



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-02-17
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
47714-10
Enhet 15

KONKURRENSVERKET	
2011-02-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Johan Kennemyr och jur. kand. Mikael Engström
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Micasa Fastigheter i Stockholm AB, 556581-7870
Box 17211
104 62 Stockholm

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

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 13 december 2010 upphör
därmed att gälla.

Dok.Id 98486

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Micasa Fastigheter i Stockholm AB (Micasa) genomför en upphandling av Ramavtal Entreprenörer, kategori Byggservice (upphandlingen). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande.

Micasa har i tilldelningsbeslut den 3 december 2010 beslutat att anta anbud från andra anbudsgivare än Svenska Regmaster AB (bolaget).

Anna Rang har i samtal med förvaltningsrätten uppgett att upphandlingen påbörjades före mars 2010 och att Micasa valde upphandlingsform före den 15 juli 2010.

Förvaltningsrätten beslutade den 13 december 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen i fråga och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att ny utvärdering av anbuderna ska genomföras med beaktande av bolagets anbud och med bortseende från upptagningen av Micasas egna referenser varvid bolagets anbud ska utvärderas och bolaget tilldelas kontrakt. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Micasa bestrider bifall till yrkandena.

GRUNDER M.M.

Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Bland de kvalificeringskrav som måste uppfyllas finns bl.a. ett krav på referensuppdrag med angiven lägsta godtagbara poäng. Bolagets anbud diskvalificerades p.g.a. poängsättningen av referenserna. Vid referenskontrollen beaktade Micasa bl.a. ett eget referensuppdrag och det är för detta uppdrag som bolaget har ansetts brista i fullgörelsen. Av de två övriga referensuppdrag som bolaget har lämnat har bolaget erhållit omdömen som på samtliga punkter styrker att det har utfört kontraktsevenliga prestationer och följaktligen med god marginal innehar det yrkeskunnande som kravet avser. Kravet på referenser i upphandlingen har utformats och tillämpats på ett sätt som medför att bolaget, enkom i dess egenskap av tidigare uppdragstagare åt Micasa, missgynnas i förhållande till övriga anbudsgivare. Sannolikheten att andra anbudsgivare skulle åberopa referenser som i något avseende underkänner anbudsgivarens tidigare prestationer måste anses liten. Den betydelse som Micasas egenreferens tillmätts vid kvalificeringen är följaktligen oproportionerligt stor till nackdel enbart för bolaget och innebär ett åsidosättande av såväl proportionalitetsprincipen som likabehandlingsprincipen.

Micasas referens har i samtliga fall utom ett gett bolaget annat betyg än det som motsvarar godkänt, dvs. betyget 3, men under genomförandet av det aktuella uppdraget har bolaget inte erhållit vare sig meddelande eller erinran om att prestationen har varit annat än kontraktsevenlig och till full belåtenhet. De påståenden som Micasa nu gjort är därför anmärkningsvärda. Betygsättningen är osaklig och kan inte uppfattas som annat än att Micasa har tagit ovidkommande hänsyn vid prövningen av bolaget som anbudsgivare. Micasas förfarande utgör även i det avseendet en överträdelse av likabehandlingsprincipen.

Bolaget har lämnat ett så lågt pris att det, för det fall anbudet rätteligen hade utvärderats, skulle ha tilldelats kontrakt. Det har därmed lidit skada av den otillåtna upptagningen av Micasa's egenreferens.

Micasa anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Bolaget har före den nu aktuella upphandlingen haft ramavtal med Micasa. Med en sådan avtalsbunden partner är det naturligt att det redan finns en objektivt väl grundad uppfattning från den upphandlande myndighetens sida. Det är förenligt med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna att en upphandlande myndighet använder sig av egna erfarenheter, dvs. egenreferenser inom den upphandlande myndighetens organisation. Den uppfattningen har även stöd i rättspraxis, se Kammarrättens i Göteborg avgöranden i mål nr 456 – 459-08 och i mål nr 2504-10 och 2505-10.

