



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-01-21
 Meddelad i
 Stockholm

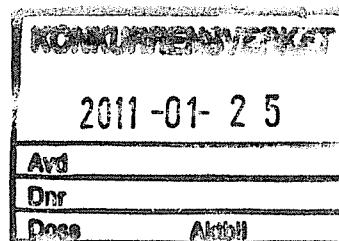
Mål nr
 44319-10
 Enhet 17

SÖKANDE

NCA Facility Services, 556326-0628
 Gustavslundsvägen 18
 167 51 Bromma

MOTPART

Stockholms Stad
 Fastighetskontoret
 Box 8312
 104 20 Stockholm



ÖVERKLAGAT BESLUT

Stockholms stads, Fastighetskontorets, beslut den 28 oktober 2010

SAKEN

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

DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten förordnar att Stockholms Stads Fastighetskontors offentliga upphandling av lokalvård för fastigheten Klamparen 7, 8 och 11 samt gemensamhetsanläggningen GA, Klamparen (Tekniska nämndhuset) ska göras om.
2. Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 8 november 2011 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Stockholms Stads Fastighetskontor (Stockholms stad) genomför en selektiv upphandling enligt 4 kap. LOU av lokalvård för fastigheten Klamparen 7, 8 och 11 samt gemensamhetsanläggningen GA, Klamparen (Tekniska nämndhuset). Tekniska nämndhuset är en kommunal förvaltningsbyggnad med en gemensamhetsanläggning på Kungsholmen i Stockholms innerstad. Byggnaden inrymmer Stockholms kommuns tekniska förvaltningar som exempelvis Exploateringskontoret, Miljöförvaltningen och Stadsbyggnadskontoret.

I tilldelningsbeslut den 28 oktober 2010 beslutar Stockholms stad att tilldela Rengörare Näslund AB lokalvårdsuppdraget. Stockholms stad anger i tilldelningsbeslutet följande. Elva ansökningar inkom i upphandlingen, varav tio uppfyllde kvalifikationerna. Sju av dessa hade ett poängvärde på minst den nivå som krävs för att få lämna anbud och förfrågningsunderlag utsändes till dessa den 2 september 2010. Sju anbud inkom, varav Rengörare Näslund AB var det mest fördelaktiga anbudet.

YRKANDEN OCH GRUNDER M.M.

NCA Facility Services (NCA) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om i sin helhet eftersom upphandlingen bryter mot de krav på likabehandling och förutsägbarhet som LOU innebär.

Stockholms stad motsätter sig bifall till överklagandet.

NCA anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Stockholms stad har i förfrågningsunderlaget tydligt angett att anbudsgivarens referenser inte får vara i jävsförhållande med

anbudsgivaren och inte heller anställd hos eller inom Stockholms stad. Längre ned i förfrågningsunderlaget bereder sig Stockholms stad möjlighet att nyttja så kallade "egenreferenser"; om anbudsgivaren är "känd" hos Stockholms stad kan person hos Stockholms stad ingå som egenreferens.

Efter utvärdering av tilldelningsbeslutet kan konstateras att den möjligheten endast använts avseende NCA. Stockholms stad har genom en egen referens med väldigt låga poäng (snittpoäng 1,33) diskvalificerat NCA på för låga erfarenhetspoäng. Stockholms stad har därför brutit mot likabehandlingsprincipen då merparten av de övriga städbolagen måste vara "kända" av Stockholms stad eftersom de har funnits en längre tid på marknaden. Det har därför varit möjligt att använda avsevärt fler "egenreferenser" och därigenom tillämpa likabehandling. Stockholms stad menar att en anbudsgivare är "känd" är likställt med att anbudsgivaren levererar eller har levererat tjänster till Stockholms stad. Om så var fallet hade uttrycket "om anbudsgivaren levererar eller tidigare levererat" kunnat användas i förfrågningsunderlaget. Då hade man undvikit missförstånd och underlaget hade varit tydligt och klart.

Stockholms stad har vidare tillämpat en godtycklig och motstridig metod vid anbudskvalificeringen. Själva formuleringen, att beställaren har möjlighet att nyttja s.k. "egenreferens" talar om att tillvägagångssättet är godtyckligt. Skulle formuleringen istället ha varit "om anbudsgivaren är leverantör eller har varit leverantör så kommer s.k. egenreferens att tillämpas. Referenspersonerna kommer att väljas t.ex. i tidsordning för senast utförd leverans" hade tillvägagångssättet varit tydligt och likabehandlande.

