

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**
Allmänna avdelningen

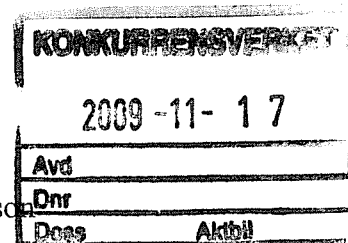
DOM
2009-11-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19942-09
Enhet 14

SÖKANDE

Andersson Company Byggnads AB, 556285-1120

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

**MOTPART**

Micasa Fastigheter i Stockholm AB, 556581-7870

Ombud: Advokat Magnus Wennerholm
Hamilton Advokatbyrå Växjö AB
Box 124
251 04 Växjö

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut av den 2 oktober 2009 upphör härigenom att gälla.

Dok.Id 467707

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND

Micasa Fastigheter i Stockholm AB (Micasa) genomför en upphandling av entreprenadarbeten avseende Kvarteret Lådkameran, fastigheten Bandhagshemmet. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande. Av tilldelningsbeslut av den 24 september 2009 framgår att Micasa har beslutat att anta annan anbudsgivare än Andersson Company Byggnads AB.

I beslutsmeddelande till Andersson Company Byggnads AB, daterat samma dag som tilldelningsbeslutet, har Micasa uppgett bl.a. följande. Vårt beslut i rubricerad anbudsfrågan är att ert anbud fallit bort vid värderingen av följande skäl. Krav enligt Administrativa Föreskrifter AFB.52 punkt b (referenters bedömning av arbetsplatsansvarigs förmåga) innehölls ej. Om anbudsgivaren erhåller betyg 1 på någon av referensfrågorna sker diskvalificering från upphandlingen. Ni fick betyg 1 av referent Locum på referensfrågan – *Föreslagen arbetsplatsansvarig för ombyggnadsuppdrag har mycket god förmåga att lösa frågor på plats utan ständiga krav på ändrings eller pristillägg*. Svaret blev att påståendet stämmer mycket dåligt – mycket missnöjd, vilket är lika med betyget 1.

Länsrätten har i beslut den 2 oktober 2009 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Andersson Company Byggnads AB (bolaget) ansöker hos länsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att länsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs. I den nya anbudsutvärderingen ska bolagets anbud tas upp till fullständig utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Micasa Fastigheter i Stockholm AB (Micasa) bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER

Andersson Company Byggnads AB anför i huvudsak följande.

Förstahandsyrkandet

Micasa har brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU, genom att felaktigt förkasta bolagets anbud. Bolaget har offererat Stefan Hedberg som arbetsplatsansvarig och som referens för denne angett bl.a. Locum som referenskund med Hans Ingelshed som referensperson. Av upplysningar som bifogats Micasas tilldelningsbeslut framgår att bolagets anbud har förkastats med motiveringen att referenspersonen gett ett lågt betyg. Hans Ingelshed har dock, enligt egen utsaga, överhuvudtaget inte tillfrågats av Micasa om Stefan Hedberg och det aktuella referensprojektet Endokrin. Bolaget kan därför inte dra någon annan slutsats än att Micasas referenstagning varit behäftad med allvarliga brister. Det sagda innebär att Micasa har, genom att felaktigt förkasta bolagets anbud, brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har till följd av Micasas överträdelse av LOU lidit eller i vart fall riskerat att lida skada genom att inte ha fått möjlighet att tilldelas kontrakt avseende denna mycket värde- och betydelsefulla upphandling. Om bolagets anbud utvärderats skulle bolaget, som offererat det lägsta anbudspriset, med stor sannolikhet ha vunnit upphandlingen. Skäl föreligger därför för länsrätten att förordna om rättelse. Då bristen i upphandlingen rör utvärderingen och inte upphandlingens konkurrensuppsökande skede är rättelse den korrekta påföljden (jfr RÅ 2005 ref. 47).

