



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-06-21
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
5550-12 E
Enhet 2:1

KLAGANDE

Dextera Bygg AB, 556651-0680
Vasaplatsen 4
411 34 Göteborg

Ombud: Advokaten Ulf Yxklinten
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Göteborgs stads bostadsaktiebolag, 556046-8562
Box 5044
402 21 Göteborg

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om muntlig förhandling.

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2012-06-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 149325

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag - fredag 08:00-16:00
E-post: forvaltningsratten@goteborg.dom.se				

BAKGRUND

Göteborgs stads bostadsaktiebolag (Bostadsbolaget) genomför en upphandling av Fasadrenovering - Eketrägatan 4, 6, 8 och 10, Kyrkbyn, dnr 12/105. Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande.

Av tilldelningsbeslut den 12 april 2012 framgår att Bostadsbolaget valt att teckna avtal med NCC Construction Sverige AB. – Anbudet från Dextera AB förkastades med motiveringen att den av detta bolag angiven referensperson inte lämnat "goda vitsord" avseende offererad platschef.

YRKANDEN M.M.

Dextera AB ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av *Dexteras* anbud.

För det fall förvaltningsrätten inte bifaller *Dexteras* förstahandsyrkande begärs muntlig förhandling varvid vittnesförhör ska hållas med *Thomas Svanström* till styrkande av att han vid referenstagningen gett den offererade platschefen "goda vitsord" och att *Dexteras* anbud därför ska beaktas.

Till stöd för talan anføres bl.a. följande.

Bostadsbolaget har i strid med förfrågningsunderlaget förkastat *Dexteras* anbud. Förfarandet innebär ett brott mot transparens- och likabehandlingsprincipen i upphandlingsförfarandet. *Dextera* har lidit eller kan komma att lida skada eftersom *Dextera* vid en korrekt genomförd utvärdering ska tilldelas kontraktet då *Dexteras* anbud innebär lägst pris.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 3
5550-12

Förfrågningsunderlagets utformning

I en upphandling får den upphandlande myndigheten begära bevis på att ställda krav på teknisk kapacitet uppfylls av anbudsgivarna. De bevis till styrkande av teknisk kapacitet som efterfrågas i nu aktuell upphandling framgår av 11 kap. 11 § andra stycket 1, LOU.

I denna upphandling består kravet på teknisk kapacitet i att anbudsgivaren ska ha teknisk kapacitet att utföra kontraktet och, såvitt aktuellt i målet, att anbudsgivare ska tillhandahålla en platschef för uppdrag som med "goda vitsord" som platschef ansvarat för minst ett renoveringsprojekt med puts- och fönsterarbeten under de senaste fem åren.

Den metod för kontroll av uppfyllande av kvalificeringskrav som Bostadsbolaget använt sig av kan innebära en skönsmässig bedömning och är i strid med LOU:s krav på transparens och likabehandling. Förfrågningsunderlaget står därmed inte i överensstämmelse med LOU. Eftersom bristen är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om.

Referenstagningen

Av punkten AFB.31 i förfrågningsunderlaget framgår vilken bevisning anbudet ska innehålla till styrkande av bl.a. att ställda kvalificeringskrav är uppfyllda. Såvitt avser offererad platschef anges att anbudet ska innehålla beskrivning av minst ett renoveringsprojekt under de fem senaste åren som angiven platschef ansvarat för. Beskrivningen ska inkludera uppgifter om referensperson med telefonnummer.

Dextera har i sitt anbud angett två referensuppdrag, varav nu aktuell offererad platschef ansvarat för ett av dessa uppdrag.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2**DOM**

Bostadsbolaget har i meddelande till Dextera den 12 april 2012 angett att referenspersonen inte lämnat "goda vitsord" avseende offererad platschef. Av den anledningen har Bostadsbolaget förkastat Dexteras anbud.

Dextera har tagit del av Bostadsbolagets dokumentation avseende referenstagningen "Sammanfattning referenstagning" den 17 april 2012, varefter Dextera har låtit referenspersonen ta del av Bostadsbolagets "Sammanfattning referenstagning". Efter att ha tagit del av dokumentet gör referenspersonen gällande att uppgifterna i "Sammanfattning referenstagning" inte överensstämmer med det utlåtande han lämnat till Bostadsbolaget. Av brev från referenspersonen den 18 april 2012 framgår att det är dennes uppfattning att den offererade platschefen fått "goda vitsord" avseende renoveringsprojekt med puts- och fönsterarbeten. De uppgifter som referenspersonen lämnat i sitt intyg den 18 april 2012 är samma uppgifter som han lämnade vid referenstagningen.