Det saknas kriterier för hur man inom Stockholms stad ska välja egenreferens. Stockholms stad har valt att inte använda Tekniska nämnden som egenreferens på grund av en eventuell jävssituation eftersom NCA och

Stockholms stad har haft en tvistig situation som nu är utagerad. Istället har Kulturhuset använts som egenreferens, som har lämnat extremt låga betyg. Man har utelämnat Stockholms Stadsteater AB som är ett större objekt, större än 10 000 kvadratmeter, som också innehåller kontorsutrymmen. Tillvägagångssättet är godtyckligt.

Det har inte gjorts någon generell kontroll över om andra anbudssökande är eller har varit leverantörer till Stockholms stad under de givna förutsättningarna. Även detta påvisar godtycklighet i tillvägagångssättet. Åtminstone en av de anbudssökande levererar tjänster till Stockholms stad idag utan att egenreferens har använts. Detta visar att man inte har behandlat alla lika. NCA har andra uppdrag inom Stockholms stad som man inte har valt att använda som egenreferenser.

Eftersom Stockholms stad kan nyttja "egenreferenser" är det omöjligt kan veta om och vilka referenser Stockholm stad avser använda. Detta strider mot principen om förutsägbarhet.

I anbudsansökan anges uttryckligen att lämnad referent inte får stå i jävssituation eller vara anställd hos Stockholms stad. Den använda egenreferensen är anställd av Stockholms stad. Det framgår inte av anbudsunderlaget att detta inte gäller Stockholms stads egenreferenser. I och med att NCA vid tiden för anbudsansökan hade en tvist med Stockholms stad så hade det varit meningslöst att lämna in ansökan om det hade gått att misstolka.

Urvalet av anbudsgivare publicerades aldrig, varför NCA fick information om utgången först efter att upphandlingen var slutförd.

Stockholms stad anför bl.a. följande.

Förfrågningsunderlaget uppfyller lagens krav på förutsägbarhet. Anbuderna har utvärderats i enlighet med angivna förutsättningar och anbud och anbudsgivare har behandlats lika utan ovidkommande hänsyn. Anbudsansökan har utvärderats på ett riktigt sätt och det saknas förutsättningar för att bifalla bolagets talan. Således har varken kvalificeringen eller förfarandet i övrigt skett i strid med lagen.

Av handlingen kallad ”anbudsansökan Lokalvård TN 2010” framgår att Stockholms stad avser att bjuda in de leverantörer som kvalificerar sig och har ett poängvärde på minst 3,5 på referenser att lämna anbud. Anbudssökanden ska i sitt anbud lämna två slutförda eller pågående referensentreprenader avseende lokalvård av byggnader med offentliga kontorsutrymmen. Lämnade referenser ska ge ett för två referenser sammanvägt medelvärde av den totala poängen som är minst 3,5. Vid medelvärde av den totala poängen som är lägre än 3,5 och/eller om något av svaren på referensfrågorna erhåller betyget 1, kommer anbud inte att kvalificeras.

Stockholm stad har möjlighet att nyttja ”egenreferens”. Egenreferens är liktydigt med beställare, dvs. Stockholms stad. Om anbudsgivare är känd hos Stockholms stad kan person hos denna ingå som egenreferens. I ovan nämnda fall har Stockholms stad möjlighet att ersätta referens två med denna egenreferens. Denna egenreferens kommer att behandlas likadant som externa referenser, dvs. ange en bedömning på de frågor/påståenden som framgår ovan. Slutligen framgår att lämnad referens inte får vara i jävsförhållande med anbudsgivaren och inte heller anställd hos eller inom Stockholms stad.

Stockholms stad har haft kontrakt med NCA både för lokalvård i Tekniska nämndhuset och i Kulturhuset. Vid utvärderingen av anbudsansökan ersattes NCA:s andra referens därför med en egenreferens, enligt

förutsättningarna för anbudsansökan. Eftersom det under flera år förelegat problem med levererad kvantitet och kvalitet på tjänster från NCA i Tekniska nämndhuset valde Stockholms stad att som egenreferens inte ta referenser från en referent i Tekniska nämndhuset, utan istället från en referent i Kulturhuset. Vid sammanställningen kom inte NCA upp i 3,5 poäng och kvalificerade sig därmed inte för att få lämna anbud. Jävsbestämmelserna och att staden avser att inhämta egna referenser innebär inte någon motstridighet eller otydlighet. Inte heller har NCA särbehandlats på något sätt.

Förutsättningarna för referenshanteringen framgår mycket tydligt under rubriken "bedömning av anbudsansökan". Med uttrycket "känd hos staden" avser självfallet att staden har erfarenhet av leverantören och inte att leverantören är allmänt känd på marknaden. Syftet är ju att staden ska kunna använda sig av egna erfarenheter av leverantören och inte bara att bolaget är känt på marknaden.