Andrahandsyrkandet

Av 11 kap. 1 § LOU framgår att 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. Bestämmelsen är ett uttryck för att kvalificeringsfasen, som avser krav på leverantören, och utvärderingsfasen, som avser krav på och kriterier för bedömning av föremålet för upphandlingen, inte får sammanblandas (jfr EG-domstolens domar i mål C-31/87 Beentjes och mål C-315/01 GAT). Bolaget vill även åberopa EG-domstolens dom i mål C-532/06 Lianakis. Omständigheter avseende leverantörernas ekonomiska ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska prövas endast i kvalificeringsfasen. Prövningen i kvalificeringsfasen är binär, såtillvida att någon relativ bedömning inte sker mellan anbudsgivarna, utan att anbudsgivarna antingen anses uppfylla eller inte uppfylla kraven. De anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven går vidare till utvärderingsfasen, medan övriga anbudsgivares anbud förkastas. Den upphandlande myndigheten får därefter under återstoden av upphandlingen inte på nytt pröva anbudsgivarnas ekonomiska ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Dessa omständigheter, som rör anbudsgivarnas situation och egenskaper får således inte prövas inom ramen för anbudsutvärderingen, vilket i lagtexten uttryckts som att de kriterier som används vid anbudsutvärderingen ska vara ”kopplade till föremålet för kontraktet” (12 kap. 1 § andra stycket LOU). Bakgrunden till denna strikta uppdelning mellan kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen är att en upphandlande myndighet, med hänsyn till den gemenskapsrättsliga proportionalitetsprincipen, inte får ställa mer långtgående krav på anbudsgivarnas ekonomiska ställning samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet än vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Micasa har i förfrågningsunderlaget uppställt ett kvalificeringskrav som innebär att anbudsgivarna ska kunna styrka sin erfarenhet genom att åberopa minst två slutförda referensentreprenader av viss typ. Micasa har emellertid i förfrågningsunderlaget även föreskrivit att ”Referenters bedömning av Arbetsplatsansvarigs förmåga” ska bedömas vid anbudsutvärderingen. Anbudsgivarnas förmåga är dock, vilket också framgår av 11 kap. 11 § LOU, en omständighet hänförlig till anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet och skulle därför rätteligen ha använts

endast som krav på anbudsgivarna i kvalificeringsfasen. Bolaget åberopar i denna del Kammarrättens i Stockholm dom den 19 december 2008 i mål nr 5512-08. Vid en jämförelse mellan de omständigheter som Micasa enligt förfrågningsunderlaget skulle beakta vid anbudsutvärderingen och de omständigheter som kammarrätten i den ovan nämnda domen funnit vara otil-låtna att beakta vid anbudsutvärderingen framgår på flera punkter tydlig överensstämmelse. Det är således tydligt att Micasa i strid med 1 kap. 9 § LOU, genom sammanblandning av kvalificeringsfas och utvärderingsfas, låtit anbudsutvärderingen påverkas av ovidkommande hänsyn. Eftersom bolagets anbud förkastats med anledning av Micasas utvärdering av refe-renser har bolaget som en direkt följd av Micasas brott mot LOU, lidit eller i vart fall riskerat att lida skada, i den mening som avses i 16 kap. 1 § för-sta stycket LOU och 16 kap. 2 § första stycket LOU. Då bristerna rör för-frågningsunderlagets utformning och därmed hör till upphandlingens kon-kurrensuppsökande skede ska länsrätten, vid val av påföljd, förordna att upphandlingen ska göras om.

Micasa anför till stöd för sitt bestridande bl.a. följande.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU och de gemenskaps-rättsliga principerna. Micasa har varit i kontakt med uppgiven referensper-son och har inte heller sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfa-sen. Bestämmelserna i LOU och de gemenskapsrättsliga principerna har iakttagits. Bolaget har inte drabbats av skada. Det vitsordas att bolaget lämnat det lägsta anbudspriset. Bolaget skulle därmed ha erhållit maximala 70 poäng i utvärderingskriteriet "Pris". I det andra utvärderingskriteriet hade dock bolaget endast erhållit 0 poäng, övriga anbudsgivare i detta ut-värderingskriterium erhöll 30 poäng. Även om bolagets anbud hade utvär-derats hade bolagets anbud inte ansetts som det ekonomiskt mest fördelak-tiga anbudet och därmed inte tilldelats kontraktet. Skaderekvisitet i 16 kap 1 § och 2 § LOU är därmed inte uppfyllt och länsrätten bör redan av detta skäl lämna bolagets ansökan utan bifall.

Förstahandsyrkandet

I sitt anbud angav bolaget två referensuppdrag för kvalificering av företaget. Dessutom lämnades två referenser för bedömning av arbetsplatsansvarigs förmåga. I sitt anbud angav bolaget Stefan Hedberg såsom tänkt arbetsplatsansvarig och Hans Ingelshed som referensperson. Micasa anlitar konsultbolaget Fasticon AB ("Fasticon") såsom upphandlingskonsulter för att bistå Micasa i genomförandet av upphandlingen. I upphandlingar med referensupptagning tillämpar Fasticon ett väl genomarbetet arbetssätt. Referensupptagningen görs på så sätt att en medarbetare vid Fasticon, i detta fall Lena Hammarström, kontaktar av anbudsgivaren angiven referensperson och ställer ett antal frågor till referenspersonen i enlighet med förfrågningsunderlaget. Vid referensupptagning inleds telefonsamtalet med en förklaring vem det är som ringer, för vems räkning som Fasticons representant ringer och slutligen vad referensupptagningen avser. Vidare säkerställs att referenten är i en sådan situation att referenten kan besvara frågorna lugnt och sakligt. När detta säkerställts ställs frågorna och svaren dokumenteras. I förfrågningsunderlaget lämnades ingående upplysningar om på vilket sätt som anbudslämnaren skulle förbereda och delge sin referent kommande förfrågan om referenssvar. Hans Ingelshed befann sig i ett möte vid det första försöket som gjordes att nå honom. Därefter anges den tidpunkt när referensupptagningen skedde. Hans Ingelshed lämnade sitt referenssvar den 17 september 2009 klockan 13.45. Lena Hammarström har lämnat en redovisning av den aktuella referensupptagningen. Av redovisningen framgår att hon var mycket tydligt med att förklara för vems räkning hon ringde (Micasa), vilken arbetsplatsledare som avsågs (Stefan Hedberg) och vilket bolag denna tillhörde, samt att Lena Hammarström vinnlagt sig om att kontrollera att hon uppfattat Hans Ingelsheds svar på påståendena på ett korrekt sätt, särskilt i det fall det var fråga om att Hans Ingelshed gav ett lågt betyg. Vad som härefter skedde var att Hans Ingelsheds svar på de frågor som angetts omvandlades till ett betyg i skala 1-5 i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Mot bakgrund av Lena Hammarströms uppgifter och det faktum att även Hans Ingelshed bekräftat att han kontaktats av en kvinnlig person, oaktat att han inte synes komma ihåg namnet, är det uppenbart att samtalet ägt rum. Det är också helt uppenbart att Hans Ingelshed lämnat de svar som följer av Lena Hammarströms lämnade redovisning och hennes anteckningar vid referensupptagningen. Med vetskap om att ett negativt svar kan få följder för den som lämnat referenssvaren säkerställs svaren genom att ställa fråga om referent känner sig bekväm med svaret och kan stå för det samma. Hans Ingelshed bekräftade att han stod för svaren och kompletterade även svaren med att förklara att bolaget är ”extremt besvärliga i dom frågorna” samt att man för att lösa detta måste ”kalla till ombudsmöte”. Förutom att Hans Ingelshed svarat detta under påståendet om ”lösa frågor på plats utan ständiga krav på ändrings- eller pristillägg”, kan konstateras att Hans Ingelshed med anledning av påståendet ”med kvalitet och engagemang genomfört uppdrag till Er fulla belåtenhet”, svarade ”mycket dåligt – missnöjd, tveksamt godkänt”.

Andrahandsgrunden

Det föreligger inget generellt förbud för en upphandlande myndighet att beakta referenser i anbudsutvärderingen. Praxis på området är inte entydig i denna fråga. Micasa åberopar till stöd för sin talan Kammarrättens i Göteborg domar i mål 7332-08 och 5910-08 där det uttalades att referensupptagningen kunde användas i utvärderingsfasen. Av målen framgår att det är tillåtet att använda referenser i utvärderingsfasen om dessa syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I den nu aktuella upphandlingen har referenserna just syftat till att ge Micasa möjligheten att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingskriteriet ”referenters bedömning av arbetsplatsansvarigs förmåga” har en direkt koppling till genomförandet av kontraktet jml 12 kap 1 § LOU. Referensupptagningen har avsett krav på och kriterier för bedömning av föremålet för upphandlingen, inte krav på leverantören. Frågorna som ställts har haft bäring på föremålet för kontraktet, dvs. det som upphandlats. Arbetsplats-

ansvarig är en avgörande och viktig del av det som upphandlas. Det åligger den arbetsplatsansvarige i ett ombyggnadsuppdrag att leva upp till ställda förväntningar. Svar från referenter som styrker detta, att det är fråga om en bra arbetsplatsansvarig som erbjuds för genomförandet av kontraktet och för att försvara sin huvudmans intressen för kostnadseffektivitet, kvalitet, service och stöd, är viktigt. Svaren från de två referenserna påvisar klart att detta har ett direkt sammanhang med hur kontraktet kommer att genomföras.

Bolaget har härefter genmält bl.a. följande. Bolaget vidhåller att Hans Ingelshed inte tillfrågats om det referensprojekt som bolaget uppgivit i sitt anbud och att han därför inte heller lämnat den information som Micasa, via sin konsult, säger sig ha inhämtat från honom. Av Hans Ingelsheds e-postmeddelande, vilket beskriver hur referenstagningen har gått till, framgår tydligt att de frågor som ställts avsåg det senaste projektet bolaget genomförde på Danderyds sjukhus, dvs. åren 2007-2008. Detta projekt ska dock inte förväxlas med det projekt som bolaget har lämnat som referensprojekt i sitt anbud där det framgår att referensprojektet avsåg ombyggnad av endokrinavdelningen på Danderyds sjukhus som genomfördes år 2002. Av Hans Ingelsheds kommentar framgår att den av Micasa anlitade konsulten inte med tillräcklig tydlighet klargjort för honom vilket projekt som referensfrågorna avsåg och att han därför felaktigt fått uppfattningen att frågorna rörde ett helt annat projekt än det som bolaget i sitt anbud uppgett som referensprojekt. Av Lena Hammarströms redovisning av referensupptagningen med Hans Ingelshed framgår att objektet för omdömet som skulle avges, åtminstone i den inledande referensförfrågan, var mycket vagt formulerat till att avse "ombyggnadsprojekt Danderyds sjukhus". Hans Ingelshed har därför, av förståeliga skäl, uppfattat att referensförfrågan avsåg den senaste ombyggnaden bolaget utförde på Danderyds sjukhus. Referensförfrågan har således varit så otydligt utformad att det uppenbarligen har medfört att referenstagningen har genomförts på ett bristfälligt sätt. Som framgår av Hans Ingelsheds redogörelse skulle hans omdöme avseen-

de Stefan Hedberg och referensprojektet Endokrin ha varit mycket gott. Bolaget vidhåller också, med hänvisning till Hans Ingelsheds redogörelse, att Fasticon inte har ställt frågor som avsåg Stefan Hedberg och dennes roll som arbetsledare. Tvärtom har Fasticon endast ställt allmänna frågor som rör bolaget som helhet, vilket inte är föremålet för det som skulle utvärderas. Påståendet att bolaget skulle ha erhållit noll poäng med avseende på kriteriet "Referenser, mervärde" saknar verklighetsförankring, eftersom påståendet utgår från att bolaget, om frågor avsett rätt referensprojekt, skulle ha erhållit samma svar som vid den felaktiga referenstagningen. Bolaget har dock, genom Hans Ingelsheds utlåtande, visat att det skulle ha erhållit ett avsevärt bättre omdöme om Fasticon frågat om rätt referensprojekt. För att vinna upphandlingen skulle bolaget ha behövt få 30 poäng med avseende på kriteriet "Referenser, mervärde", dvs. en genomsnittlig poäng om 3,5 för respektive referensfråga. Bolaget skulle, för det fall referenstagningen hade genomförts korrekt, ha tilldelats en genomsnittlig poäng om 3,4. Tillsammans med genomsnittspris för bolagets andra referens skulle detta ha inneburit att bolaget erhållit en genomsnittlig poäng om 3,7. Bolaget har således till följd av Micاسas överträdelse av LOU lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada.

