



KLAGANDE

RenoNorden AB, 556749-8026

Ombud: Advokaten Stefan Gustavsson och
jur.kand. Victoria von Uexküll
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Danderyds kommun, Tekniska kontoret

Ombud: Advokaten Per-Ola Bergqvist
Box 7229
103 89 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

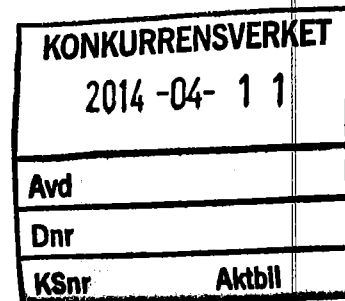
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 27 november 2013
i mål nr 26277-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.



YRKANDEN M.M.

RenoNorden AB yrkar att kammarrätten ska besluta om rättelse i upphandlingen på det sättet att kommunen ska genomföra en ny anbudsutvärdering i vilken bolagets anbud ska beaktas alternativt beslutar att upphandlingen ska göras om. Bolaget vidhåller vad man tidigare har fört fram och lägger till i huvudsak följande.

Referenstagningen

Förvaltningsrätten har bortsett från att referenten inte uppfattat att frågan ställts så som den anges i förfrågningsunderlaget. Vid anbudstidens utgång uppfyllde bolagets anbud ställda kvalificeringskrav eftersom referenten kunde intyga att bolaget utfört uppdrag som innefattat ID- och viktregistrering samt kunde svara "JA" på frågor som skulle ställas vid referenstagningen. Att kommunens referenstagning, efter anbudstidens utgång, lett till missuppfattningar hos referenten kan inte läggas bolaget till last som en brist i anbudet. Det stämmer alltså inte att bolagets anbud vid anbudstidens utgång inte uppfyllde aktuella kvalificeringskrav eller att referenten i efterhand skulle ha ändrat uppfattning. Någon kontroll av referenstagningen i detta fall kan inte ske från anbudsgivarnas sida eller från någon utomstående och får med förvaltningsrättens rättstillämpning inte heller kontrolleras i efterhand. Detta medför att bolaget inte har tillförsäkrats ett effektivt rättsmedel och det står i strid med principerna om transparens och proportionalitet.

Det strider mot principerna om likabehandling och transparens att kommunen har förkastat bolagets anbud trots att det uppfyllde ställda kvalificeringskrav.

Muntliga referenser enligt 11 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

Kraven i förfrågningsunderlaget 4.3.1 punkten 6 och vad som anges i frågeformuläret om att referenterna ska svara "JA" samt det som referenterna ska intyga strider mot bestämmelserna i LOU och det bakomliggande direktivet.

Om kammarrätten anser att bolagets anbud inte har uppfyllt kvalificeringskraven på grund av att aktuell referent svarat "fel" vid referenstagningen har kommunen ändå brutit mot LOU genom att använda utfallet vid muntlig referenstagning som kvalificeringskrav. I 11 kap. 10 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§ LOU samma kapitel. I 11 kap. 11 § LOU följer en uttömmande katalog över de bevis som en upphandlande myndighet får begära för att fastställa tillräcklig kapacitet. Uppgifter om referenser för muntlig referenstagning anges inte i katalogen utan huvudregeln måste vara att det är skriftliga bevis som avses.

Vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggtreprenad, får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet. Detta framgår av 11 kap. 13 § LOU. Paragrafen får emellertid inte användas självständigt för att kontrollera och bedöma teknisk och yrkesmässig kapacitet. Av ordalydelsen får det anses framgå att vid upphandlingar som avser *varukontrakt* som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggtreprenad, dvs. blandade kontrakt, får upphandlande myndighet fästa särskild vikt i kvalificeringsfasen vid yrkeskunnande, effektivitet,

erfarenhet och tillförlitlighet. Det framgår även om man läser det bakomliggande direktivet¹. Bestämmelsen ger därmed möjlighet åt upphandlande myndigheter att särskilt beakta och vikta de i bestämmelsen uppräknade egenskaperna trots att dessa inte kan anses kopplade till kontraktsföremålet, dvs. varor. Bestämmelsen reglerar dock inte bevis utan vilka krav den upphandlande myndigheten får ställa. Begreppen yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet kan utan svårighet hänföras till "yrkesmässig kapacitet" vilket alltså ska prövas mot bevis enligt 11 kap. 11 och 12 §§ LOU. Även detta får stöd av direktivtexten². Det kan på goda grunder ifrågasättas om 11 kap. 13 § LOU skulle utgöra ett sådant undantag att inte ens huvudregeln i 11 kap. 11 § LOU om skriftlighet är tillämplig.

Danderyds kommun anser att överklagandet ska avslås och förvaltningsrättens dom fastställas. Vidare för kommunen fram bl.a. följande.

Referenstagningen

Kommunen har genomfört referenstagningen och utvärderingen i enlighet med förfrågningsunderlaget. Att referenten kan ha lämnat felaktiga uppgifter vid referenstagningen ska inte lasta kommunen. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att beakta intyget från bolagets referent som lämnats in efter genomförd upphandling.

Muntliga referenser enligt 11 kap. LOU

Det är 11 kap. 11 § 4 LOU som är tillämplig i målet. Det bolaget framför om 11 kap. 13 § LOU är därför irrelevant. Av ordalydelsen i 11 kap. 11 § LOU följer att teknisk kapacitet endast får styrkas på vissa sätt.

¹ Direktiv 2004/18/EG artikel 48(5).

² Direktiv 2004/18/EG artikel 48(6).

Det kan exempelvis ske, så som gällande aktuellt kvalificeringskrav, genom en beskrivning av varuleverantörens eller tjänsteleverantörens tekniska utrustning och de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten samt av företagets undersöknings- och forskningsresurser. Det framgår med andra ord inte av lagrummet *hur* uppgiften får inhämtas. Muntliga referenser är vanligt vid upphandlingar och har godkänts i praxis (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5512-08). Det finns inte något stöd i direktiv, förarbeten, lagtext eller praxis för att kunna stödja slutsatsen att muntliga uppgifter inte får inhämtas.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Referenstagningen

Kammarrätten instämmer i denna del i förvaltningsrättens bedömning. Det var alltså rätt av kommunen att förkasta bolagets anbud eftersom referenten inte svarade "JA" på samtliga frågor i bilaga 8.

Muntliga referenser enligt 11 kap. LOU

Bolaget har sammanfattningsvis fört fram att muntlig referenstagning inte är tillåtet enligt 11 kap. 11 och 13 §§ LOU samt att 11 kap. 13 § LOU inte går att tillämpa på rena tjänstekontrakt. 11 kap. 13 § LOU har följande lydelse.

Vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar monterings- eller installationsarbeten, tjänster eller byggentreprenad, får särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

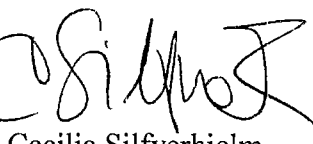
Enligt kammarrättens mening är bestämmelsen tillämplig vid upphandling av varor med vissa tjänsteinslag *och* upphandling av tjänster *och* byggtreprenader (jfr Jan-Erik Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, 2 u, s. 370). Kommunen har därför inte varit förhindrad att tillämpa bestämmelsen i den aktuella upphandlingen av tjänster. Kommunen och bolaget tycks emellertid ha olika uppfattning kring vilken bestämmelse kommunen faktiskt har tillämpat. Kammarrätten anser dock att ett förfarande med inhämtande av muntliga referenser inte generellt kan anses strida mot någon av de av parterna åberopade bestämmelserna i LOU. Det som bolaget har fört fram har inte heller visat att kommunens användande av muntliga referenser i detta fall skulle strida mot LOU.

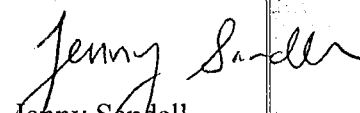
Slutsats

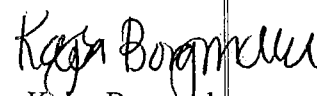
Bolaget har sammanfattningsvis inte visat att kommunen har brutit mot någon bestämmelse i LOU eller de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § samma lag. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt LOU och överklagandet ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Eva Lindeblad
kammarrättsråd
ordförande


Cecilia Silfverhjem
kammarrättsråd


Jenny Sandell
adjungerad ledamot
referent


Kajsa Borgmalm
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 12

DOM
2013-11-27
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26277-13

SÖKANDE

RenöNorden AB, 556749-8026
Varuvägen 9 A.
125 30 Älvsjö

Ombud:

Advokat Stefan Gustavsson och jur.kand. Victoria von Uexküll
Box 55555
102 04 Stockholm

MOTPART

Danderyds kommun
Tekniska Kontoret
Box 74
182 11 Stockholm

Ombud:

Advokat Per-Ola Bergqvist
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår RenöNorden AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 426974

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

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Sida 2
26277-13

YRKANDEN M.M.

Danderyds kommun genomför en upphandling avseende avfallshämtning, dnr TN 2013/0150. I tilldelningsbeslut den 23 oktober 2013 meddelades att ett annat bolag än RenoNorden AB (bolaget) har tilldelats det aktuella kontraktet. Av tilldelningsbeslutet framgår vidare att bolaget har uteslutits p.g.a. att bolaget inte uppfyllde ett kvalificeringskrav som avsåg referens för ID- och viktregistrering (kap. 4.3.1. punkt 6 i förfrågningsunderlaget).

Bolaget yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny referenstagning med Dolores Öhman och därefter en ny anbudsutvärdering genomförs. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Kommunen har brutit mot principerna om likabehandling, transparens, proportionalitet och icke-diskriminering. Bolaget riskerar att lida skada av de felaktigheter som förekommit vid upphandlingen.

Bolaget har angett två referenter i enlighet med kraven i förfrågningsunderlaget. Båda referenterna uppfyller de krav som kan ställas på anbudsgivarna i anbudsskedet. Båda referenterna kan intyga att bolaget utför eller har utfört uppdrag som omfattar insamling av hushållsavfall som faller under kommunalt ansvar med ID- och viktregistrering någon gång under de senaste fem åren.

Det har emellertid uppstått ett missförstånd vid kommunens eget inhämtande av uppgifter från referenten Dolores Öhman avseende uppdrag i Hässleholms, Osby och Östra Göinge kommuner. Dolores Öhman har vid kommunens referenstagning felaktigt uppfattat frågan om huruvida vikt- och tömningsregistrering förekommer, som huruvida detta gäller

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM

Sida 3
26277-13

heltäckande i uppdraget inom angivna kommuner. Missuppfattningen har lett till att Dolores Öhman har lämnat felaktiga svar vid referenstagningen.

De felaktiga svaren utgör inte någon del i bolagets anbud, utan är helt och hållet en brist hänförlig till kommunens egen referenstagning, som genomförts efter anbudstidens utgång och helt utan bolagets medverkan. Om inte missuppfattningen hade förekommit, hade Dolores Öhman lämnat omdöme "JA" på samtliga frågor, vilket framgår av återopad bekräftelse från Dolores Öhman.

Kommunens åtgärd att diskvalificera bolagets anbud är alltså felaktig eftersom det inte föreligger någon brist i bolagets anbud i förhållande till de kvalificeringskrav som ställts upp. Felaktigheterna har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada, då bolagets anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga och annars skulle ha antagits.

Kommunen bestrider bolagets yrkande och anför i huvudsak följande.

Skäl för ingripande föreligger inte eftersom kommunen inte har agerat i strid med någon av de grundläggande principer som bär upp lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Bolaget har inte heller visat att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

I förfrågningsunderlaget anges att referenten bör vara vidtalad och att denne kommer att bli kontaktad av kommunen för referenstagning. Det aktuella frågeformuläret har dessutom varit känt för anbudsgivarna och bifogats förfrågningsunderlaget. För anbudsgivarna har det alltså stått klart att angivna referenser skulle kontaktas av kommunen för intygande av att anbudsgivare hade erfarenhet av ID- och viktregistrering. Bolaget har alltså haft möjlighet att stämna av frågorna med Dolores Öhman och borde även ha gjort detta.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM

Sida 4
26277-13

Kommunen har utfört referenstagningen på ett korrekt sätt och den information som framkom vid referenstagningen gav kommunen stöd för att inte kvalificera bolaget. Det är felaktigt att påstå att referenstagningen inte är en del av bolagets anbud. Det är bolaget som är ansvarigt för de referenser som bolaget lämnar i sitt anbud samt för de svar som referenterna har lämnat.

Av förfrågningsunderlaget framgår att omdöme "JA" ska föreligga för samtliga frågor. När Dolores Öhman kontaktades lästes frågorna upp enligt frågeformuläret och kommunens konsult erhöll tydliga och nekande svar. När kommunens konsult meddelade kommunen beskedet ombads konsulten att på nytt ta kontakt med Dolores Öhman och fråga huruvida viktregistrering sker i Östra Göinge och Osby. Dolores Öhman svarade återigen nej. För att kommunen inte skulle agera i strid med likabehandlingsprincipen kunde kommunen alltså inte göra annat än att diskvalificera bolaget, då ett av kvalificeringskraven uppenbart inte uppfylldes.

Att Dolores Öhman nu har ändrat uppfattning angående svaren på frågorna kan inte föranleda någon ändring av kommunens anbudsutvärdering eller tilldelningsbeslut. Bolaget ska inte efter tilldelningsbeslutet få komplettera sitt anbud med uppgifter som avhjälper ett icke uppfyllt skall-krav. Ett sådant förfarande skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Om en myndighet har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Sida 5
26277-13

Av förfrågningsunderlaget 4.3.1. punkten 6 framgår att det är ett kvalificeringskrav att anbudsgivare ska ha omdöme "JA" på samtliga frågor (Nr. 1-4) angivna i bilaga 8 "Referenser ID- och viktregistrering". Det framgår vidare att beställaren kontaktar referenser per telefon för att ta in svar på frågor angivna i bilaga 8. Av förfrågningsunderlaget 3.3. framgår bl.a. att de två referenspersoner som åberopas bör vara väl insatta i verksamheten och vidtalade att de kommer att kontaktas av beställaren för referenstagning.

Det är alltså ett kvalificeringskrav i upphandlingen att åberopade referenter ska svara "JA" på samtliga frågor som finns angivna i bilaga 8 till förfrågningsunderlaget. Det är i målet ostridigt att referenten Dolores Öhman vid kontakt med kommunen har svarat nekande på dessa frågor då kommunen har utfört referenstagningen. Referenstagningen är utförd i enlighet med förfrågningsunderlaget. Bolaget har i och med de nekande svaren inte uppfyllt det aktuella kvalificeringskravet i förfrågningsunderlaget 4.3.1. punkten 6. Det åligger bolaget att se till att anbudet vid anbudstidens utgång uppfyller aktuella kvalificeringskrav. Kommunen har alltså haft fog för att förkasta bolagets anbud. Vad bolaget har anfört om vad Dolores Öhman nu har för uppfattning saknar betydelse för prövningen av bolagets uppfyllelse av kvalificeringskravet vid tidpunkten för anbudstidens utgång.

Förvaltningsrätten finner således att bolaget inte har visat att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan ska därför avslås.

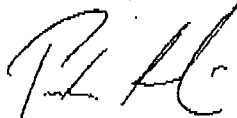
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

Sida 6
26277-13

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns
i bilaga (DV 3109/1a LOU).



Peter Andrén

Rådman

Martin Hemberg har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.