Av utlåtandet från referenspersonen framgår att den offererade platschefen har tillräckliga utbildnings- och yrkeskvalifikationer för att uppfylla kravet på teknisk kapacitet. Vidare framgår av utlåtandet att detta omdöme även kommunicerades till Bostadsbolaget vid referenstagningen.

Dextera gör sålunda gällande att det omdöme som lämnades av referenspersonen under referenstagningen innebär att den offererade platschefen har erhållit goda vitsord. Det intyg som referenspersonen gett in är inte en komplettering av Dexteras anbud. Referenspersonen har inte heller ändrat sitt omdöme i efterhand. Anledningen till att intyget getts in är att Bostadsbolagets påstående om vad referenspersonen lämnat för omdöme om den offererade platschefen inte är korrekt och inte överensstämmer med de uppgifter som referenspersonen lämnat vid referenstagningen. De uppgifter som referenspersonen lämnat i sitt intyg den 18 april 2012 är samma upp-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 5
5550-12

gifter som han lämnade vid referenstagningen. Anbudet från Dextera ska därför rätteligen utvärderas.

Bostadsbolaget bestrider Dexterans ansökan.

Bostadsbolaget yrkar muntlig förhandling varvid vittnesförhör ska hållas med Bengt Meissner till styrkande av att den offererade platschefen inte fått "goda vitsord" av referenspersonen.

Till stöd för talan anføres bl.a. följande.

Bostadsbolaget har agerat i enlighet med förfrågningsunderlaget och inhämtat referensomdöme avseende den av Dextera offererade platschefen. Den offererade platschefen har inte fått goda vitsord.

Samma frågor har ställts till de olika anbudsgivarnas referenspersoner vid referenstagningen. Likabehandlingsprincipen har således efterföljts.

Bostadsbolaget har haft att agera utifrån det referensomdöme som lämnades vid referenstagningen. Bostadsbolaget har inte missuppfattat det referensomdöme som lämnats vid referenstagningen. Bostadsbolaget har inte rätt att beakta det förhållandet att Dexterans referensperson ändrat sitt omdöme i efterhand.

I denna upphandling genomfördes referenstagningen genom att Bostadsbolagets upphandlare tog telefonkontakt med den referensperson som Dextera angett. Upphandlaren ställde frågor rörande referenspersonens intryck och erfarenhet av den offererade platschefen. Det är korrekt att referenspersonen nämnde att det aktuella referensprojektet genomfördes i tre etapper. Vilka arbetsuppgifter som ingick i respektive etapp berördes inte under samtalet och redovisades inte heller i Dexterans anbud.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 6
5550-12

Vid samtalet framkom att referenspersonen var missnöjd med offererad platschef. Referenspersonen var inte missnöjd med Dextera som företag, men tryckte upprepade gånger på att han, om han skulle anlita Dextera igen, skulle kräva en annan platschef än den offererade. Det stod efter samtalet klart att den offererade platschefen inte fått goda vitsord. För att säkerställa att inga missuppfattningar eller missförstånd skett, kontaktade upphandlaren referenspersonen ytterligare en gång. Även vid detta tillfälle framkom att referenspersonen var missnöjd med aktuell platschef. Upphandlaren avslutade sitt andra samtal med att läsa upp en sammanfattning av de anteckningar han fört under samtalet (tjänsteanteckningen utgör en bilaga till Dexterans ansökan om överprövning) och fick bekräftat att tjänsteanteckningen korrekt återgav vad referenspersonen uppgett.

Bostadsbolaget konstaterade att den av Dextera offererade platschefen inte fått "goda vitsord" och förkastade följaktligen Dexterans anbud i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget.

Oavsett anledningen till att referenspersonen nu ändrat uppfattning så har Bostadsbolaget haft att agera utifrån de referensomdömen som erhöles vid referenstagningen. Även om referenspersonens avsikt varit att förmedla goda vitsord för platschefen, vilket i och för sig bestrids, så kan de uppgifter som lämnades inte tolkas som goda vitsord. Det är Dextera som angett aktuell referensperson och det är Dextera som står risken för att referenspersonen inte uttrycker sig på ett sätt, som vid en objektiv och rimlig tolkning, medför att goda vitsord inte lämnats.

