



Mål nr 1535-13

KONKURRENSVERKET	
2013-04-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

RÄTTEN

Kammarrättsrådet Mikael Ocklind, ordförande
Kammarrättsrådet Niclas Falkendal, referent *af*

FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE

Föredraganden Emelie Herou

KLAGANDE

Svensk Markservice AB, 556420-4823
Smidesvägen 10
171 40 Solna

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur. kand. Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Staffanstorps kommun
245 80 Staffanstorp

Ombud: Jur. kand. Christian Härdgård
Advokatfirman Delphi i Malmö AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 19 februari 2013 i mål nr 13091-12

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

Målet föredras, varefter kammarrätten fattar följande

BESLUT

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS BESLUT

Det överklagade avgörandet får prövas av kammarrätten bara om kammarrätten har meddelat prövningstillstånd. Vad som krävs för att få prövningstillstånd framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (SFS 1971:291).

Prövningstillstånd får meddelas endast

- om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av kammarrätten (prejudikatdispens)
- om anledning förekommer till ändring av förvaltningsrättens avgörande (ändringsdispens) eller
- om det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinär dispens).

Kammarrätten har gått igenom allt material som kommit in hit och det som tidigare instanser haft tillgång till.

Kammarrätten har kommit fram till att det inte finns skäl att meddela prövningstillstånd i detta fall.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1)



Emelie Herou

Protokollet uppvisat och beslutet meddelat

2013 -04- 19 MD



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Lena Palmér

DOM
2013 -02- 19
Meddelad i
Malmö

Mål nr
13091-12 E

Bilaga A

SÖKANDE

Svensk Markservice AB, 556420-4823
Smidesvägen 10
171 41 Solna

Ombud: Advokat Liselott Fröstad och jur.kand. Jenny Kenneberg
Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB
Box 3124
103 62 Stockholm

MOTPART

Staffanstorps kommun
245 80 Staffanstorp

Ombud: Jur.kand. Christian Härdgård
Advokatfirman Delphi i Malmö AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Svensk Markservice AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1****DOM**Sida 2
13091-12 E**YRKANDEN OCH INVÄNDNINGAR**

Staffanstorps kommun genomför upphandling av driftentreprenad för parker, grönytor och naturområden. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Kommunen har i tilldelningsbeslut den 11 december 2012 beslutat att anta anbudet från Green Landscaping AB.

Svensk Markservice AB begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska få avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att bolagets anbud tas upp till utvärdering alternativt att en förnyad skriftlig referensvärdering genomförs.

Staffanstorps kommun motsätter sig bifall till ansökan.

OMSTÄNDIGHETER SOM PARTERNA ÅBEROPAR**Svensk Markservice AB:**

Det sätt som kommunen har valt att genomföra utvärderingen av referenser på har inneburit att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, då i synnerhet likabehandlingsprincipen, inte har följts. Frågorna till referenterna och värdeskalen som svaren skulle baseras på var allt för invecklade för att referenstagningen skulle kunna genomföras per telefon. Att referenser inhämtats per telefon har bevisligen lett till missförstånd som för bolagets del medfört att anbudet inte ens kunnat utvärdera trots att referentens omdöme, om detta hade inhämtats skriftligen, skulle ha kvalificerat bolaget till utvärderingen.

Bolaget har inte bedömts uppfylla kvalificeringskraven. Som skäl för bedömningen anges bl.a. att bolaget inte har uppfyllt kravet på referensuppdrag genom att ha betyget 3,4 dvs. under det uppställda kravet på genomsnittligt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning I**

DOM

Sida 3
13091-12 E

snittbetyg om minst 3,7. I anbudet har bolaget lämnat Johan Björnqvist som en av sina referenser. Han hade tidigare kontaktats av bolaget och tillfrågats vilka olika betyg han skulle ge bolaget på referensfrågorna och då uppgett att han skulle ge betygen 4,4,4,4,3,4 vilket var fullt tillräckliga för att uppnå kvalificeringsgränsen om 3,7. Bolaget valde därför att ange honom som referens.

Enligt kommunen har Johan Björnqvist vid referenstagningen lämnat betygen 4,3,4,4,3,2,4. Bolaget har kontaktat Johan Björnqvist som uppgett att han uppfattat det som att han lämnat precis samma svar som han tidigare lämnat skriftligen på fråga från bolaget. Johan Björnqvist har uttryckligen förklarat att hans avsikt aldrig varit att ge några andra omdömen till kommunen än de goda omdömen han lämnat skriftligen till bolaget. Vidare har han uppgett att utfrågningen inte gjordes under optimala förhållanden då han befann sig ute på jobb när kommunen kontaktade honom. Eftersom det såvitt är känt för bolaget saknas inspelning från referenstagningen kan ingen lägga fram full bevisning av vad som sades.

I detta fall måste Johan Björnqvists skriftliga omdömen som han lämnat före och efter referenstagningen tillmätas större trovärdighet än kommunens anteckningar. Det är i vart fall tillräckligt för att visa att kommunens sätt att inhämta omdömen lett till missförstånd. Både Johan Björnqvist och Sara Ewald har lämnat andra svar än de som nedtecknats. Det saknas dock anledning att ifrågasätta att den anteckning som referenstagaren Staffan Nilsson presenterat och som givits in av kommunen redovisar hans minnebild av samtalet och hur han har uppfattat de lämnade omdömena. Frågan i målet rör dock snarare om det Staffan Nilsson uppfattat verkligen stämmer överens med det omdöme som referenten avsett att lämna.

Den referenstagning som kommunen har använt sig av har flera stora brister. Det är mycket svårt för en referent som blir uppringd att ta till sig och besvara

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1**

DOM

Sida 4
13091-12 E

sju så invecklade påståenden som de nu aktuella. Frågorna läses också upp för en person som inte har det skriftliga materialet framför sig. Referenser kan visserligen inhämtas per telefon men för att säkerställa att alla anbudslämnare blir likabehandlade och att referenstagningen blir transparent måste krävas att de frågor som ställs är lätta att förstå och besvara per telefon. De frågor som kommunen ställt är så pass svåra att besvara att det finns en uppenbar risk för missförstånd om frågorna ställs per telefon. Det har därför varit olämpligt att ställa frågorna per telefon, i vart fall utan att skicka det nedtecknade betyget till referenspersonen för skriftligt godkännande.

Värdeskalen som referenterna ska tillämpa när frågorna besvaras är uppbyggd med både ett svar som syftar till hur påståendet stämmer in på entreprenören, ett svar som syftar till hur nöjd referensen är samt ett sifferbetyg. Det är inte självklart hur dess värderingsgrunder förhåller sig till varandra. Det är mycket lätt att missförstå ett svar som lämnas utifrån en sådan värdeskala. I den handling som kommunen redovisar till stöd för bedömningen anges vidare en värdeskala som till viss del skiljer sig från den som redovisas i förfrågningsunderlaget. Det har tillkommit två värderingsgrunder, väl godkänd för betyg 4 och mycket väl godkänd för betyg 5. Kommunens agerande vid inhämtande av referenser har inneburit att bolagets anbud har förkastats trots att referenten bevisligen inte avsett lämna det omdöme som kommunen har antecknat. Detta styrks av de skriftliga omdömen från Johan Björnqvist som givits in.

De frågor som ställts till referenten är i sig otydliga och hade inneburit problem även om referenstagning skett skriftligen. Frågeställningen i kombination med värdeskalen innehåller en sådan motsättning mellan hur bra påståendet stämmer in och hur nöjd referenten är med leverantörens arbete att det i princip blir upp till var och en att tolka frågan. Det avgörande för svaret blir om svarspersonen avger svaret utifrån hur väl påståendet stämmer in eller hur nöjd personen är med leverantören. För det fall att värdeskalen ska läsas på det sätt som kommunen påstår, dvs. att referenterna endast ska bedöma hur väl

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM

Sida 5
13091-12 E

påståendena stämmer in är kravet allt för högt ställt för att anses proportionerligt. Om en anbudsgivare i sitt tidigare uppdrag har visat en "Mycket god förmåga" inom samtliga sju områden som behandlas ska referenten svara "Stämmer" på alla sju påståendena. Översatt till siffror ger det betyg 3 på alla frågor och anbudslämnaren är därmed långt under det snittbetyg som krävs för att gå vidare till utvärdering. Att anbudslämnaren ska ha visat en ännu bättre förmåga inom merparten av de sju delområdena i samtliga referensuppdrag är ett mycket högt ställt krav och det kan knappast anses proportionerligt mot bakgrund av föremålet för upphandlingen.

Referenstagningen i den aktuella upphandlingen har av någon orsak blivit fel, inte bara en gång utan två. När det gäller omdöme som Sara Ewald lämnat gällande arbetsledaren var kommunen inledningsvis säker på att bolagets anbud skulle förkastas på den grunden. Konsulten Staffan Nilsson har angett det bristande omdömet i sina anteckningar från samtalet, men har sedan ändrat uppfattning efter det att Sara Ewald kommit in med skriftlig redogörelse för sin syn på samtalet i fråga. Mot bakgrund av detta finns skäl att ifrågasätta om Staffan Nilsson verkligen uppfattat övriga referenser och då i synnerhet Johan Björnmqvist på korrekt sätt.

Bolaget har den efterfrågade kapaciteten och har lämnat referensuppdrag på sätt som anges i förfrågningsunderlaget. Mer kan bolaget inte göra för att uppfylla kraven i upphandlingen. Att bolaget har efterfrågad kapacitet kan styrkas av återopad referens från Johan Björnmqvist.

Att kommunen endast har tagit del och utvärderat de omdömen som uppvisar brister i förhållande till kraven i förfrågningsunderlaget uppfyller inte kravet på likabehandling av anbudsgivare.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1**

DOM

Sida 6
13091-12 E

Staffanstorps kommun:

Svensk Markservice AB:s anbud diskvalificerades på grund av att anbudet inte uppfyllde samtliga skall-krav. Bolaget hade för lågt betyg från en av sina angivna referenser. Vidare hade den offererade platschefen efter referenstagningen inte ansetts uppfylla kraven på förmåga och kompetens.

Med hänsyn till det förtydligande som numera har lämnats av referenten Sara Eward angående platschefen finner kommunen nu att Svensk Markservice AB:s anbud uppfyller aktuellt skall-krav avseende offererad platschef. Förvaltningsrätten kan således vid sin prövning bortse från den del av tilldelningsbeslutet som anger att platschefen inte uppfyller ställda krav.

Det finns inget förbud enligt LOU mot att inhämta referenser per telefon. Tvärtom är väldigt vanligt att så sker, särskilt vid denna typ av upphandlingar. Förutsättningarna för referenstagning samt den värdeskala som referenterna har att förhålla sig till är klara och tydliga och går inte att ta miste på. Ingen anbudslämnare eller referent har påtalat att frågorna skulle vara bristfälliga på något vis.

De påståenden som kommunen har använt sig av vid sin referenstagning är vanligt förekommande vid referenstagning och är på intet sätt svåra eller komplicerade och lämpar sig väl för referenstagning per telefon. Påståendet läses upp och sedan ska referensen ange hur väl detta påstående stämmer överens med hur referenten upplevt bolaget. Referenten anger då om påståendet "stämmer mycket dåligt", "stämmer dåligt", "stämmer", "stämmer bra" eller "stämmer mycket bra". För att det ska bli ännu tydligare för referenten vad kommunen avser med detta så används även omdömen som siffror. En referent som är osäker kan även fråga den person som tar referenserna vilket omdöme som motsvarar ett visst betyg och vice versa. På så vis förhindrar man att missförstånd uppstår. Denna möjlighet till förklaring saknas helt när

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1**

DOM

Sida 7
13091-12 E

referenstagning är skriftlig. Referentens svar nedtecknas i ett protokoll under samtalet.

Vid kommunens kontakt med Svensk Markservice AB:s referent Johan Björnqvist är det ovan beskriva tillvägagångssätt som använts. Om en referent inte kan ta samtalet eller anser sig vara förhindrad att svara på ett optimalt sätt är det upp till referenten att påtala detta, vilket inte gjordes. Om en referent behöver få någon fråga förklarad under samtalet går detta givetvis bra. Något sådant behov påtalades dock inte av Johan Björnqvist. Av Svensk Markservice AB:s ansökan framgår att Johan Björnqvist hade tagit del av såväl påståendena som värdeskalen innan kommunen genomförde referenstagning. Den mailkonversation mellan bolaget och Johan Björnqvist som bolaget åberopar visar endast att Johan Björnqvist lämnat de svar som han gjort när bolaget frågat honom. Det säger inget om hur han faktiskt svarade vid kommunens referenstagning.

Svensk Markservice AB:s påstående att det tillkommit två värdegrunder i värdeskalen vid referenstagning är felaktigt. Värdegrunderna är fortfarande fem. Det som har lagts till är snarare förtydligande av de två aktuella värdegrunderna. Tilläggen har på intet sätt förändrat eller på annat sätt påverkat värdegrunderna. Tilläggen kan inte medföra att bolaget kan anses ha lidit skada.

Kvalificeringskravet för bolagsreferenserna är satt till 3,7. Anledningen till detta är att det är ett väldigt omfattande uppdrag som ska löpa under lång tid. Entreprenaden är dessutom en funktionsentreprenad, vilket ställer högre krav på leverantören än om det varit en utförandeentreprenad. Endast två av femton referenser uppfyller inte ställda kvalificeringskrav. Merparten av de övriga klarar gränsen med god marginal. Kravet får med hänsyn härtill anses väl avvägt och proportionerligt. Att på sätt som sökanden yrkar genomföra en förnyad skriftlig referensvärdering skulle strida mot förfrågningsunderlaget och därmed transparensprincipen.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning I**

DOM

Sida 8
13091-12 E

DOMSKÄL

Bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt i kap. 9 § LOU 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.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor och omständigheter som sökanden tar upp.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget

Under UF3.515 *Referensuppdrag* anges bl.a. följande. Till anbudet ska fogas en beskrivning av tre referensuppdrag. Anbudet ska innehålla kontaktuppgifter till de referenser som lämnas. Frågor kommer att ställas till lämnade referenser (se frågor i påståendeform nedan). Referent får besvara frågorna genom att samtycka eller inte samtycka enligt nedanstående värdeskala. För kvalificering krävs att det genomsnittliga betyget är minst 3,7 på en femgradig skala på de svar som lämnats på nedan angivna frågor. Genomsnittligt betyg räknas på varje referent för sig.