I förfrågningsunderlaget har angetts vad som kommer att tillmätas betydelse vid referensupptagningen samt hur detta kommer att poängsättas. Bolaget och övriga anbudsgivare har således inte saknat möjlighet att förutse hur referenserna kommer att bedömas. I förfrågningsunderlaget angavs även uttryckligen att anbudsgivare som tidigare hade utfört uppdrag åt Micasa skulle komma att kvalificeras genom upptagning av en egenreferens. Det angavs även vilken av anbudsgivarens referenser som skulle ersättas av Micasa's referens för det fall detta var aktuellt. Eftersom bolaget tidigare utfört uppdrag enligt gällande ramavtal kan det inte ha kommit som en överraskning att Micasa skulle ta in egenreferens. Referensupptagningen innebar att referenspersonerna fick svara på de frågor som angetts i förfrågningsunderlaget. I fallet med egenreferenser kontaktades de personer som fungerat som projektledare för Micasa. Vid upptagandet av egenreferenser behandlades dessa på samma sätt som vid upptagandet av externa

referenser. Referensupptagningen har skett på ett objektivt sätt med tillämpning av principerna om likabehandling och transparens. Bolaget har inte visat något stöd för uppfattningen att det vid referenstagningen skulle ha tagits ovidkommande hänsyn.

Bolaget anför härefter bl.a. följande. Micasa har tillmätt de egna referenserna oproportionerligt stor betydelse till nackdel enbart för bolaget och har dessutom agerat i strid med likabehandlingsprincipen eftersom det i sina egenreferenser har särbehandlat bolaget missgynnande. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett yttrande (dnr 2005/0088-29) uttalat sig beträffande proportionalitetsprincipens tillämpning. I enlighet med det uttalandet är det den praktiska tillämpningen av en referensupptagning och dess effekter i det enskilda fallet som förvaltningsrätten har att bedöma. En sådan bedömning är även vad Kammarrätten i Göteborg har gjort i de av Micasa åberopade avgörandena. Det framgår att upptagning av egna referenser endast får göras om de grundläggande principerna om bl.a. proportionalitet och likabehandling inte träds för när. Det torde finnas flera sätt för Micasa att beakta egna referenser som i förhållande till det i målet aktuella både är mindre ingripande och bättre säkerställer prövningens objektivitet. Här kan bl.a. erinras om NOU:s anmodan i ett tillsynsärende (dnr 108/96-26) att en upphandlingsansvarig som har en personlig uppfattning om en anbudsgivare, positiv eller negativ, för objektivitetens skull bör jämföra sin uppfattning med referenternas. En sådan jämförelse har i praktiken inte gjorts möjlig eftersom bolagets referenser, som båda motsäger Micasas uppfattning, i det ena fallet inte gjorts del av prövningsunderlaget och i det andra fallet inte tillmätts någon betydelse. Micasa borde ha utformat och tillämpat kravet om referenser på sätt som kompenserar för denna skillnad och säkerställer att dess egna referenser inte får oproportionerligt stor betydelse till nackdel enbart för bolaget.

De påståenden om bristande kontraktsevenliga prestationer och yrkeskun-
nande som Micasa gör i yttrandet bestrids. Micasa har inte haft fog för att
ge så låga referenspoäng som det gjort och det har inte tidigare, vare sig
vid möten eller på annat sätt, framförts några invändningar mot utförandet
av uppdraget.

Micasa har dels använt sig av ogiltiga referensuppdrag som inte får ersätta
bolagets, dels lagt påståenden utan styrkt grund i verkliga förhållanden
samt tvistiga omständigheter hänförliga till annat än de aktuella referens-
uppdragen till grund för att diskvalificera bolaget. Mellan parterna råder
olika uppfattningar om hur de för ärendet relevanta avtalsförpliktelserna
och sakomständigheterna ska tolkas vilket innebär att Micasa är förhindrat
att diskvalificera bolaget på sätt som nu skett (se NOU info, Mars -98, s.
16).

Utifrån de domar som Micasa åberopar kan inte dras slutsatsen att refe-
rensupptagningen är tillåtlig. Avgörandena återger endast den principiella
slutsatsen att det inte finns något generellt hinder mot användandet av egna
referenser så länge de grundläggande principerna inte träds för när. I målen
prövade kammarrätten inte referensupptagningens förenlighet med propor-
tionalitetsprincipen och klaganden hade inte några invändningar i sak mot
de omdömen som den upphandlande myndighetens egna referenser gav
dem. Vidare utgjorde referensupptagningarna en del av utvärderingsfasen i
motsats till som i nu aktuellt fall ett krav i kvalificeringsfasen. Den upp-
handlande myndighetens egna referenser hade endast haft påverkan på den
totalpoäng som en redan kvalificerad anbudsgivare kunde erhålla vid ut-
värderingen. Därtill hade påverkan endast motsvarat 6,7 respektive 2,5
procent av en sådan totalpoäng. En anbudsgivare som erhållit låga poäng

poäng på egenreferenserna hade således möjlighet att ändå tilldelas kontrakt i upphandlingen. I nu aktuellt fall har betydelsen av de egna referenserna varit helt avgörande för att anbudet ens ska komma ifråga för utvärdering.