Referenstagning avseende nyckelpersoner förekommer regelmässigt vid offentlig upphandling. LOU uppställer inga hinder mot att inhämta uppgifter om offererade nyckelpersoner via muntliga referensomdömen, för att säkerställa teknisk och yrkesmässig kapacitet eller yrkeskunnande. Detta framgår av bestämmelserna i 11 kap. 11 och 13 §§ LOU.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**Sida 7
5550-12

Varje omdöme som en referensperson lämnar om en anbudsgivare eller offererad nyckelperson innefattar en bedömning av den upphandlande myndigheten. Detta gäller oavsett om referenstagningen sker skriftligen eller muntligen. En upphandlande myndighet måste på något sätt i förfrågningsunderlaget ange vad för slags omdöme som fordras för att en referens ska anses godkänd. Detta har Bostadsbolaget gjort genom att föreskriva att platschefen ska erhålla goda vitsord av referensen. Denna skrivning innebär inte större utrymme för skönsmässiga bedömningar än någon annan skrivning som Bostadsbolaget hade kunnat använda.

Förfrågningsunderlaget är utformat i enlighet med LOU. Det finns inget hinder mot att uppställa krav på goda vitsord för offererad platschef på sätt som skett. Några skönsmässiga bedömningar har inte förekommit vid referenstagningen utan en objektiv bedömning har gjorts av vad Dexteras referensperson uppgett. Oavsett hur man tolkar vad som uppgetts vid referenstagningen kan detta inte anses utgöra goda vitsord för den offererade platschefen. En eventuell brist i upphandlingen är under alla förhållanden inte av sådan art och dignitet att åtgärd enligt 16 kap. är motiverad.

DOMSKÄL*Yrkandet om muntlig förhandling*

Det skriftliga underlaget är sådant att det ensamt medför att målet är så utrett som sakens beskaffenhet kräver. På grund härav är en muntlig förhandling med påkallade vittnesförhör obehövlig. Parternas yrkanden härom ska därför avslås.

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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 upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 11 kap. 10 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denne kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§.

I 11 kap. 13 § LOU anges att 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.

Högsta Förvaltningsdomstolen har uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade måste godtas (RÅ 2002 ref. 50).

*Förvaltningsrättens bedömning**Förfrågningsunderlagets utformning*

Dextera gör gällande att förfrågningsunderlagets krav på "goda vitsord" i syfte att uppfylla kravet på teknisk kapacitet kan innebära en skönsmässig bedömning i strid med LOU och bakomliggande unionsrättsliga principer.

Beviskatalogen avseende teknisk kapacitet i upphandlingar av byggtreprenader är uttömmande reglerad i 11 kap. 11 § LOU. Det måste dock ha stått klart för varje normalt informerad och omsorgsfull anbudsgivare att det nu varit fråga om krav enligt 11 kap. 13 § LOU, även om kravet hamnat under rubriken "Krav på teknisk kapacitet" i förfrågningsunderlaget. Syftet med bestämmelsen i 11 kap. 13 § LOU är att möjliggöra för upphandlande myndigheter att redan i kvalificeringsfasen ta hänsyn till om efterfrågade tjänsteåtaganden av olika slag kan förväntas bli utförda med tillräcklig yrkesskicklighet. Några hinder mot att begära in fler och andra typer av bevis än de som anges i 11 § finns inte så länge dessa avser yrkeskunnande. Användandet av referenser måste kunna vara ett tillåtet sätt att få sådana bevis för yrkeskunnande m.m. som avses i bestämmelsen. Något hinder mot att i kvalificeringsfasen använda sig av referenser som bevis för anbudsgivarens yrkesskicklighet har inte funnits. Förfrågningsunderlaget står därför inte i strid med LOU i detta avseende.

Referenstagningen

Fråga är då om just tillvägagångssättet med referenser som tillämpats av Bostadsbolaget i upphandlingen står i överensstämmelse med principerna i upphandlingslagstiftningen.

