



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2012-05-16
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 6339-12
 6342-12
 Enhet 14

SÖKANDE

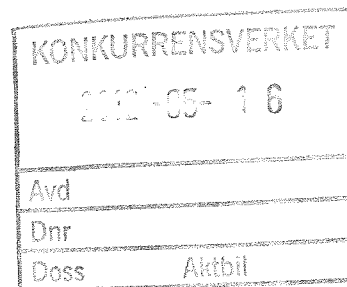
Svenska RegMaster AB, 556376-6285
 Erik Segersälls Väg 34
 126 50 Hägersten

Ombud: Advokat Pernilla Carlsson Rasiwala och jur.kand. Marielle
 Strömbäck
 Nord & Co Advokatbyrå KB
 Box 1435
 111 84 Stockholm

MOTPART

Sveriges Radio Förvaltnings AB, 556023-4030
 105 10 Stockholm

Ombud: Advokat Magnus Wennerholm
 Advokatfirman Glimstedt Växjö AB
 Box 124
 351 04 Växjö



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Svenska RegMaster AB:s ansökningar och
 förordnar att upphandlingarna ska göras om.

Dok.Id 235948

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

BAKGRUND

Sveriges Radio Förvaltnings AB (SRF) genomför två upphandlingar av ramavtal avseende ventilationsservicearbeten och mindre ventilationsentreprenader (mål nr 6339-12) respektive byggservicearbeten och mindre byggentreprenader (mål nr 6342-12). I beslut den 15 mars 2012 och den 20 mars 2012 meddelade SRF att Svenska RegMaster AB:s anbud inte kommit vidare till prövning i respektive upphandling.

YRKANDEN M.M.

Svenska RegMaster AB (RegMaster) ansöker om överprövning och yrkar, såsom bolagets talan slutligen bestämts, i första hand att upphandlingarna rättas på så sätt att kvalificeringen görs om och SRF därvid endast beaktar RegMasters namngivna referenter, samt att bolagets anbud utvärderas. I andra hand yrkar RegMaster att upphandlingarna ska göras om.

SRF bestrider bifall till ansökningarna.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

RegMaster anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Enligt punkt AFB.51.4 i förfrågningsunderlagen skulle en anbudsgivare för att bli kvalificerad och få gå vidare till utvärderingsfasen bl.a. uppvisa två utförda eller pågående referensuppdrag inom aktuellt område. För att bevisa sitt yrkeskunnande skulle anbudsgivarna uppge två referenter i anbudet vilka kunde bedöma anbudsgivarens arbete. Referenternas uppgift var att svara på tio frågor i påståendeform och lämna betyg på varje delfråga på en skala 1-5. Kravet för att gå vidare var att anbudsgivaren erhöll ett snittbetyg som var högre än 3,49 och att ingen fråga besvarades med betyget 1, som var lägsta poäng.

Avseende de två referenterna angavs i punkt AFB.51.4 i förfrågningsunderlagen att ”... om anbudsgivaren utfört liknande uppdrag tidigare till något av beställarens bolag ska en av referenterna vara beställaren och den andre en extern referens”. Den 18 januari 2012 publicerades förtydligande där det bl.a. framgick att ”... om anbudsgivaren utfört liknande uppdrag tidigare till något av beställarens bolag ska en av referenterna vara beställaren och den andre en extern referens. Detta förhållande gäller även om beställaren har kännedom om annan beställare som anlitat anbudsgivaren för liknande uppdrag. Denne, andre beställare, kommer då vara referent och anbudsgivarens andra referens kommer att vara extern referens”.

RegMaster angav två externa referenter i sina anbud i respektive upphandling, eftersom bolaget inte tidigare utfört liknande uppdrag för något av beställarens bolag. RegMasters anbud gick inte vidare till prövning i upphandlingarna och skälen till detta angavs vara att bolagets snittbetyg från referenterna var 2,80 respektive 3,04 samt att nio respektive åtta delfrågor hade besvarats med betyg 1. Bolagets anbud har således inte utvärderats på grund av att de enligt SRF inte uppfyllde ett obligatoriskt krav i upphandlingarna.

Av handlingar utlämnade av SRF framgår att SRF vid referensprövningen har kontaktat personer utanför beställarens bolag vilka SRF tydligen känt till att RegMaster har utfört uppdrag för. De av SRF tillfrågade referenterna har inte namngetts i RegMasters anbud, d.v.s. de är inte vad SRF kallar "externa" referenter. Inte heller är referenterna SRF:s "interna" eftersom referensuppdragen i fråga inte har utförts för SRF eller dess bolag.

RegMaster hade aldrig anledning att uppfatta beskrivningen av SRF:s referenstagning i underlagen eller förtydligandet som avsedd att möjliggöra en referenstagning från vilken beställare som helst. Denna inställning base-

rade sig inte enbart på en semantisk tolkning utan även på orimligheten i en sådan metod eftersom det vore omöjligt för en anbudsgivare att förutse hur en sådan referenstagnning skulle genomföras och innebära för anbudsgivarens möjlighet att tilldelas kontrakt i upphandlingarna.

Skulle förvaltningsrätten anse att SRF:s beskrivning av referenstagnningen samt SRF:s efterföljande agerande vid referenstagnningen var förutsebart för anbudsgivarna gör RegMaster gällande att referenstagnningen har inkluderat ett allt för stort mått av frihet för SRF att nå önskat resultat i upphandlingarna. Metoden har även omöjliggjort en kontroll av hur referenterna har valts ut och hur många som tillfrågats av SRF innan referent slutligen valts ut. Det är följaktligen inte möjligt för anbudsgivarna att kontrollera att kravet på likabehandling i LOU har följts i upphandlingarna.

Referenstagnningen i upphandlingarna angavs syfta till att kontrollera anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. I princip alla företag har någon gång genomfört ett uppdrag som en beställare av någon anledning inte har varit nöjd med. Om en upphandlande myndighet har rätt och möjlighet att söka referensuppdrag som en anbudsgivare har utfört kan den upphandlande myndigheten leta efter uppdrag och referenter ända till dess att den hittar utförda uppdrag som passar det resultat som den upphandlande myndigheten vill nå. En sådan möjlighet till "fri referenstagnning" omöjliggör för anbudsgivaren att kontrollera hur referenstagnningen har gått till och även att kunna förutse utfallet av densamma.

Den referenstagnningsmetod som SRF har tillämpat i upphandlingarna har gett SRF för stort utrymme för godtycke. Metoden medför således en i princip fri prövningsrätt för SRF vad gäller anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. De vaga formuleringarna i förfrågningsunderlagen om vilka referenser som skulle bedömas strider dessutom mot kraven på transparens och likabehandling i LOU.

RegMaster menar vidare att inget av de två referensuppdrag som SRF tagit fram och lagt till grund för att förkasta RegMaster från respektive upphandling avser den typ av uppdrag som SRF har angett i AFB.51 i förfrågningsunderlagen att referensen ska avse.

RegMaster gör mot denna bakgrund gällande att SRF även agerat i strid mot de krav som upp ställts i förfrågningsunderlagen angående de referensuppdrag som skulle användas för att kontrollera anbudsgivarnas yrkeskunnighet. SRF:s agerande har inte varit förutsebart för RegMaster och det är inte heller likabehandlande.

RegMaster, vars anbud felaktigt inte tagits vidare till utvärderingsfasen i upphandlingarna, riskerar att lida skada av SRF agerande. RegMasters anbud var mycket konkurrenskraftigt och skulle vid en utvärdering ha placerat sig bland de tre främsta anbudsgivarna i upphandlingarna.

SRF anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. Det framgår av förfrågningsunderlagen att beställaren förbehöll sig rätten att ta egna referenser, s.k. egenreferenser, och att referens från beställaren i sådant fall skulle behandlas på samma sätt som en "extern referens". Av komplettering till förfrågningsunderlagen framgår tydligt att inte endast koncerninterna referenser kunde komma att beaktas utan också uppdrag som anbudsgivaren utfört åt annan beställare och som SRF eller något av programbolagen haft kännedom om. Samtliga leverantörer har sålunda i god tid före anbudstidens utgång informerats om att myndigheten kan komma att inhämta egna referenser, såväl interna som externa, och lägga dessa till grund för prövningen av anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Inom SRF och programbolagen fanns det kännedom om annan beställare som anlitat RegMaster för liknande uppdrag. Enligt förfrågningsunderlagen förelåg därmed en skyldighet för SRF att uppta sådana egenreferenser.

I fallet med upphandling av ventilationsarbeten var egenreferensen Botkyrka kommun som anlitat RegMaster för utförande av entreprenad avseende tillbyggnad av en idrottshall i Tumba. Detta uppdrag får enligt SRF:s mening anses rymmas inom "ventilationsservicearbeten" eller i vart fall anses som ett tillräckligt likartat uppdrag för att kunna beaktas såsom ett referensuppdrag avseende dylika arbeten.

I fallet med upphandling av byggarbeten var egenreferensen Täby kommun som anlitat RegMaster för renovering och invändig anpassning av Skolhagenskolan. SRF delar inte RegMasters uppfattning att detta uppdrag inte skulle vara att betrakta som ett sådant arbete som utgör ett relevant referensuppdrag. Av förfrågningsunderlaget framgår också att upphandlingarna avsåg byggservicearbeten och mindre byggentreprenader och att det var en vid beskrivning av vad som kunde ingå i dessa arbeten.

Vid referenstagningen har framkommit att uppställda krav på leverantören inte uppfyllts, varför RegMasters anbud inte gått vidare till utvärdering. Det bestrids att förfarandet skulle vara oförutsebart eller att SRF av något annat skäl genom detta agerande skulle anses ha åsidosatt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Det är mycket vanligt att en upphandlande myndighet förbehåller sig rätten att ta egna, externa eller interna, referenser. Av kammarrättspraxis framgår också att det inte är något som hindrar att en upphandlande myndighet använder egen referenstagning så länge detta framgår av förfrågningsunderlaget och sker på ett objektivi t godtagbart sätt (se bl.a. Kammarrätten i Göteborgs domar av den 18 november 2010 i mål nr 2504-10 och 2505-10).

Det ska också framhållas att tanken med att referenser ska lämnas vid anbud inte är att leverantören själv ska kunna välja vilken bild av dem som

ska visas. Detta framgår bl.a. av nämnda avgöranden, där kammarrätten fann att ett krav i förfrågningsunderlaget på att leverantören skulle lämna den upphandlande myndigheten som referent i de fall anbudsgivaren tidigare utfört uppdrag för myndigheten ansågs vara ett rimligt och proportionerligt krav som inte stod i strid med likabehandlingsprincipen.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

Den 1 november 2011 ändrades lydelsen av bestämmelser i 16 kap. LOU. Av övergångsbestämmelser framgår att äldre lydelse ska tillämpas för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet.

I 16 kap. 5 § LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 anges följande. 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 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.

Förvaltningsrättens bedömning

RegMaster har anfört att SRF:s referenstagningsförfarande strider mot kraven på transparens och likabehandling i LOU, bl.a. genom att förfarandet har gett SRF för stort utrymme för godtycke och medfört en i princip fri prövningsrätt för SRF vad gäller anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

SRF har anfört att det genom förfrågningsunderlaget och dess komplettering tydligt framgår hur referenstagningsförfarandet skulle gå till och att

SRF inte heller av något annat skäl ska anses ha åsidosatt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Transparensprincipen uttrycks genom öppenhetskravet i 1 kap. 9 § LOU, och innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. En anbudsgivare ska genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av dess anbud kommer att bedömas. Likabehandlingsprincipen förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget. Omdömen och referenser ska inhämtas på ett likartat sätt så att en opartisk jämförelse blir möjlig. Däremot gör de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten anser att det genom kompletteringen den 18 januari 2012 tillräckligt tydligt framgår av förfrågningsunderlaget att inte endast SRF:s koncerninterna referenser kan komma att beaktas, utan även referenser från uppdrag som anbudsgivaren utfört åt någon annan beställare som SRF fått kännedom om.

Förvaltningsrätten anser emellertid att ett sådant förfarande omöjliggör för anbudsgivarna att kunna förutse hur referenstagningen kommer genomföras. Ett sådant förfarande innebär även att en upphandlande myndighet som har kännedom om flera tidigare beställare kan välja vilken av beställarna som ska användas som referent. Då olika beställare sannolikt har skilda åsikter om en anbudsgivares yrkeskunnande får den upphandlande myndighetens val avgörande betydelse för om en anbudsgivare kvalificeras i

upphandlingen eller inte. Den upphandlande myndigheten kan därmed i praktiken fritt välja att en viss anbudsgivare inte ska kvalificeras, genom att en missnöjd tidigare beställare används som referent.

Förvaltningsrätten konstaterar att SRF:s förfarande vid referenstagningen inte kunnat förutses av anbudsgivarna och att förfrågningsunderlagets utformning vad avser referenstagning inneburit att SRF lämnats ett stort utrymme för godtycke vid kvalificering av anbud. SRF:s agerande strider därmed mot såväl transparensprincipen som likabehandlingsprincipen.

RegMaster har på grund av det fel som begåtts i upphandlingarna lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Det finns således grund för ingripande enligt LOU. Eftersom det fel som har begåtts är hänförligt till förfrågningsunderlagen och det inte kan uteslutas att felet medfört att leverantörer avstått från att lämna anbud anser förvaltningsrätten att någon annan åtgärd än att upphandlingarna ska göras om inte kan komma ifråga.

Vid denna bedömning saknar förvaltningsrätten anledning att pröva om det finns skäl för ingripande enligt LOU även på annan grund.

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



Annika Falkenborn

Rådman

Föredragande har varit Nils Henriksson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 var till 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 uppge 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 3109/1A LOU