Frågor till referenter:

Anbudsgivaren har i refererat driftavtal gällande skötsel av parker visat mycket god förmåga att:

1. tillse att genomförandet sker efter de handlingar och krav som fastställts
2. tillse att arbetsuppgifterna slutförs inom avtalad tid

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1**

DOM

Sida 9
13091-12 E

3. hålla en god och öppen dialog samt vara tillgänglig för kommunikation med B
4. bidra till utveckling av parker och grönytor
5. tillse att entreprenaden har erforderlig tillsyn, kontroll och kvalitetsssäkring
6. tillse att utföra administrativa uppgifter såsom t.ex. fakturering och kundkontakter enligt uppdrag
7. med kvalitet och engagemang genomföra uppdraget till din fulla belåtenhet och att detta talar för

Värdeskala referenser:

- Stämmer mycket dåligt - mycket missnöjd, betyg 1
- Stämmer dåligt - missnöjd, tveksamt godkänd, betyg 2
- Stämmer - godkänt, betyg 3
- Stämmer bra - är nöjd, betyg 4
- Stämmer mycket bra - är mycket nöjd, betyg 5

Av protokoll från referenstagning framgår att vid referenstagningen har "väl godkänd" lagts till för betyg 4 och "mycket väl godkänd" för betyg 5. Frågan 7 har också korrigerats så att texten "och att detta talar för" har tagits bort.

Förvaltningsrättens bedömning

Svensk Markservice AB gör i huvudsak gällande att den referenstagning som Staffanstorps kommun genomfört i upphandlingen strider mot LOU och att bolagets anbud till följd av bristerna vid referenstagningen felaktigt förkastats.

Svensk Markservice AB har, vad avser svaren från referenten Johan Björnqvist, inte uppfyllt kravet på genomsnittligt betyg om minst 3,7. Bolagets anbud har med anledning härav förkastats. Det har i målet inte visats annat än att Johan Björnqvist vid kommunens referenstagning lämnat de betyg som framgår av upprättat protokoll och som har gett ett genomsnittligt betyg om 3,4. Svensk Markservice AB gör gällande att Johan Björnqvist inte avsett att lämna så låga betyg och att de lägre betygen härrör från missförstånd som uppkommit p.g.a. av frågornas och värdeskalans utformning samt det faktum att referenstagningen genomförts per telefon.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1****DOM**Sida 10
13091-12 E

Förvaltningsrätten finner inte visat att det sätt på vilket kommunen genomfört referenstagningen strider mot LOU. Frågorna kan inte anses vara så komplexa att det av denna eller annan anledning varit oförenligt med LOU att genomföra referenstagningen per telefon. Rätten finner inte heller visat att det förekommit något faktiskt fel vid genomförandet av referenstagningen med Johan Björnqvist eller att referenstagaren missförstått de svar som lämnats. De frågor som enligt förfrågningsunderlaget ska ställas till referenterna är enligt rättens mening tydligt formulerade. Värdeskalen som poängsättningen ska ske mot innehåller såväl sifferbetyg som en beskrivning i ord av vad omdömet avser motsvara. Även om frågorna och värdeskalen hade kunnat vara bättre samordnade med varandra anser förvaltningsrätten att förutsättningarna för referenstagningen får anses tillräckligt tydligt beskrivna för att kunna ge ett rättvisande resultat och för att kraven på transparens och likabehandling ska vara uppfyllda. Den omständigheten att den skriftliga beskrivningen i värdeskalen har förtydligats något vid genomförandet av referenstagningen utgör enligt rättens mening inte skäl för ingripande mot upphandlingen. Kravet på att entreprenören ska uppnå ett snittbetyg om 3,7 på en femgradig skala kan utifrån föremålet för upphandlingen inte anses vara så högt att det strider mot proportionalitetsprincipen.

Mot bakgrund av det ovan anförda och då Svensk Markservice AB inte heller i övrigt anför något som utgör grund för ingripande enligt LOU ska ansökan härom avslås.

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



Anders Mattsson

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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.