Micasa anför härefter bl.a. följande. Utformningen och tillämpningen av referenskravet strider inte mot proportionalitetsprincipen. Referenserna har haft betydelse men inte oproportionerligt stor betydelse. Det framgår av den åberopade rättspraxisen att utformningen och tillämpningen av kravet på egenreferenser inte strider mot likabehandlingsprincipen. Ett beslut i enlighet med bolagets yrkande, att utvärderingen ska ske med bortseende från egenreferenserna, skulle i sig strida mot LOU eftersom detta utgör ett avsteg från vad som följer av förfrågningsunderlaget. Micasa har haft fog för att ge de poäng som framgår av upptagna egenreferenser i upphandlingen. Vidare har övriga uppdrag under det tidigare ramavtalet inte utförts utan anmärkning. Det har funnits ett samlat missnöje och invändningar mot bolagets arbete har framförts både muntligen och skriftligen.

Att bolaget inte är nöjt med de poäng som givits i egenreferenserna innebär inte att det föreligger en tvist mellan parterna som förhindrar att bolaget diskvalificeras i enlighet med förfrågningsunderlagets bestämmelser. Att det förekommer vissa skillnader i sakomständigheterna mellan den nu aktuella upphandlingen och de som bedömts i tidigare åberopade avgöranden från Kammarrätten i Göteborg fräntar inte domarna dess prejudicerande värde.

Bolaget tillägger härefter bl.a. följande. Micasa har inte kunnat styrka sina påståenden om att klagomål framförts mot bolaget under avtalstiden annat än genom skrivelser som är upprättade efter att bolaget begärt överprov-

ning, efter att anbudsöppning skett samt efter att upphandlingarna annonserats. Det är således först i samband med upphandlingen som Micasa framfört att bolaget har utfört uppdragen på ett icke godtagbart sätt.

UTREDNINGEN I MÅLET

I de *administrativa föreskrifterna* anges bl.a. följande.

AFB.51 Prövning av anbudsgivare

1. Kvalificering

[...]

- **Referensuppdrag för kvalificering av företaget**

Anbudsgivare ska förteckna och till anbudet bifoga två referensuppdrag. Samtliga referensuppdrag ska avse servicetjänster inom arbetsområdet. Referensuppdrag ska avse ramavtal/återkommande uppdrag med beställare som har kvarboende hyresgäster inom byggnaden. Referens ska lämna ett medelbetyg motsvarande minst 3,7 på en femgradig skala för att anbudsgivaren ska godkännas.

Referensuppdrag: Anbudet ska innehålla en beskrivning av uppdragen. Beskrivningen ska innehålla de uppgifter om uppdragen som Anbudsgivaren vill styrka som bevis på teknisk kapacitet. Om egenreferens finns kommer denna att ersätta en av anbudsgivarens referenser.

Frågor ställs i påståendeform som referent för besvara om man samtycker eller ej.

Föreslagen Leverantör har i refererat ombyggnadsuppdrag visat mycket god förmåga att:

- se till så att genomförandet sker efter de handlingar som fastställts
- se till att entreprenaden slutförs inom avtalad tid
- se till att entreprenaden blir kontrollerad och kvalitetssäkrad
- se till att alla berörda lämnar egenkontroller och rapporter i tid
- lösa frågor på plats utan orimliga krav på ändrings eller pristillägg
- bevaka och tillse att funktionen på entreprenaden blir som projekterat
- bevaka och tillse att material på arbetsplatsen blir säkrat mot fukt mm
- ge tekniskt stöd till dem som ska ansvara för driften av anläggningen
- kontinuerligt informera hyresgäster och andra som berördes av projektet
- med kvalitet och engagemang genomfört uppdraget till din fulla belåtenhet och att detta talar för att leverantören ska kunna utföra nu påtänkt kontrakt på ett effektivt och fördelaktigt sätt.

Värdeskala referenser

Påstående och Betygskala:

Stämmer mycket dåligt – mycket missnöjd, betyg 1

Stämmer dåligt – missnöjd, tveksamt godkänt, betyg 2

Stämmer – godkänt, betyg 3

Stämmer bra – är nöjd, betyg 4

Stämmer mycket bra – är mycket nöjd, betyg 5

OBS: Anbudsgivare som erhåller betyg ett (1) på delfråga blir ej kvalificerad, oavsett genomsnittligt betyg på övriga frågor. Samma om snittet blir under 3,7.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt övergångsbestämmelserna till de från och med den 15 juli 2010 gällande ändringarna i 16 kap. LOU (SFS 2010:571) ska äldre bestämmelser gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

I förarbetena till nämnda övergångsbestämmelse (prop. 2009/10:180 s. 310) uttalas att en upphandling får anses påbörjad när den upphandlande myndigheten eller enheten beslutat om vilket upphandlingsförfarande som ska tillämpas eller senast när myndigheten eller enheten genom annons eller på annat sätt beslutat att begära in anbud.

Den aktuella upphandlingen har enligt uppgift påbörjats före den 15 juli 2010 varför det är LOU i dess tidigare lydelse som ska tillämpas i målet.

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.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Uppställda krav får inte frångås och utvärderingen

av inkomna anbud ska ske i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget.

I målet har förvaltningsrätten att bedöma dels frågan om utformningen och tillämpningen av kravet på egenreferenser i förfrågningsunderlaget strider mot proportionalitetsprincipen och/eller likabehandlingsprincipen, dels frågan om bolaget har blivit otillbörligt poängsatt av den aktuella egenreferensen.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i förfrågningsunderlaget klart och tydligt anges hur referensupptagningen kommer att ske, vilka krav som ställs på referensuppdragen och vilka frågor som kommer att ställas till referenserna. I förfrågningsunderlaget anges även att den anbudslämnare som inte får snittpoäng motsvarande 3,7 eller som får betyget 1 på någon delfråga inte kvalificerar sig för utvärdering i upphandlingen. I förfrågningsunderlaget anges även att en egenreferens, för det fall sådan finns, kommer att ersätta en av de inlämnade referenserna. Det finns således inte utrymme för valmöjligheter vad gäller egenreferensen utan samma sak gäller för samtliga leverantörer som tidigare har utfört uppdrag åt Micasa. Enbart den omständigheten att alla anbudslämnare inte har utfört något tidigare uppdrag åt Micasa och därmed inte får en av sina referenser utbytt mot en egenreferens kan inte innebära att det uppställda kravet på referensuppdrag strider mot likabehandlingsprincipen.

Att ställa upp ett krav på vissa referenser som en del av kvalificeringen av anbudsgivare är vanligt förekommande vid offentliga upphandlingar. Det måste vara möjligt för upphandlande myndighet att försäkra sig om att anbudslämnaren har den organisation och det kunnande som krävs för att syftet med upphandlingen ska bli uppfyllt. Den grundläggande tanken med

referenser är att dessa ska lämna en objektiv och rättvisande bild av anbudslämnarens tidigare utförda arbeten. För den typen av uppdrag som nu är i fråga synes frågorna till referenterna vara adekvata och stå i proportion till syftet med upphandlingen. Att bestämma det lägsta accepterade snittbetyget för vidare kvalificering till 3,7 av 5 möjliga där 3 motsvarar betyget "godkänd" kan i sig inte anses oproportionerligt. Inte heller den omständigheten att en anbudslämnare diskvalificeras om betyget 1 "mycket missnöjd" lämnas av en referens utgör ett oproportionerligt krav på anbudslämnaren. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av det anförda att utformningen av kravet och underlaget för bedömningen av referensuppdragen inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen. Att ett av de referensuppdrag som utvärderas avser en egenreferens förändrar enligt förvaltningsrättens mening inte bedömningen av kravet som sådant. Även om ett betyg som lämnats av den upphandlande myndighetens egenreferens kan medföra att anbudslämnaren inte blir kvalificerad innebär detta inte att kravet som sådant är oproportionerligt. Detta förutsätter dock att de egna referenserna inhämtats under samma förutsättningar som de externa referenserna och att det inte tagits några ovidkommande hänsyn vid poängsättningen.

En referent lämnar ett omdöme om någon eller något och det kan inte krävas att referenten, genom skriftligt bevisning eller på annat sätt, styrker de anmärkningar som ligger till grund för det lämnade omdömet. Micasas egen referens har framfört sakliga skäl till varför bolagets utförande av det aktuella referensuppdraget inte har varit sådant att det motiverat en högre poäng. Oaktat vad som förevarit mellan parterna i samband med uppdraget och om anmärkningarna kom till bolagets kännedom vid uppdragstillfället kan inte bolaget anses ha visat att det har skett en otillbörlig poängsättning i samband med referensupptagningen i upphandlingen. Upptagandet av den

egna referensen och poängsättningen som har gjorts av denna kan därmed inte anses strida mot någon av de grundläggande principerna i LOU. Förvaltningsrätten finner inte heller att utförandet av referensuppdraget innefattar sådana tvistiga omständigheter som skulle innebära att Micasa är förhindrat att diskvalificera bolaget på sätt som nu skett.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det saknas grund för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

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



Barbro Lundholm
Rådman

Föredragande har varit Jenny Kenneberg.



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 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.