



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2010-05-19
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
7766-10 E
Enhet 1:1

SÖKANDE
Primär Fastighetsförvaltning AB
Frihamnen 4
417 55 Göteborg

Ombud:
Advokaterna Tomas Setterberg och Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPART
Kungälvbostäder
Box 698
442 18 Kungälv

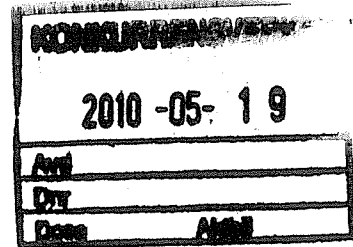
Ombud:
Advokaten Roland Adrell och jur.kand. Erik Lindskog
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 15 februari 2010 upphör
därmed att gälla.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM****BAKGRUND**

Kungälvsbostäder har genomfört en upphandling av "Driftentreprenad 2010 - Yttre miljö". Av tilldelningsbeslutet den 5 februari 2010 framgår att annan än sökandebolaget Primär Fastighetsförvaltning AB (bolaget) vann upphandlingen.

YRKANDEN M.M.*Primär Fastighetsförvaltning AB*

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska avslutas först sedan rättelse har gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Därutöver yrkas att förvaltningsrätten interimistiskt ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Bolaget anför i huvudsak följande.

I förfrågningsunderlaget anges att om leverantören har haft tidigare uppdrag hos Kungälvsbostäder ska de redovisas som en av tre begärda referenser, oavsett om det är en positiv eller negativ referens. Förfarandet ger Kungälvsbostäder möjlighet att godtyckligt styra upphandlingen dit de finner lämpligast, och därmed ett oacceptabelt stort utrymme för en skönsmässig bedömning. Detta har Kungälvsbostäder dessutom utnyttjat genom att ge bolaget dåliga betyg, vilket blir särskilt tydligt vid jämförelse med bolagets andra referenser. Förfarandet står i strid med principerna om transparens och likabehandling. Om bolaget fått betyg av normalgraden hade bolaget vunnit upphandlingen.

Kungälvsbostäder har inte på ett korrekt sätt ställt frågor till Sven Nilsson, referensperson i Fastighets AB Linden (Linden) eftersom han inte har tillfrågats om slutförda uppdrag, utan endast om pågående uppdrag.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Eftersom bolaget inte hade några pågående uppdrag hos Linden har bolaget fått noll poäng vid anbudsutvärderingen. Hade Kungälvsbostäder rätteligen frågat om bolaget har utfört några uppdrag hade bolaget fått poäng av Linden. Bolaget har lämnat det näst mest fördelaktiga anbudet trots att bolaget fick noll poäng i denna del av utvärderingen. Det kan därför inte uteslutas att bolaget hade vunnit upphandlingen om nämnda referens hade tillfrågats på ett korrekt sätt.

Det framgår motsatsvis av förfrågningsunderlaget, punkten UF3.52, att det inte är ett skakkrav att referenser endast ska avse pågående uppdrag, varför förfrågningsunderlaget får anses brista i kravet på transparens. Om bolaget vetat om att endast pågående uppdrag skulle komma att tillmättas betydelse, hade bolaget lämnat en annan referens. Eftersom förfrågningsunderlaget påvisar sådan allvarlig brist har bolaget fråntagits möjligheten att lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet.

Referenserna i mål nr 788-09 avsåg kvalificeringsfasen, och inte som i nu aktuellt mål, utvärderingsfasen. Det kan inte anses förenligt med LOU att den upphandlande myndigheten använder den egna organisationen som referens för poängsättning i utvärderingsfasen. Aktuellt skakkrav träffar dessutom endast vissa leverantörer, dvs. de som har utfört uppdrag åt Kungälvsbostäder. Poängsättningen kan därför inte anses ha skett på ett objektivt godtagbart sätt och strider därmed mot likabehandlingsprincipen.

Samtliga frågor som ställts till referenserna är hänförliga till anbudsgivarnas kvalifikationer och inte till föremålet för kontraktet. Anbudsutvärderingen har därigenom påverkats av ovidkommande hänsyn och strider därför mot kravet på bl.a. affärsmässighet (se Kammarrättens i Stockholm avgörande, mål nr 5512-08). Kungälvsbostäder har därmed, i strid med LOU, sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskriterier.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

Sammanblandningen av kriterier hänförliga till kvalificerings- och utvärderingsfasen stärker intrycket av att Kungälvsbostäder syftar till att undvika bolaget som avtalspart och visar, tillsammans med att de använt egna referenser, på Kungälvsbostäders godtyckliga förfarande. Kungälvsbostäder har också valt att använda olika referenspersoner inom den egna organisationen för att poängsätta bolaget, vilket styrker uppfattningen att utvärderingen har skett selektivt.

Kungälvsbostäder

Kungälvsbostäder yrkar att ansökan avslås. Därutöver yrkas muntlig förhandling i målet. Kungälvsbostäder anför i huvudsak följande. Kravet på att anbudsgivaren ska redovisa Kungälvsbostäder som referens är uppställt med anledning av att de vid utvärderingen vill kunna använda sig av egna erfarenheter av leverantörerna, när sådana finns. Kravet, som är tydligt formulerat i förfrågningsunderlaget, får anses vara en naturlig del i en affärsmässigt genomförd upphandling. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 1 juni 2009, mål nr 788-09, angett att inget hindrar att en upphandlande myndighet använder egen referenstagnung så länge det framgår av förfrågningsunderlaget och görs på ett objektivt godtagbart sätt.

Av förfrågningsunderlaget framgår vilka frågor som skulle ställas vid referenstagnungen och hur poängsättningen skulle göras. Leverantörerna har därigenom haft en möjlighet att bedöma hur referenstagnungen skulle komma att utfalla, exempelvis genom att själva ställa de aktuella frågorna till de angivna referenserna. Av anbudsutvärderingen framgår att bolaget har fått goda vitsord, bl.a. avseende hur bolaget har uppfyllt kontraktsevenliga miljökrav. Kungälvsbostäder har ansträngt sig för att göra en så objektiv bedömning av bolaget som möjligt. Även andra anbudsgivare har fått förhållandevis låga betyg av några av sina referenser. Det finns inte heller någon "normalpoäng" som en anbudsgivare kan räkna

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

med att få. Att bolaget på ett flertal frågor fått låga betyg av Kungälvsbostäder har sin grund i att bolaget inte har utfört tidigare uppdrag på ett acceptabelt sätt. De motsvarar även det missnöje med bolagets tjänster som Kungälvsbostäders hyresgäster gett uttryck för. Förfrågningsunderlaget tillåter Kungälvsbostäder att inhämta referenser från uppdrag som inte angivits av leverantörerna. En leverantör som har gjort ett dåligt arbete riskerar därmed att få "negativa" omdömen, oavsett om den tillfrågade uppdragsgivaren har angetts som referens eller inte.

Bolaget angav Linden som referens för upphandlingen Byggnader och installationer. På fråga om det gick bra att ta referenser även avseende Yttre miljö uppgav referensen att de inte anlätade bolaget på Yttre miljö. Några ytterligare kommentarer eller klarlägganden lämnades inte och bolaget erhöll därför noll poäng från Linden. Utfrågningen gjordes i enlighet med förfrågningsunderlaget, något annat hade inte varit möjligt.

Frågorna i nu aktuell upphandling har uteslutande syftat till att utröna innehållet och kvalitén i den erbjudna tjänsten, i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Leverantörernas kapacitet eller erfarenheter har inte berörts av frågorna (jfr EG-domstolens avgörande C-532/06 Lianakis).

Förvaltningsrätten har den 15 februari 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Förvaltningsrätten har den 6 maj 2010 på Kungälvsbostäders begäran hållit muntlig förhandling, varvid på bolagets begäran vittnesförhör har hållits med Sven Nilsson, verkställande direktör och referens i Fastighets AB Linden (Linden).

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM****DOMSKÄL***Tillämpliga bestämmelser*

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 upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

Parterna har i samband med den muntliga förhandlingen anfört i huvudsak följande.

Bolaget. Kravet att uppge Kungälvsbostäder som referens är ett skakrav, och träffar därför inte samtliga leverantörer. Förfrågningsunderlaget har varit otydligt, eftersom det inte framgått huruvida referenserna skulle avse endast pågående uppdrag. Frågan till Sven Nilsson ställdes på ett sådant sätt att han uppfattade det som att det avsåg pågående uppdrag. Det är ostridigt att Kungälvsbostäder inte ställt några frågor avseende avslutade uppdrag. Följdfrågan till Sven Nilsson borde ha varit, "har ni haft bolaget på Yttre miljö?" Bolaget förutsatte att frågorna skulle ställas på ett korrekt sätt, varför de inte ansåg att referenserna behövde förberedas.

Kungälvsbostäder. Det har stått bolaget fritt att kontakta sina referenser så att de var införstådda med vad som skulle komma att efterfrågas. För att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1**DOM**

tillgodose objektiviteten, om det skulle komma att behövas, har i förfrågningsunderlaget en öppning gjorts för att kunna komplettera referenstagningen för samtliga anbudsgivare med ytterligare referenser. Dock har detta inte behövts. Referenstagaren ställde frågor till Sven Nilsson avseende upphandlingen Byggnader och installationer, och frågade då om det gick bra att ta referenser även på Yttre miljö. Sven Nilsson svarade att Linden inte har bolaget på Yttre miljö.

Sven Nilsson har under den muntliga förhandlingen uppgett i huvudsak följande. Under referenstagningen uppgav han att Linden inte har Primär som yttre skötselentreprenör och att han därför inte ville lämna någon referens på den delen. Kontentan därav blir att han uppfattade att det avsåg pågående uppdrag. Bolaget övertog år 1999 Lindens fastighetsskötare i samband med att det övertog den yttre skötselentreprenaden i Forserum. Vad han kommer ihåg skötte bolaget det bra under de tre år som de hade bolaget på nämnda entreprenad, motsvarande fem poäng, vid en bedömning utifrån förfrågningsunderlagets frågor till referenserna och dess poängsättning.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att Kungälvsbostäder sammanblandat kvalificerings- och utvärderingskriterier på ett sätt som strider mot LOU. De frågor som har ställts till referenserna avseende Yttre miljö har gällt hur väl entreprenören har uppfyllt kontraktensliga miljö- och kvalitetskrav, hur redovisning av avtalad rapportering/egenkontroll har skötts, om avtalade inställelsetider har hållits vid felanmälan och akuta insatser, och om entreprenören har uppfyllt avtalade krav på organisation och personal, avseende kvalifikationer och genomförande av uppdragen. Med hänsyn till frågornas art, vilka inte kan anses avse leverantörens allmänna kapacitet, anser förvaltningsrätten inte att någon sammanblandning har skett av

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

kvalificerings- och utvärderingskriterier, utan att de får anses syfta till att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras, och därigenom även till att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att bolaget inte kan bortse från Kungälvsbostäder som referens om det har anlåtats av dem i tidigare uppdrag. Förvaltningsrätten anser inte att det finns hinder mot att använda egna referenser i utvärderingsfasen, så länge de används på ett förutsebart och objektivt sätt. Annat framgår inte än att referenspersonerna fått svara på ett antal och på förhand fastställda frågor, vilka skulle poängsättas med poängen 1 till 5, där varje poäng motsvarats av en bedömning som grundar sig i hur de uppfattat leverantörens insats. Vid sådant förhållande kan inte anses att Kungälvsbostäder brutit mot de krav på likabehandling som ställs i LOU. Såvitt framgår finns inte något som talar för att bolaget erhållit onormalt låga poäng av Kungälvsbostäder.

Enligt den referensbilaga som bolaget åberopat och de uppgifter som lämnats av Sven Nilsson under den muntliga förhandlingen har bolaget haft Linden som uppdragstagare från i vart fall år 1999 och tre år framåt. Annat framgår inte av förfrågningsunderlaget än att det medger referenstagning även för avslutade uppdrag av liknande slag. Kungälvsbostäder har inte heller hävdats att så inte är fallet. Någon otydlighet i förfrågningsunderlaget i detta avseende finns således inte. Fråga i målet torde då vara om Kungälvsbostäder borde ha ställt ytterligare frågor till Sven Nilsson, vilket bolaget hävdar. Att Sven Nilsson i dag uppger att han uppfattat att frågorna enbart rörde pågående uppdrag kan inte ensamt utgöra grund för att konstatera att Kungälvsbostäder brutit mot reglerna i LOU. Bolaget har därmed inte visat att Kungälvsbostäder i förfrågningsituationen brutit på sätt att det strider mot kraven på likabehandling i LOU.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sammanfattningsvis har bolaget därmed inte visat att upphandlingen har innehållit sådana brister att det finns skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Olle Holmstedt

Föredragande har varit Henny Johansson.



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 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. 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.