Bolaget vidhåller att Micasa har sammanblandat kriterier hänförliga till leverantörskvalificeringen och anbudsutvärderingen på ett sätt som EG-domstolen har fastslagit strider mot de direktbestämmelser som LOU implementerar. Utvärderingskriteriet "referenters bedömning av arbetsplatsansvarigs förmåga" får anses vara ett typexempel på ett kriterium som tar sikte på anbudsgivarens kapacitet, erfarenhet och kompetens, dvs. anbudsgivarens lämplighet för uppdraget. En arbetsplatsansvarig är visserligen en viktig person, men utgör som sådan framför allt en resurs hos anbudsgivaren vilken utgör del i bedömningen av huruvida anbudsgivaren är lämpad, dvs. kvalificerad, att utföra uppdraget (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 13 februari 2009 i mål nr 3474-08). Tvärtemot vad Micasa gör gällande är således bedömning av referent anser avseende arbetsledare att hänfö-

ra till bedömningen av anbudsgivaren förmåga att utföra uppdraget i fråga, dvs. leverantörskvalificeringen, och ska därför inte beaktats vid anbudsvärderingen. Vad Micasa anfört om att bolaget inte skulle ha lidit skada saknar helt relevans för bedömningen av bolagets andrahandsyrkande. Eftersom bolagets anbud har förkastats just med anledning av utvärderingen av referenser har bolaget som en direkt följd av Micasas brott mot LOU, lidit eller i vart fall riskerat att lida skada, i den mening som avses i 16 kap. 2 § första stycket LOU.

Micasa gemämler i huvudsak följande. Beträffande referenstagningen uppger Micasa att Hans Ingelshed själv i e-postmeddelande den 2 oktober 2009 förklarar att "de svar jag lämnade står jag fast vid gällande det projektet". Det är därmed uppenbart att Hans Ingelshed har lämnat de svar som följer av anteckningarna från referensupptagningen och som lagts till grund för utvärderingen. Hans Ingelshed har vidare besvarat frågor rörande Stefan Hedberg som arbetsplatsansvarig. Av Lena Hammarströms redovisning framgår att hon hänvisade till ombyggnadsprojekt vid Danderyds sjukhus och att hon efterfrågade referentens omdöme rörande Stefan Hedberg. Hans Ingelshed bad inte att få ombyggnadsprojektet mer specificerat utan svarade på de påståenden om Stefan Hedberg som följer av förfrågningsunderlaget. Frågorna som ställts är formulerade på ett sådant sätt att det inte kan råda någon tvekan om att frågorna avsåg arbetsplatsansvarig och inte allmänna frågor rörande bolaget. Frågorna har en direkt koppling till arbetsplatsansvariges förmåga att i ombyggnadsuppdrag genomföra olika åtgärder och förmågor relevanta för kommande projekt. Frågorna är därmed kopplade till kontraktsföremålet. Vidare kan ifrågasättas av vilka skäl bolaget väljer att åberopa ett projekt som inte är det senaste projektet hos samma referens, utan ett som ligger ca sju år tillbaka i tiden. Ett projekt som genomfördes 2007 ger rimligtvis en bättre bild av arbetsplatsansvarig än ett projekt som genomfördes år 2002. Det får förutsättas att bolaget informerade Hans Ingelshed om att han angetts som referens. Eftersom bolaget valt att inte åberopa det senaste utförda projektet med Hans

Ingelshed borde det ha varit än mer viktigt att bolaget informerade honom om att han återropades som referens, inte för det senast utförda projektet, utan med anledning av ett projekt som låg sju år tillbaka i tiden. Om så inte har skett är ansvaret närmast bolagets ansvar att Hans Ingelshed inte varit uppdaterad och medveten om bolagets vilja att inte nämna något om det senare projektet. Referenstagningen har således inte avsett något annat projekt än det som bolaget uppgav i referensbilagan. Även om länsrätten skulle komma fram till att Hans Ingelshed besvarade frågorna utifrån projektet år 2007, har det ändå varit svar som har berört bolagets offererade arbetsplatsansvariges förmåga vid tidigare liknande ombyggnadsuppdrag. Micasa har därför haft rätt att använda sig av Hans Ingelsheds svar vid utvärderingen alldeles oavsett om han lämnat sina svar angående ett annat projekt. Det är tydligt att bolaget, åtminstone i efterhand, haft kontakter med Hans Ingelshed och avkrävt denne en betygssättning. Att i efterhand revidera avlämnade referenssvar torde strida mot de gemenskapsrättsliga principerna, bl.a. principen om likabehandling. Det är inte heller referenspersonen som sätter betyget utan detta görs av Micasa efter värdering av de svar som lämnats och utifrån den värdeskala som följer av förfrågningsunderlaget.

Bolaget har här efter uppgett bl.a. följande. Stefan Hedberg var endast arbetsplatsansvarig för endokrinprojektet år 2002 och inte vid ombyggnaden av ny förlossningsavdelning år 2007. Detta har Hans Ingelshed haft kunskap om, varför han, om det hade framgått att referensupptagningen avsåg Stefan Hedberg, skulle ha förstått att referensupptagningen inte avsåg ombyggnaden år 2007. Så har uppenbarligen inte skett. Det får därmed anses klarlagt att frågor avseende Stefan Hedberg inte har ställts av Lena Hammarström. Det måste rimligen åligga den upphandlande myndigheten, eller det ombud som myndigheten anlitar, att säkerställa att kontaktade referenspersoner förstår de frågor som ställs. Det är självfallet upp till anbudsgivarna att välja ut vilka referensobjekt som ska anges. Det har oavsett detta åvilat Micasa att säkerställa att Hans Ingelshed förstod vilket projekt

han tillfrågades om. Det är inte tillåtet för den upphandlande myndigheten att på eget initiativ ta upp och beakta ytterligare referenser utöver dem som har angetts i anbudet. Hans Ingelshed har inte ändrat uppgifter i efterhand, eftersom han aldrig har lämnat några uppgifter för det aktuella referensprojektet, utan referenstagningen gjordes för fel projekt. Det är dessa felaktiga uppgifter som nu ska bortses från och Hans Ingelsheds nu lämnade omdöme ska ligga till grund för Micasas bedömning av bolagets anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 12 kap. 1 § LOU anges bl.a. att 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. 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.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlagets upphandlingsföreskrifter AFB.52, "Steg 2, bedömning av anbud: tilldelning av kontrakt" anges bl.a. följande.

- Beställaren kommer vid anbudsvärderingen att anta det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till nedanstående utvärderingskriterier.
- pris, kostnad för entreprenaden omräknat till ett fiktivt tal
- referenser, mervärde

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

b) *Referenters bedömning av arbetsplatsansvarigs förmåga – mervärde (max 30 poäng).*

Referensuppdrag: utsedd ansvarig arbetsplatsansvarig hos anbudslämnaren ska ha minst två utförda eller pågående referensuppdrag inom ombyggnad av lägenheter och/eller vård och omsorgsboende, där resultat värderas enligt referenser. Referenter ska kunna styrka arbetsplatsansvarigs förmåga m.m. Se även nedanstående definition av referent. Referensuppdragen kan vara samma referenser som för företagets kvalificering, men inte nödvändigt.

Bevis enligt anbudsformulär:

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer, förutom pris, referenter att få bedöma föreslagen arbetsplatsansvarigs förmåga vid tidigare liknande ombyggnadsuppdrag utifrån dennes leverans- och genomförandetid, kvalitet, tekniska egenskaper samt service. Frågor ställs i påstående form som referent får besvara om man samtycker eller ej. Svaren omvandlas till ett medelbetyg som sedan relateras till poängsteg 5, 20, eller 30, eller 0 poäng om enskilt betyg sätts till mycket missnöjd.

Föreslagen arbetsplatsansvarig har i refererat ombyggnadsuppdrag visat mycket god förmåga att:

- se till så att genomförandet sker efter de handlingar som fastställts
- se till så att entreprenaden slutförs inom avtalad tid
- se till så att entreprenaden blir kontrollerad och kvalitetssäkrad
- se till så att alla berörda lämnar egenkontroller och rapporter i tid
- lösa frågor på plats utan ständiga krav på ändrings- eller pristillägg
- bevaka och tillse att funktionen på entreprenaden blir som projekterat
- bevaka och tillse att material på arbetsplatsen blir säkrat mot fukt m.m.
- ge service till hyresgäster och andra som berörs av projektet
- tillse att ge tekniskt stöd för att sköta anläggningen efter övertagandet
- med kvalitet och engagemang genomfört uppdraget till Er fulla belåtenhet

Värdeskala referenser:

Påstående och betygskala:

- Stämmer mycket dåligt – mycket missnöjd, betyg 1
- stämmer dåligt – missnöjd, tveksamt godkänt, betyg 2
- stämmer bra – är nöjd, betyg 3
- stämmer mycket bra – är mycket nöjd, betyg 4

Betygskala – värdering

Förväntas...