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken "Krav på teknisk kapacitet" att anbudsgivaren ska ha teknisk kapacitet att utföra uppdraget och

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 10
5550-12

bl.a. uppfylla kravet att tillhandahålla en platschef för uppdraget som med goda vitsord som platschef ansvarat för minst ett renoveringsprojekt med puts- och fönsterarbeten under de senaste fem åren. – Som bevisning för att ställt kvalificeringskrav är uppfyllt ska en referensperson anges (AFB.31).

Det synes ostridigt i målet att syftet med referenstagningen inte varit något annat än att genom referenspersonens omdöme utröna anbudsgivarens förmåga att fullgöra det aktuella kontraktet mot bakgrund av dennes yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlighet.

Referenspersonernas omdömen ska visa att anbudsgivarna har ett tillräckligt yrkeskunnande för att genomföra det aktuella kontraktet genom att de ska erhålla omdömet goda vitsord. Dextera har invänt att referenstagningen genom kravnivån "goda vitsord" ger utrymme för skönsmässiga bedömningar i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Utvärdering vid offentlig upphandling ska göras objektivt i den meningen att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan komma att rymma ett visst mått av skönsmässighet eller subjektivitet som måste godtas under förutsättning att den upphandlande myndigheten håller sig inom ramen för vad förfrågningsunderlaget kan anses tillåta. Det är endast direkta felbedömningar eller andra brister som bör leda till ett ingripande enligt LOU.

Kravnivån och begreppet "goda vitsord" är visserligen ett något oklart begrepp, men torde inte medföra några större tolkningssvårigheter eller i övrigt ge den upphandlande myndigheten utrymme för skönsmässiga bedömningar som överskrider vad som kan accepteras. Kravnivån, så som den nu har kommit till uttryck avseende yrkeskunnande m.m., får därmed anses förenlig med de grundläggande principerna i LOU.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 11
5550-12

Dexterans anbud har förkastats av Bostadsbolaget eftersom referenspersonen inte har lämnat "goda vitsord" för offererad platschef. Dexteran gör dock gällande att uppgifterna i Bostadsbolagets tjänsteanteckning "Sammanfattning referenstagnning" inte överensstämmer med det utlåtande som referenspersonen lämnat vid referenstagningen. Bostadsbolaget har emellertid uppgett att referenspersonen i samband med referenstagningen bekräftat att tjänsteanteckningen "Sammanfattning referenstagnning" korrekt återgav vad denne uppgett och Dexteran har inte bestritt att referenspersonen gjort detta. Det har inte framkommit att tjänsteanteckningen inte på ett riktigt sätt återger vad referenspersonen sagt. Den ska därför läggas till grund för vad denne ska ha sagt. Det kan noteras att inte heller det utlåtande som nu i efterhand har lämnats av referenspersonen ger klart uttryck för ett omdöme som är odelat positivt för offererad platschef samt att utlåtandet i allt väsentligt återspeglar vad som anges i Bostadsbolagets tjänsteanteckning "Sammanfattning referenstagnning". Även om man skulle beakta vad som anges i detta utlåtande sammanvägt med tjänsteanteckningen skulle detta inte innebära att kravet på goda vitsord hade uppfyllts.

Det kan i och för sig förhålla sig på det sättet att referenspersonen vid referenstagningen formulerat sig oklart och haft för avsikt att ge uttryck för att han lämnat goda vitsord för offererad platschef. Det bör därvid framhållas att det är anbudsgivaren som står risken för att en referensperson inte uttrycker sig klart och tydligt med följd att anbudet kan komma att uteslutas. Om referenspersonen nu i efterhand genom sitt utlåtande skulle kunna sägas ge uttryck för att offererad platschef fått goda vitsord kan detta därför inte beaktas.

Bolaget har därför med hänsyn till vad som framkommit inte visat att Bostadsbolaget tagit några ovidkommande hänsyn eller på annat sätt agerat i strid med LOU. Utredningen ger därmed inte stöd för annan bedömning

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 12
5550-12

än att bolaget rätteligen har uteslutits från vidare deltagande i upphandlingen, eftersom kravet på goda vitsord inte är uppfyllt.

Sammanfattningsvis medför det som bolaget anför och har visat inte att Bostadsbolagets upphandling står i strid med LOU. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför inte, varför bolagets ansökan ska avslås.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michaël Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan 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 kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU