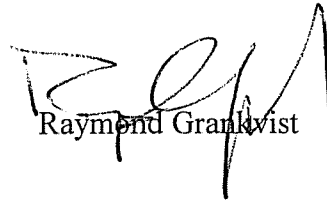
Det är i målet ostridigt att enligt förfrågningsunderlaget hade leverantörer möjlighet att lämna referenser avseende såväl pågående som avslutade uppdrag.

Enligt kammarrättens mening är det den som har åberopat en referens, dvs. i detta fall leverantören, som bär risken för missförstånd vid referensupptagningen. Det framgår av utredningen att Kungälvsbostäder inte uppgett att referenstagningen endast avser pågående uppdrag. Vid sådant förhållande finner kammarrätten att utredningen i målet inte ger tillräckligt stöd för att Kungälvsbostäder agerat på ett vilseledande sätt vid frågetillfället. Eftersom Sven Nilsson inte svarat på frågorna avseende ”Yttre miljö”, var det i enlighet med förfrågningsunderlaget korrekt av Kungälvsbostäder att tilldela Primär noll poäng i denna del. Något skäl till ingripande mot upphandlingen föreligger därför inte heller på denna grund.

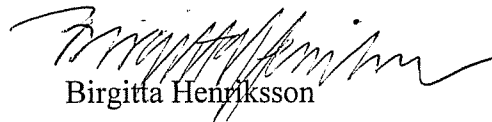
Slutsats

Sammanfattningsvis finner kammarrätten att överklagandet ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).




Raymond Grankvist



Birgitta Henriksson
referent



Lennart Berglund



/Marie Andersson



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2010-05-19
Meddelad i
Göteborg

Ab 25
Mål nr
7766-10 E
Enhet 1:1

Sida 1 (9)

BLAGA A

SÖKANDE

Primär Fastighetsförvaltning AB
Frihamnen 4
417 55 Göteborg

Ombud:

Advokaterna Tomas Setterberg och Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPART

Kungälvbostäder
Box 698
442 18 Kungälv

Ombud:

Advokaten Roland Adrell och jur.kand. Erik Lindskog
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 15 februari 2010 upphör
därmed att gälla.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Eftersom bolaget inte hade några pågående uppdrag hos Linden har bolaget fått noll poäng vid anbudsutvärderingen. Hade Kungälvsbostäder rätteligen frågat om bolaget har utfört några uppdrag hade bolaget fått poäng av Linden. Bolaget har lämnat det näst mest fördelaktiga anbudet trots att bolaget fick noll poäng i denna del av utvärderingen. Det kan därför inte uteslutas att bolaget hade vunnit upphandlingen om nämnda referens hade tillfrågats på ett korrekt sätt.

Det framgår motsatsvis av förfrågningsunderlaget, punkten UF3.52, att det inte är ett skakrav att referenser endast ska avse pågående uppdrag, varför förfrågningsunderlaget får anses brista i kravet på transparens. Om bolaget vetat om att endast pågående uppdrag skulle komma att tillmättas betydelse, hade bolaget lämnat en annan referens. Eftersom förfrågningsunderlaget påvisar sådan allvarlig brist har bolaget frångåtts möjligheten att lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet.

Referenserna i mål nr 788-09 avsåg kvalificeringsfasen, och inte som i nu aktuellt mål, utvärderingsfasen. Det kan inte anses förenligt med LOU att den upphandlande myndigheten använder den egna organisationen som referens för poängsättning i utvärderingsfasen. Aktuellt skakrav träffar dessutom endast vissa leverantörer, dvs. de som har utfört uppdrag åt Kungälvsbostäder. Poängsättningen kan därför inte anses ha skett på ett objektivt godtagbart sätt och strider därmed mot likabehandlingsprincipen.

Samtliga frågor som ställts till referenserna är hänförliga till anbudsgivarnas kvalifikationer och inte till föremålet för kontraktet. Anbudsutvärderingen har därigenom påverkats av ovidkommande hänsyn och strider därför mot kravet på bl.a. affärsmässighet (se Kammarrättens i Stockholm avgörande, mål nr 5512-08). Kungälvsbostäder har därmed, i strid med LOU, sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskriterier.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

med att få. Att bolaget på ett flertal frågor fått låga betyg av Kungälvsbostäder har sin grund i att bolaget inte har utfört tidigare uppdrag på ett acceptabelt sätt. De motsvarar även det missnöje med bolagets tjänster som Kungälvsbostäders hyresgäster gett uttryck för. Förfrågningsunderlaget tillåter Kungälvsbostäder att inhämta referenser från uppdrag som inte angivits av leverantörerna. En leverantör som har gjort ett dåligt arbete riskerar därmed att få "negativa" omdömen, oavsett om den tillfrågade uppdragsgivaren har angetts som referens eller inte.

Bolaget angav Linden som referens för upphandlingen Byggnader och installationer. På fråga om det gick bra att ta referenser även avseende Yttre miljö uppgav referensen att de inte anlidade bolaget på Yttre miljö. Några ytterligare kommentarer eller klarlägganden lämnades inte och bolaget erhöll därför noll poäng från Linden. Utfrågningen gjordes i enlighet med förfrågningsunderlaget, något annat hade inte varit möjligt.

Frågorna i nu aktuell upphandling har uteslutande syftat till att utröna innehållet och kvalitén i den erbjudna tjänsten, i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Leverantörernas kapacitet eller erfarenheter har inte berörts av frågorna (jfr EG-domstolens avgörande C-532/06 Lianakis).

Förvaltningsrätten har den 15 februari 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Förvaltningsrätten har den 6 maj 2010 på Kungälvsbostäders begäran hållit muntlig förhandling, varvid på bolagets begäran vittnesförhör har hållits med Sven Nilsson, verkställande direktör och referens i Fastighets AB Linden (Linden).

tillgodose objektiviteten, om det skulle komma att behövas, har i förfrågningsunderlaget en öppning gjorts för att kunna komplettera referenstagningen för samtliga anbudsgivare med ytterligare referenser. Dock har detta inte behövts. Referenstagaren ställde frågor till Sven Nilsson avseende upphandlingen Byggnader och installationer, och frågade då om det gick bra att ta referenser även på Yttre miljö. Sven Nilsson svarade att Linden inte har bolaget på Yttre miljö.

Sven Nilsson har under den muntliga förhandlingen uppgett i huvudsak följande. Under referenstagningen uppgav han att Linden inte har Primär som yttre skötselentreprenör och att han därför inte ville lämna någon referens på den delen. Kontentan därav blir att han uppfattade att det avsåg pågående uppdrag. Bolaget övertog år 1999 Lindens fastighetsskötare i samband med att det övertog den yttre skötselentreprenaden i Forserum. Vad han kommer ihåg skötte bolaget det bra under de tre år som de hade bolaget på nämnda entreprenad, motsvarande fem poäng, vid en bedömning utifrån förfrågningsunderlagets frågor till referenserna och dess poängsättning.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att Kungälvsbostäder sammanblandat kvalificerings- och utvärderingskriterier på ett sätt som strider mot LOU. De frågor som har ställts till referenserna avseende Yttre miljö har gällt hur väl entreprenören har uppfyllt kontraktensliga miljö- och kvalitetskrav, hur redovisning av avtalad rapportering/egenkontroll har skötts, om avtalade inställelsetider har hållits vid felanmälan och akuta insatser, och om entreprenören har uppfyllt avtalade krav på organisation och personal, avseende kvalifikationer och genomförande av uppdragen. Med hänsyn till frågornas art, vilka inte kan anses avse leverantörens allmänna kapacitet, anser förvaltningsrätten inte att någon sammanblandning har skett av

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sammanfattningsvis har bolaget därmed inte visat att upphandlingen har innehållit sådana brister att det finns skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Olle Holmstedt

Föredragande har varit Henny Johansson.

B

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Formulär 1