- ... väl uppfylla alla ställda kriterier (medelbetyg $\geq 3,5$) 30 poäng
- ... nästan uppfylla ställda kriterier (medelbetyg $\geq 3,00$) 20 poäng
- ... endast uppfylla ett fåtal av ställda kriterier (medelbetyg $\leq 3,00$) 5 poäng
- Enstaka påstående besvarat med betyg 1, oavsett medelbetyg 0 poäng

Referenstagning

Anbudsgivare ska lämna minst två referenser. Referenserna ska avse liknande uppdrag som upphandlingen avser. Namn på kontaktperson för respektive referensuppdrag samt dennes telefonnummer och e-postadress ska anges. De frågor som kommer att ställas till referenterna framgår nedan. [...] Kan två referens-

svar ej erhållas inom totalt fyra veckor från anbudsöppningsdagen kommer anbudsgivaren diskvalificeras från upphandlingen. Likaså kommer anbudsgivare som på någon av referensfrågorna erhåller betyg 1 att diskvalificeras från upphandlingen. Angivna referenter bör sålunda vara vidtalade om att de angivits som referenter och vikten av att vara anträffbara fyra veckor efter sista anbudsdag. [...]

Av ett intyg utfärdat den 6 oktober 2009 av Lena Hammarström, anställd av Fasticon, framgår bl.a. följande.

Den 17 september 2009 kom hon i telefonkontakt med Hans Ingelshed som lämnad referens för Stefan Hedberg för anbudsgivaren Andersson Company Byggnads AB. Hon presenterade sig med namn och var hon ringde ifrån. Hon angav också att bolaget refererat till ombyggnadsprojekt på Danderyds sjukhus och att omdömet som skulle avges avsåg Stefan Hedberg. Vidare uppgav hon vilken betygsskala som skulle användas vid de olika påståenden som hon skulle ställa till Hans Ingelshed. Hon ställde frågorna och fick de svar som noterats på den särskilda svarsblanketten. På vissa frågor kompletterade Hans Ingelshed med kommentarer som förstärker svaret, som extremt bevärliga i de frågorna, allt måste lösas i ombudsmöten. Eftersom detta referensbetyg är klart nedsättande betyg ställde hon en kontrollfråga om hans svar på påståendet om att lösa frågor på plats utan ständiga krav på ändrings- eller pristillägg var ett svar som han kunde stå för och känna sig bekväm med, varvid han svarade ja.

Andersson har till sin begäran om överprövning bifogat en skrivelse daterad den 2 oktober 2009 från Hans Ingelshed. I denna skrivelse har Hans Ingelshed uppgett i huvudsak följande.

Han blev för två-tre veckor sedan uppringd av en kvinna som arbetade med en anbudsutvärdering. Han fick frågor rörande bolaget vad gäller genomförandet av det senaste projekt som dessa genomfört på Danderyds sjukhus, nämligen ombyggnad för ny förlossningsavdelning. Detta projekt genomfördes våren 2007 t.o.m. våren 2008. Frågorna gällde inte en viss person utan bolaget som helhet. De svar han lämnade står han fast vid gällande det projektet. Han har tidigare arbetat med bolaget i ett projekt i samma hus som kallades Endokrinavdelning, ungefär år 2002 med inflyttning i januari 2003. Där var det en annan organisation med Hedberg som platschef. Hade han fått frågor om det projektets platschef hade han svarat följande: Hans uppfattning om denna platschefs kompetens och förmåga att driva projektet är att han lyckades driva projektet till ett bra resultat med bra teknisk kvalitet, där hyresgästen blev nöjd, klart i tid samt att även samarbetet med dem, såsom byggherrens inhyrda projektledning, fungerade bra.

Länsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens

(öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i länsrätten 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.