Möjligheten att använda egenreferenser har inte använts godtyckligt. Kravet i UF 3.52 i FFU, punkten D referenser, innebär bl.a. att referensuppdragen ska omfatta städning dagtid i kontorslokaler eller likvärdigt uppdrag om minst 10 000 kvadratmeter. Det kan tilläggas att kravet får anses vara proportionellt eftersom Tekniska nämndhuset omfattar över 40 000 kvadratmeter.

Det är riktigt att en av anbudsgivarna, K-städ, har uppdrag i det s.k. Kanalhuset på Hantverkargatan som tillhör staden. Det uppdraget uppfyller dock inte kravet i UF 3.52 eftersom det huset omfattar knappt 3 000 kvadratmeter. Det är vidare riktigt att NCA har andra pågående uppdrag inom Stockholms stad som inte valts att användas som egenreferens. De uppdragen gäller Hötorgshallen och Östermalmshallen som utgör två

livsmedelshallar, vilka inte heller är att betrakta som likvärdiga objekt eftersom Tekniska nämndhuset utgör kontor.

Det är mycket viktigt för en upphandlande myndighet att kunna använda sig av egna erfarenheter av en leverantör. Egen referenstagning har också accepterats i rättspraxis, så länge detta framgår av förfrågningsunderlaget och sker på ett objektivt godtagbart sätt. Se bl.a. Kammarrättens i Göteborgs domar i mål nr 788-09 och mål nr 2504-10.

I upphandlingen har alla anbudsgivare som varit i samma situation behandlats lika, dvs. alla anbudsgivare som tidigare har utfört uppdrag åt Stockholms stad respektive de som inte utför uppdrag för Stockholms stad har behandlats lika. Av förfrågningsunderlaget har framgått hur referensupptagning skulle komma att ske. Alla anbudsgivare har därför haft möjlighet att förutse att Stockholms stad kunde komma att inhämta egna referenser.

När tilldelningsbeslutet fattats fick NCA upplysning om beslutet. Stockholms stad har inte varit skyldig att dessförinnan självmant lämna upplysning om handläggningen av upphandlingen och NCA har inte begärt sådana upplysningar.

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.

I 9 kap. 9 § LOU anges bl.a. följande. En upphandlande myndighet ska snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för beslutet.

Av 9 kap. 10 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet ska på begäran av en anbudsgivare som har lämnat ett godtagbart anbud lämna upplysningar om utformningen av och de relativa fördelarna med det valda anbudet samt namnet på den anbudsgivare som tilldelats kontraktet.

Upplysningen ska lämnas snarast möjligt och senast inom 15 dagar från den skriftliga begäran kom in.

Enligt 16 kap. 5 § LOU ska rätten, 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 gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om det visas att den upphandlade myndigheten inom ramen för upphandlingen åsidosatt eller brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsägbarhet och öppenhet. En anbudssökande ska genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalificeringen och utvärderingen kommer att göras och bedömas, och vilken metod som ska användas.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande enhet har möjlighet att använda sig av egenreferenser vid kvalificeringsfasen. Ett sådant förfarande måste ske på ett objektivt 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 förfrågningsunderlagets punkt D ”Referenser”, av Upphandlingsföreskrifterna (UF) 3.52 och i handling från Stockholms stad benämnd ”Anbudsansökan, lokalvård TN 2010”, är angivet att

”Beställaren har möjlighet att nyttja s.k. ”egenreferens”, se nedan. *Egenreferens är liktydig med Beställaren*

Om anbudsgivare är känd hos B kan person hos B ingå som egenreferens. I ovan nämnda fall har B möjlighet att ersätta referenskund 2 som finns förtecknad i anbudsformuläret med denna egenreferens.”

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget i denna del inte uppfyller lagens krav på öppenhet. Utifrån den ovan angivna passagen framgår, enligt förvaltningsrättens mening, inte vid vilken situation Stockholm Stad avsett att använda sig av egenreferenser. Uttrycket ”känd hos beställaren” kan ges andra betydelser än den som Stockholm Stad anfört och underlaget är därför oklart i denna del. Det kan vidare inte anses förenligt med 1 kap. 9 § LOU att som beställare förbehålla sig rätten att använda egenreferens utan att det i förfrågningsunderlaget framgår vid vilka situationer detta kommer att ske eller hur det kommer att genomföras. Förvaltningsrätten konstaterar därför att förfrågningsunderlaget strider mot kravet på öppenhet i 1 kap. 9 § LOU. Det kan inte uteslutas att NCA kan komma att lida skada på grund av bristerna i förfrågningsunderlaget. Eftersom felet är att härleda till en otydlighet i förfrågningsunderlaget och därmed det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen därför göras om.

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



Mikael Eriksson

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Katarina Stütz Norland.



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 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.