



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2012-06-19  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 10882-12  
 Enhet 17

**SÖKANDE**

Bravida Sverige AB, 556197-4188

Ombud: Advokat Liselott Fröstad  
 Andersson Gustafsson Advokatbyrå KB  
 Box 3124  
 103 62 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Eleonore Gustafsson  
 Advokatbyrå KB  
 Adress som ovan

**MOTPART**

Stockholms Stad, Fastighetskontoret

Ombud: jur.kand. Lars Mattsson  
 Stab, Box 8312  
 104 20 Stockholm

Ombud: Juan Copovi Mena  
 Adress som ovan

**SAKEN**

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling - LOU

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012-06-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 247427

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		<b>E-post:</b> forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

**BAKGRUND, YRKANDEN M. M.**

**Fastighetskontoret i Stockholm stad** (fastighetskontoret) genomför en upphandling gällande driftentreprenad av slakthusområdet. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande. Enligt tilldelningsbeslut meddelat den 15 maj 2012 har Fastighetskontoret antagit annat anbud än anbudet från Bravida Sverige AB (Bravida).

**Bravida** ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Bravida i huvudsak följande. Den upphandlande myndigheten har föreskrivit en modell i kvalificeringsfasen som ger myndigheten möjlighet att på ett godtyckligt sätt, utan transparens och förutsebarhet påverka kvalificeringen av anbuderna i sådan mån att myndigheten i praktiken förbehållit sig fri prövningsrätt. Vidare strider den i förfrågningsunderlaget uppställda modellen för referenstagning mot LOU genom att den inte säkerställer likabehandling av anbudsgivarna. I och med att förfrågningsunderlaget inte uppfyller LOU:s krav på transparens, förutsebarhet och likabehandling är det uppenbart att Bravida lidit skada och att övriga anbudsgivare kan komma att lida skada.

Bravida anför vidare att fastighetskontoret har förbehållit sig rätten att använda sig av egenreferenser. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget under vilka förhållande eller omständigheter som den upphandlande myndigheten kommer att ersätta av anbudsgivarens lämnad referens med s.k. egenreferens. Med beaktande av att anbudsgivare riskerar att inte kvalificeras om en poäng lägre än 3,99 eller betyget 1 på något av påståendena erhålls, är det av synnerlig vikt att anbudsgivarna på förhand har kännedom om vilka referenser som är aktuella och att alla anbudsgivare behandlas lika. Anbudsgivarna är själva förhindrade att lämna Stockholm Stad som referens då det i upphandlingsföreskrifterna särskilt anges att lämnad refe-

rens inte får vara i jävsituation med anbudsgivaren och inte heller anställd hos beställaren eller inom Stockholm stad. Den upphandlande myndigheten mottog fyra anbud, varav endast två av anbudsgivarna tidigare arbetat för Stockholm stad. Samtliga fyra anbudsgivare har lämnat två referenser som av anbudsgivarna på förhand bedömts ge maximal poäng per påstående. Om fastighetskontoret vid referenstagningen byter ut referenser hos de både anbudsgivare som tidigare arbetat med Stockholm Stad så har likabehandlingsprincipen åsidosatts. Det blir värre om fastighetskontoret beslutar att endast byta ut referens för en av anbudsgivarna. Förfarandet är inte förutsebart eller transparent för anbudsgivarna. I praktiken medför detta att fastighetskontoret i princip förbehåller sig fri prövningsrätt i kvalificeringsfasen. Den upphandlande myndigheten har bytt ut den av Bravida lämnade referens nr 2 mot s.k. egenreferens. Detta har lett till att anbudet har förkastats. Det är alltså inte klarlagt varför den av Bravida lämnade referensen har ersatts med fastighetskontorets egna valda referens eller vem denna referens är. Fastighetskontorets egenreferens avviker kraftigt betygsmässigt från den av Bravida lämnade referensen. För den händelse att det hade varit av någon principiell betydelse för fastighetskontoret att anbudsgivare som tidigare utfört uppdrag åt Stockholm Stad skulle lämna dessa hade detta kunnat anges i förfrågningsunderlaget. Emellertid har anbudsgivarna i denna upphandling varit direkt förhindrade att ange Stockholms Stad som referens. Fastighetskontorets förfarande är således vare sig förutsebart eller transparent för anbudsgivarna och står därtill i uppenbar strid med likabehandlingsprincipen. En upphandlande myndighet är vidare förhindrad att i upphandlingsförfarandet beakta sin tidigare kännedom om anbudsgivaren eller andra omständigheter än vad som framgår av det lämnade anbudet. Det framstår som uppenbart att fastighetskontoret i upphandlingen utformat förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att fastighetskontoret med beaktande av sin tidigare kännedom om Bravida bereds möjlighet att fästa avseende på omständigheter som inte framgår av Bravidas anbud. Detta står i strid med principen om likabehandling. För den händelse

att fastighetskontoret inte varit nöjd med vissa delar i Bravidas utförande under föregående avtalsperiod har fastighetskontoret genom den aktuella upphandlingen haft möjlighet att uppställa krav på utförandet som motsvarar den upphandlande myndighetens önskemål. De har även haft möjlighet att genom avtalsmässiga konstruktioner tillförsäkra sig det utförande man önskar.

**Fastighetskontoret** bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Fastighetskontoret har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU. Förfrågningsunderlaget uppfyller lagens krav på förutsebarhet och transparens. Anbudet har prövats i enlighet med angivna förutsättningar och anbud och anbudsgivare har behandlats lika utan ovidkommande hänsyn. Därför har varken kvalificeringen eller förfarandet i övrigt skett i strid med LOU.

Fastighetskontoret bestrider att den referenstagning som skett hör hemma i utvärderingsfasen och att katalogen i 11 kap.11 § LOU är uttömmande. 11 kap.11 § LOU innefattar möjlighet till referenstagning. Ett skallkrav ska kontrolleras men inte utvärderas. Kvalificeringen syftar till att säkerställa leverantörens förmåga att kunna leverera det som ska upphandlas enligt förfrågningsunderlaget. Detta förfarande skiljer sig från en utvärdering där den upphandlande myndigheten utifrån de krav på tjänsten som framgår av förfrågningsunderlaget med avseende på det som ska upphandlas värderar anbudet utifrån angivna utvärderingskriterier och slutligen rangordnar anbudet. Fastighetskontoret har säkerställt leverantörens förmåga att kunna leverera genom att i kvalificeringen satt en lägstanivå avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet och kontrollerat denna genom en referenstagning. De anbudsgivare som uppnått den fastställda nivån har gått vidare till utvärderingsfasen. De som inte klarat nivån har diskvalificerats. På sidan 12-15 i upphandlingsföreskrifterna anges hur referensupptagningen gick till, vilka krav som ställdes på referensuppdragen och vilka frågor som ställdes till referenserna. Fastighetskontoret har tillämpat 11 kap. 1,2,11 och 13 §§

LOU. Flera Kammarrätter har behandlat distinktionen mellan kvalificerings- och utvärderingsfasen ifråga om referenser och slagit fast att referensupptagning kan ske i kvalificeringsfasen. Kammarrätten i Stockholm har i mål 5512-08 slagit fast vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet som utgör kvalificeringskriterier. Kammarrätten konstaterar sedan att det av utredningen i målet framgått att referensupptagningen avsett frågor rörande anbudsgivarens kvalitet som leverantör i fråga om produktivitet, förmåga att hålla tider, bemötande, kvaliteten på anbudsgivarens yrkesmän, snabbhet i leveranser och redovisning samt referentens förtroende för anbudsgivaren och om denna kunde rekommendera anbudsgivaren. Liknande frågeställningar har varit föremål för kontroll i fastighetskontorets upphandling vilket framgår av upphandlingsföreskrifterna. Även Kammarrätten i Göteborg har i mål 788-09 prövat distinktionen mellan utvärderings- och kvalificeringsfasen. Mot denna bakgrund anser Fastighetskontoret att den referenstagning som skett rätteligen hör hemma i kvalificeringsfasen. Vidare framgår det av upphandlingsföreskrifterna när fastighetskontoret avser att använda egenreferenser. I upphandlingsföreskrifterna sidorna 14-15 anges att beställaren har möjlighet att nyttja s.k. egenreferens. Beställaren avser den upphandlande myndigheten, dvs. Fastighetskontoret. Fastighetskontoret har tydligt angett vilka kriterier som ska gälla för referensuppdrag. Dessa kriterier har även tillämpats vid inhämtade av egenreferenser. Liksom anbudsgivarna har fastighetskontoret vid val av referenser således varit begränsat till uppdrag av visst slag och som utförts under viss tid. Om egenreferenser finns kan anbudsgivarens referens nummer två bytas ut mot egenreferensen. Fastighetskontoret anser att den modell som kontoret valt för att ta referenser är förutsägbar och behandlar alla anbudsgivare lika. Egen referenstagning har också accepterats i rättspraxis så länge detta framgår av förfrågningsunderlaget och sker på ett objektiva godtagbart sätt, se bl.a. Kammarrätten i Göteborg i mål 788-09. Fastighetskontorets modell för användning av egenreferenser har dess-

utom nyligen prövats av Kammarrätten i Stockholm i mål 862-11. Fastighetskontoret använde sig i den överprövade upphandlingen av samma modell och i stort sett likartade formuleringar avseende egenreferenser som i den förevarande upphandlingen. Fastighetskontoret valde att använda egenreferens avseende en anbudsgivare som förkastades i kvalificeringsfasen. Anbudsgivaren hävdade på samma sätt som Bravida att förfarandet inte var förutsebart och transparent samt att det saknades kriterier för hur fastighetskontoret skulle välja egenreferens och att förfarandet var godtyckligt och att man inte behandlade alla anbudsgivare lika. Kammarrätten konstaterade att det inte finns något hinder mot att en upphandlande myndighet använder sig av egenreferenser i kvalificeringsfasen så länge referenstagningen sker på ett objektivt sätt och inte strider mot de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för LOU. Bravida vann den förra upphandlingen av driften på Slakthusområdet och har haft ansvar för detta sedan 2010. Avtalet var tvåårigt med option om förlängning. Fastighetskontoret valde att inte förlänga den tidigare upphandlade driftentreprenaden med Bravida eftersom bolaget inte har utfört uppdraget på ett för fastighetskontoret godtagbar sätt utan anmärkningar. Det har funnits ett samlat missnöje och invändningar mot bolagets arbete både från förvaltare och driftansvariga på fastighetskontoret. Dessa anmärkningar har löpande framförts både muntligen och skriftligen. Detta visar att det är mycket viktigt för en upphandlande myndighet att kunna använda sig av egna erfarenheter av en leverantör vid kvalificeringen. Upphandlingen har skett i enlighet med vad som angivits i upphandlingsföreskrifterna. Det har varit transparent och förutsebart för alla anbudsgivare att Fastighetskontoret kommer att inhämta egna referenser. Alla anbudsgivare har behandlats lika. Bravida har inte visat att Fastighetskontorets förfrågningsunderlag är bristfälligt eller att kontoret brustit i sin prövning eller sin tillämpning av förfrågningsunderlaget.

### DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Kravet på att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt ger uttryck för principen om transparens och öppenhet, som bl.a. innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet. En anbudsgivare ska exempelvis genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att bedömas. Emellertid medför 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).

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

#### Förutsebarhet, transparens och likabehandlingsprincipen

Bravida har uppgett att de kvalificeringskrav avseende referenser som fastighetskontoret angett i förfrågningsunderlaget står i strid med regelverket för offentlig upphandling och de unionsrättsliga principerna för förutsebarhet, transparens och likabehandling.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande enhet har möjlighet att använda sig av egenreferenser vid kvalificeringsfasen. Ett sådant förfarande måste ske på ett objektiva sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09).

Frågan i målet är således om det i förfrågningsunderlaget föreskrivna förfarandet kan anses uppfylla dessa krav.

I upphandlingsföreskrifter under rubriken *referenstagning* anges att lämnade referenser skall ge ett, för två referenser, sammanvägt medelvärde av den totala poängen som är minst 3,99. Vid medelvärde av den totala poängen som är lägre än 3,99 och/eller om något av svaren på referensfrågorna erhåller betyget 1, kommer anbud inte kvalificeras.

Upphandlande myndighet kommer att kontakta lämnade referenser för att ställa följande påståenden.

1. Yrkeskunnande
  - \* företaget besitter stor kompetens inom yttre/inre skötsel
  - \* företaget har ett professionellt bemötande gentemot kunder
  - \* Företaget genomför uppdrag utan anmärkning
2. Effektivitet
  - \* Företaget arbetar med effektiva metoder/verktyg
  - \* Företaget tillser att uppdragen utförs kostnadseffektivt
3. Tillförlitlighet
  - \* Företagets leverans kvalitet är tillfredsställande
  - \* Företaget vidtar snabba korrigerande åtgärder vid anmärkningar
  - \* Företaget föreslår alltid lösningar som är väl genomtänkta.

I upphandlingsföreskrifter under punkten *Referenstagning* anges bl.a. följande. Lämnad referent får ej vara i jävsförhållande med anbudsgivare och ej heller anställd hos beställaren eller inom Stockholm Stad. Beställaren har möjlighet att nyttja så kallad "egenreferens".

I upphandlingsföreskrifter under rubriken *Egenreferens är liktydligt med beställaren* anges i huvudsak följande. Beställaren förebehåller sig rätten att använda sig av egenreferenser. Detta innebär att om anbudsgivare har varit i avtalsförhållande med Stockholms kommun eller de kommunala bolagen under de senaste tre åren har beställaren möjlighet att ersätta den i anbudet lämnade referens nummer två med en egenreferens från Stockholms stad eller de kommunala bolagen. Egenreferenser kommer att behandlas på samma sätt som externa referenser- få svara på samma frågor och dokumenteras på samma sätt. Egenreferenser kommer att väljas utifrån kriteriet att denne har god kännedom om anbudsgivarens tidigare avtalsförhållande med samt leverans till Stockholm stad.

Fastighetskontoret har i upphandlingsföreskrifterna, punkten UF3.513, *Referenstagning* angett hur referenser ska användas i upphandlingen. Där



anges att beställaren har möjlighet att nyttja s.k. "egenreferens" samt att beställaren har möjlighet att ersätta den i anbudet lämnade referens nummer två med en egenreferens från Stockholm stad eller de kommunala boplagen. Enligt förvaltningsrättens mening framgår det redan av uttrycket "egenreferens" att det för att en anbudsgivare ska vara känd hos beställaren krävs att staden genom tidigare uppdrag har egna erfarenheter av företaget. Vidare anges i upphandlingsföreskrifterna att egenreferens kommer att behandlas lika som externa referenser, dvs. få svara på de påståenden som anges i upphandlingsföreskrifterna. Karaktären på påståendena gör att flertalet skulle vara omöjliga att besvara utan egna erfarenheter av anbudsgivaren. Förutsättningen för att en person hos beställaren ska kunna ingå som egenreferens är att anbudsgivaren är känd hos beställaren. Detta kan därför inte anses oklart eller tvetydigt. Användningen av egenreferenser syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att beakta de egna erfarenheter av anbudsgivaren som är relevanta för den aktuella upphandlingen.

Fastighetskontoret har i sina upphandlingsföreskrifter angett kriterierna för att ett referensuppdrag ska anses relevant för upphandlingen. I punkten UF3.513 under rubriken b) *Referensuppdrag för kvalificering av uppdrag* framgår bl.a. att anbudsgivare skall inneha de dokumenterade resurser och erfarenhet som krävs för att slutföra uppdraget. Anbudsgivare skall i sitt anbud förteckna och beskriva två slutförda eller pågående referensentreprenader avseende tillsyn, skötsel och felavhjälpande underhåll av byggnader och installationer med var för sig en kontraktsumma större än 2 MSEK/år. Entreprenaderna skall vara slutförda inom den senaste treårsperioden räknat från anbudstidens utgång eller vara pågående sedan minst ett år räknat från anbudstidens utgång. Beskrivningen skall innehålla de uppgifter om uppdraget som entreprenaden vill styrka som bevis på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Dessa kriterier har tillämpats även vid inhämtandet av egenreferenser. Liksom anbudsgivarna har fastighetskontoret vid

val av referenser således varit begränsad till uppdrag av visst slag och som utförts under viss tid. Den omständigheten att det funnits relevanta egenreferenser att tillgå beträffande Bravida ger enligt förvaltningsrättens bedömning inte någon anledning att ifrågasätta att kravet på likabehandling inte iakttagits. Förvaltningsrätten finner inte heller att det föreligger en jävsituation så som det beskrivets i förhandlingsföreskrifterna. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att fastighetskontoret i upphandlingen använt sig av egenreferenser på ett objektivet sätt så att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens inte har åsidosatts. Fastighetskontoret har därför inte brutit mot någon upphandlingsrättslig bestämmelse eller princip i denna del.

#### Sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskrav

Bravida har slutligen ifrågasatt om referenstagningen är att hänföra till kvalificeringsfasen eller utvärderingsfasen.

Att utse vinnande anbud i en upphandling sker i två steg. Först kontrolleras *anbudsgivarnas lämplighet* vilket kallas för kvalificeringsfasen, i det andra steget kontrolleras *anbuden* vilket är anbudsutvärdering. Det framgår av både direktivet och EU-domstolens praxis att kvalificeringen och anbudsutvärderingen styrs av olika regler.<sup>1</sup> Stegen kan utföras samtidigt men det är ändå två separata bedömningar som ska göras utifrån olika kriterier.

Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår emellertid att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier.

---

<sup>1</sup> Se C-31/87 p. 16 och C-532/06, Lianakis-domen.

Av utredningen i målet framgår att referensupptagningen avsett frågor rörande anbudsgivarens yrkeskunnighet, bemötande, kvaliteten på anbudsgivarens yrkesmän, effektivitet samt förtroende för anbudsgivaren. Dessa kriterier måste enligt förvaltningsrättens mening vara att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer. Fastighetskontoret har därför haft fog för att utesluta Bravidas anbud från upphandlingen då anbudet inte uppfyllde kvalificeringskraven.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte är visat i målet att fastighetskontorets agerande i någon del står i strid med någon av de grundläggande principerna i LOU eller gemenskapsrättens regler för offentlig upphandling. Det saknas därför förutsättningar för ingripande enligt LOU.

Ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (3109/1a LOU).

Magnus Åhammar  
Rådman

Föredragande i målet har varit Lana Rozbayani.



# 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 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 3109/1A LOU