Bolaget har i första hand yrkat att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras, varvid bolagets anbud ska tas upp till fullständig utvärdering. Bolaget hävdar att referenspersonen Hans Ingelshed vid lämnandet av referenser har uttalat sig om ett annat projekt än det som återopats i anbudet samt att den person som angetts som arbetsplatsansvarig inte har deltagit i det projekt som Hans Ingelshed uttalat sig om.

Referensupptagningen

Länsrätten finner, med hänsyn till principerna om likabehandling och transparens, att det måste åligga anbudsgivaren att se till att återopade referenspersoner är införstådda med att de angetts som referenser i anbudet och exakt vad referenstagningen avser. Vidare är det av avgörande betydelse att upphandlande myndighet vid referenstagning följer de i förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningarna och frågorna samt försäkras om att referenstagningen sker lika för alla anbudsgivare. Vad sökande anfört och vad som i övrigt framkommit av utredningen i målet beträffande den av Hans Ingelshed lämnade referensen kan, enligt länsrättens mening, inte visa att själva upptagandet av referenser har skett i strid med de principer som följer av LOU och gemenskapsrätten. Micasa har således i denna del inte brutit mot de krav som uppställs i 1 kap. 9 § LOU.

Användning av referenser vid utvärdering

En förutsättning för att det ska vara tillåtet att använda referenser i utvärderingsfasen är att referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivare förfogar över för att

säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Vilka kriterier som är relevanta måste emellertid, enligt länsrättens bedömning, bedömas från fall till fall. Vad som i ett fall kan betraktas som ett typiskt kvalificeringskrav kan i ett annat fall utgöra ett utvärderingskriterium.

Micasa har i den aktuella upphandlingen i utvärderingen prövat vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn dels till pris, dels till mervärde av referenser. Poäng har i utvärderingen erhållits för det mervärde som redovisas i förhållande till angivna krav på tjänstens utförande. Till styrkande av mervärde har Micasa använt sig av referenser.

Kammarrätten i Göteborg har, i mål nr 7332-08, avseende upphandling beträffande ledningssystem, prövat frågan om referenser får vara en del av anbudsutvärderingen. Kammarrätten fann i detta mål att frågor om anbudsgivarens administrativa hantering av tjänsten, aktiva arbete med förbättring av arbetsmiljön, leverans av rätt tjänst i rätt tid, dialog med beställaren och service mot abonnenterna samt entreprenadens prisvärdhet, inte kan anses huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan till den tjänst anbudsgivaren erbjuder. Kammarrätten i Stockholm har, i mål nr 5512-08, prövat samma fråga avseende en upphandling av byggservicearbeten, och härvid funnit att frågor rörande anbudsgivarens kvalitet som leverantör i fråga om produktivitet, förmåga att hålla tider, bemötande, kvaliteten på anbudsgivarens yrkesmän, snabbhet i leveranser och redovisning samt referentens förtroende för anbudsgivaren och om denne kunde rekommendera anbudsgivaren, huvudsakligen var att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer.

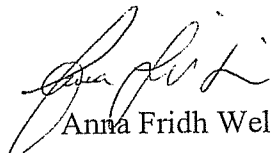
Enligt Micasa syftar utvärderingskriterierna i den nu aktuella upphandlingen till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Frågorna som ställts till referenspersonerna har avsett att bedöma "arbetsplatsansvarigs förmåga" utifrån givna påståenden som t.ex. "föreslagen arbetsplatsansva-

rig har i refererat ombyggnadsuppdrag visat mycket god förmåga att se till så att genomförandet sker efter de handlingar som fastställts”.

Enligt länsrättens mening måste de referensfrågor som ställts i upphandlingen avseende arbetsplatsansvarigs förmåga i huvudsak anses hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet och inte till föremålet för upphandlingen, det vill säga den tjänst som anbudsgivaren erbjuder. Anbudsutvärderingen måste därför anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn. Länsrätten finner därmed att den anbudsutvärdering som Micasa har tillämpat strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Länsrätten finner vidare att det är sannolikt att bolaget genom det sätt på vilket upphandlingsprocessen genomförts har lidit skada. Bristerna i upphandlingsförfarandet är sådana att länsrätten, vid valet mellan att besluta om rättelse eller att upphandlingen ska göras om, anser att upphandlingen måste göras om. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om.

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


Anna Fridh Welin
länsrättsfiskal

Föredragande har varit Erica Nyström.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

