



SÖKANDE
KÅRAB AB, 556817-7132
Skansbogatan 2 B
212 32 Malmö

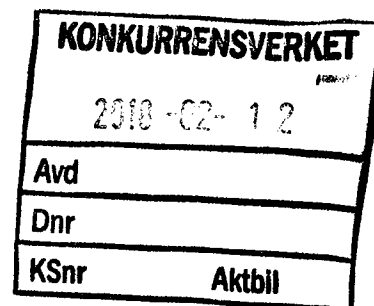
MOTPART
Malmö stad
205 80 Malmö

Ombud: advokaten Annika Andersson och biträdande juristen Hanna Wackå
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

SAKEN
Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling,
förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår KÅRAB AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.



BAKGRUND

Malmö stad (staden) genomför upphandling av *Fridhemsskolan, om- och tillbyggnad för ny ventilation*, projektnummer 5383. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU.

Genom beslut den 17 november 2017 tilldelades Henrik Anderssons Byggnads AB kontraktet. Anbudet från KÅRAB AB (KÅRAB) har förkastats med motiveringen att KÅRAB vid prövningen av referenserna på en av frågorna fått endast ett poäng vilket inte var tillräckligt högt för att gå vidare till utvärdering.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

KÅRAB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska ogiltigförklara Malmö stads förkastande av KÅRAB:s anbud och att Malmö stad ska förordnas att utvärdera bolagets anbud. Till stöd för sin talan anför KÅRAB bl.a. följande.

Staden har använt en ogiltig egenreferens för att kunna styra upphandlingen och därmed medvetet förkastat KÅRAB:s anbud. I samband med upphandlingen har KÅRAB lämnat ett anbud med fyra stycken referenser på jämlika entreprenader enligt AFB.52 i förfrågningsunderlaget. I AFB.52 står det att: ”Anbudsgivare skall i anbudet ange fyra referenser med olika referenspersoner från genomförda projekt med likartad karaktär.”. Vid anbudsutvärderingen har staden bytt ut en av KÅRAB:s referenser mot en egenreferens. På samtliga punkter i egenreferensen får KÅRAB mellan 2-3 poäng förutom på en av frågorna där KÅRAB får 1 poäng vilket leder till att KÅRAB:s anbud förkastas trots att bolaget har lägst pris i upphandlingen. På samtliga punkter som staden anser är av vikt i upphandlingen har KÅRAB fått godkänt. KÅRAB har blivit förkastat då stadens egenreferens

inte kan rekommendera KÅRAB trots fullgoda betyg. Någon närmare förklaring till detta har KÅRAB inte erhållit. Då staden inte anser att referenspersonen behöver förklara sin ståndpunkt försvinner möjligheten till transparens och i förlängningen likabehandlingsprincipen i anbudsutvärderingen.

Staden har översiktligt skrivit i de administrativa föreskrifterna att:

”Projektet omfattar nybyggnation av 2 st fläktrum belägna på befintliga tak, installera ett nytt ventilationssystem, ombyggnation av befintliga tak och invändiga ytskikt.” Den referens som staden har angett och som de själva anser fullgör sina egna krav på referenser utgör en takreovering med takpannor på underlagspapp samt fönsterbyte och fasadreovering till en kostnad av 1 372 000 kr. Staden har angett som svar på hur de resonerat när de använt sig av en referens avseende helt andra arbeten och belopp att staden anser att den aktuella upphandlingen även omfattar omläggning av tak och att referensen därmed är jämbördig. Stadens egenreferens avsåg läggning av takpannor medan omläggningen av tak i aktuell upphandling avser svetsning av under- och överlagspapp. Takarbeten utgör mindre än 5 % av entreprenadsumman och KÅRAB ställer sig därför frågande till vad det har med ventilationssystem att göra. Läggning av papptak ska utföras som en mindre del av entreprenaden. Referensen är därmed inte att anse som jämbördig.

Entreprenaden som staden har använt som egenreferens har efter slutbesiktning skapat diskussioner avseende garantiåtgärder som utfördes löpande under slutbesiktningen. Efter månader av diskussioner fastställdes att stora delar av de fel som staden påförde KÅRAB inte var bolagets fel.

Mot bakgrund av detta har det inneburit att staden därefter valt att utan hållbar grund förkasta KÅRAB i samtliga framtida entreprenader genom egenreferenser, oavsett om egenreferenserna går att tillämpa i den aktuella upphandlingen eller inte. Staden har inte kunnat förklara hur de resonerar när

staden hävdar att samtliga entreprenörer skall behandlas lika samtidigt som staden inte kan resonera varför man gett KÅRAB en icke godkänd egenreferens på ett godkänt och avslutat arbete.

KÅRAB har inget emot användandet av egenreferenser i allmänhet. Vad målet handlar om är ifall en beställare har rätt att ange icke jämbördiga referenser till vad upphandlingen avser som egenreferenser och genom detta har rätt att förkasta anbud som de inte önskar. Frågan är om läggning av papptak är samma karaktäristiska arbete som läggning av takpannor. För en professionell hantverkare är svaret nej. Bl.a. krävs för läggning av takpapp att man innehar viss utbildning för att det ska finnas en tätskiktsgaranti. Det kravet finns inte vid läggning av takpannor.

Staden har medvetet och utan grund valt att lägga in en icke jämbördig referens för att förkasta KÅRAB:s anbud. Stadens egenreferens kan inte anses vara jämbördig varken storleksmässigt eller arbetsmässigt avseende de krav som staden själva angett i upphandlingens administrativa föreskrifter.

Mot bakgrund av att staden inte har en giltig egenreferens ska KÅRAB:s anbud prövas efter de referenser som getts in i anbudsskedet. KÅRAB har utfört flertalet entreprenader mot staden med andra projektledare och det finns således fler egenreferenser som staden kunnat välja vid utvärderingen, men staden har selektivt valt en entreprenad kantad med många menings- skiljaktigheter i syfte att förkasta KÅRAB.

Staden bestider bifall till KÅRAB:s ansökan och anför bl.a. följande.

KÅRAB har vid anbudsprövning inte bedömts uppfylla samtliga i förfrågningsunderlaget ställda krav på anbud och anbudsgivare och har därför inte kvalificerats och därmed förkastats och inte vidare prövats av staden.

Staden har ett berättigat intresse av att upphandla en leverantör som inte fått betyget 1 "dåligt/tveksamt" på någon delfråga. Av praxis framgår att användningen av egenreferenser syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att beakta de egna erfarenheterna av anbudsgivaren som är relevanta för den aktuella upphandlingen. Egenreferenser kan därför brukas så länge referenstagning sker på ett objektivet sätt och inte strider mot de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för LOU. När det kommer till egenreferens är inte den specifika arbetsuppgiften det mest centrala. Det centrala är istället den upphandlande myndighetens erfarenhet av anbudsgivaren som sådan.

Av AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren i anbudet ska ange fyra referenspersoner från genomförda projekt av likartad karaktär. Det framgår vidare att egenreferens i förekommande fall kommer att ersätta lämnad referens nummer fyra samt att två av fyra referenser kommer att kontaktas och ombuds besvara fem frågor som är angivna i förfrågningsunderlaget. Vidare framgår det av förfrågningsunderlaget att egenreferenser kommer att behandlas på samma sätt som externa referenser. Det har således tydligt framgått för anbudsgivarna vid vilken situation staden avsett att använda egenreferenser samt hur det kommer att genomföras.

Av AFB.52 i förfrågningsunderlaget framgår att genomförda referensprojekt ska vara av likartad karaktär. Det framgår således inte att det finns ett särskilt krav på projektets omfattning (dvs. storlek). Vidare framgår inte heller ett särskilt krav på att projektet skall avse exakt samma arbeten, utan endast likartad karaktär. Det föreligger därför inte ett krav på att de lämnade referenserna skall avse samma typ av arbeten utan att det räcker att arbetena är av likartad karaktär. Det framgår även att de frågor som ställts till referenspersoner är allmänt hållna vilket innebär att det räcker att man har gjort arbete av likvärdig karaktär för att man ska kunna använda referensen.

Det är korrekt att KÅRAB har fått godkända betyg avseende bemötande, arbetsutförande, tider och städning, men KÅRAB har fått betyget 1 när det gäller frågan om referenspersonen kan rekommendera KÅRAB. Det är självklart av särskild vikt för staden att referenspersoner kan rekommendera bolag som de arbetat med och mot bakgrund av det utgör det en referensfråga. En referensperson är enligt förfrågningsunderlaget inte skyldig att förklara eller kommentera sin poängsättning.

Av AFA.21 i förfrågningsunderlaget framgår att projektet omfattar totalentreprenad av ombyggnad av befintliga tak och invändiga ytskikt, nybyggnation av 2 st fläktrum belägna på befintliga tak samt installation av ett nytt ventilationssystem. Den av KÅRAB fjärde lämnade referensen avser totalentreprenad av ventilation vilket således uppfyller kravet. Den egenreferens som staden har använt avser totalentreprenad av omläggning av tak samt fönsterbyte och fasadrenovering vilken också uppfyller kravet på likartad karaktär. Det ska också särskilt noteras att de referensfrågor som referenspersonen fått besvara avser frågor kopplade till hur anbudsgivaren generellt genomför sitt uppdrag när det gäller bemötande, tider och städning vilket innebär att syftet med att anbudsgivare tidigare ska ha erfarenhet av projekt av likartad karaktär inte främst är vilken typ av arbeten som entreprenören utfört utan hur entreprenören har genomfört en tidigare entreprenad när det gäller bemötande, tider och städning som är särskilt viktiga frågor för staden i aktuell upphandling.

KÅRAB anser att stadens egenreferens inte är jämbördig med de arbeten som efterfrågades av staden. Staden anser att aktuell upphandling, som avser takpapp, och stadens egenreferens, som avser takpannor, är arbeten av likartad karaktär. Egenreferensen uppfyller således krav på referenser enligt AFB.52 i förfrågningsunderlaget. Det faktum att det uppkom meningskiljaktigheter mellan staden och KÅRAB avseende referensprojektet saknar betydelse för sakfrågan. Stadens brukande av egenreferenser har därmed

skett på ett förutsägbart och objektivt sätt. Staden har agerat helt i enlighet med LOU och i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Det innebär att KÅRAB inte har lidit eller riskerat att lida skada pga. stadens förfarande i upphandlingen i övrigt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § 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.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen och detta medfört att leverantören lidit skada eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av regelverket följer ett krav på orsakssamband mellan å ena sidan den upphandlande myndighetens överträdelse av de grundläggande principerna eller bestämmelserna i lagen och å andra sidan den skada som den sökande leverantören har lidit eller kan komma att lida. Skadan ska drabba den leverantör som begär överprövning.

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i upphandlingsdokumenten. I AFA.21 i nu aktuellt förfrågningsunderlag anges följande.

Projektet omfattar nybyggnation av 2 st fläktrum belägna på befintliga tak, installera ett nytt ventilationssystem, ombyggnation av befintliga tak och invändiga ytskikt.

Vidare anges i AFB.52 bl.a. följande.

Erfarenhet genom referenser

Anbudsgivaren skall i anbudet ange fyra referenser med olika referenspersoner från genomförda projekt av likartad karaktär. Av anbudsförmulär framgår vilka uppgifter som skall anges för respektive referens.

[...]

I förekommande fall kommer beställaren att ersätta en av de lämnade referenserna med egenreferens. I dessa fall kommer beställaren att ersätta referens nummer 4 med egenreferens.

Prövningen av referenserna sker genom att två av de lämnade referenserna kontaktas och ombeds att besvara fem frågor (se nedan). Referenspersonernas svar poängsätts med poäng 1 till 4 enligt nedanstående tabell. Poängen läggs sedan ihop. Anbudsgivare som inte uppnår minst 30 poäng kommer att förkastas. Anbudsgivare som får 1 poäng på minst en fråga kommer också förkastas (oavsett totalpoäng).

Frågor till referenser:

1. Hur upplever ni att anbudsgivaren är i sitt bemötande?
2. Hur upplever ni att anbudsgivaren utför sitt arbete?
3. Hur upplever ni att anbudsgivaren håller angivna tider?
4. Hur upplever ni att anbudsgivaren städar efter sig på arbetsplatsen?
5. I vilken mån kan ni rekommendera denna anbudsgivare?

Svar skall lämnas av tillfrågade referenser med poäng 1 till 4 där:

- 1 poäng är dåligt/fråga 5: tveksamt
- 2 poäng är mindre bra/fråga 5: mindre väl
- 3 poäng är bra/fråga 5: väl
- 4 poäng är mycket bra/fråga 5: mycket väl.

Frågan i målet är om staden har haft fog för att förkasta anbudet från KÅRAB på angiven grund.

Av Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 862-11 framgår bl.a. att användningen av egenreferenser syftar till att ge den upphandlande

myndigheten möjlighet att beakta de egna erfarenheter av anbudsgivaren som är relevanta för den aktuella upphandlingen.

Mot bakgrund av det som anges i förfrågningsunderlaget till nu aktuell upphandling konstaterar förvaltningsrätten att staden har haft rätt att använda sig av en egenreferens. Det är inte heller ifrågasatt av KÅRAB att staden kan använda sig av egenreferens. Vad KÅRAB anfört är att den egenreferens som staden valt att använda inte utgör ett projekt av likartad karaktär varvid den inte kan anses uppfylla kraven för referenser i enlighet med det som anges i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i förfrågningsunderlaget inte uppställs några närmare specifikationer på vad som utgör ett projekt av likartad karaktär. Den nu aktuella upphandlingen innehåller, såsom angetts i AFA.21, en rad olika moment varav både ventilationsarbete och takarbete är inkluderat. Av de frågor som angetts i förfrågningsunderlaget, som avses att bli besvarade av referenserna, kan noteras att ingen av frågorna tar sikte på erfarenheten av det tekniska utförandet som referenserna har av anbudsgivaren. Frågorna är istället allmänt hållna och är enligt förvaltningsrättens uppfattning inte specifikt ämnade att besvara huruvida anbudsgivaren har den tekniska erfarenheten av att utföra aktuellt projekt. Det vinner även stöd i att det i anbudsförmuläret, som det hänvisas till i AFB.52, inte heller finns några specifika frågor kring, eller begäran om att få upplysningar om referensprojektens storlek och inte heller finns där något krav på att uppge t.ex. vilka moment som ingått i referensprojektet.

Sett mot bakgrund av hur förfrågningsunderlaget är utformat i nu aktuell del anser förvaltningsrätten inte att staden har agerat i strid med förfrågningsunderlaget när man använt sig av den aktuella egenreferensen. Såsom tidigare angetts är det, sett till det bakomliggande syftet med användandet

av egenreferenser, till för att den upphandlande myndigheten ska ges en möjlighet att beakta de egna erfarenheter som finns om anbudsgivaren sedan tidigare inom den aktuella myndigheten. I förevarande fall har staden använt sig av referenser primärt för att kontrollera den allmänna tillförlitligheten för anbudsgivaren hos egna referenser, något som framgår av frågorna i förfrågningsunderlaget. Det framgår även att externa såväl som interna referenser får svara på samma frågor och tillmäts samma värde i samband med kvalificeringen av anbudsgivarna. Ett sådant förfarande kan inte anses stå i strid med de grundläggande i principerna i LOU.

Mot bakgrund av det ovanstående finner förvaltningsrätten att vad KÅRAB anfört i målet inte visar att staden vid förkastandet av KÅRAB:s anbud har avvikit från förfrågningsunderlaget eller på annat sätt agerat i strid med bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU. KÅRAB:s ansökan om överprövning ska följaktligen avslås.

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


Anders Mattsson

Hedvig Areskoug har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.