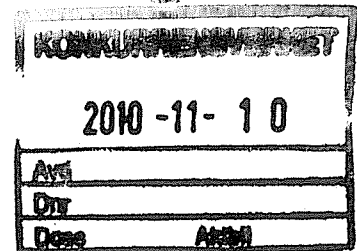




Meddelad i Sundsvall

**KLAGANDE**

BN Måleri & Golv Aktiefbolag, 556248-5796  
Sjögatan 11  
891 60 Örnsköldsvik



Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois  
Hamilton Advokatbyrå  
Box 715  
101 33 Stockholm

**MOTPART**

Örnsköldsviks kommun  
891 88 Örnsköldsvik

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Härnösands dom den 22 september 2010 i  
mål nr 3663-10, se bilaga A

**SAKEN**

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

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar att upphandlingen ska göras om.

---

### YRKANDEN M.M.

BN Måleri & Golv Aktiebolag (bolaget) yrkar att kammarrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak vad bolaget tidigare anført i förvaltningsrätten.

Örnsköldsviks kommun bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Upphandlingsenheten har varit mycket tydlig med vilka referenter som ska tillfrågas och även gett entreprenören möjlighet att välja dessa. Båda entreprenörerna utför uppdrag åt kommunen, varför bedömningen har gjorts av samma referenter och med kända referensfrågor. Referensfrågor är alltid en bekräftelse och bedömning på hur tidigare uppdrag utförts och torde vara det enda möjliga om man ska kunna särskilja olika entreprenörers kvalitet på utförda jobb. Detta är klart en koppling till föremålet för upphandlingen och inte dess möjlighet att utföra uppdrag. Upphandlingsenheten har rättat sig efter förvaltningsrättens tidigare utlåtande och använt sig av en fråga som tidigare godkänts av rätten. Övriga påståenden från klaganden får ses som icke relevanta för målet.

### SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Den fråga som kammarrätten först har att ta ställning till är om den upphandlande myndigheten brutit mot LOU genom det sätt på vilket myndigheten använt sig av referenser för att utvärdera kriteriet kvalitet.

Förvaltningsrätten har redogjort för innehållet i 1 kap. 9 § LOU, samt för i målet tillämplig lydelse av 16 kap. 2 § samma lag.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av praxis från EU-domstolen (tidigare EG-domstolen) framgår att en upphandlande myndighet själv får välja ut de kriterier som den vill lägga till grund för tilldelningen av ett upphandlingskontrakt, under förutsättning att kriterierna är ägnade att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (jfr bl.a. EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06). De kriterier som myndigheten väljer ska bl.a. ha ett samband med föremålet för upphandlingen, de får inte ge myndigheten en obegränsad valfrihet och de får inte komma i konflikt med de grundläggande EU-rättsliga principerna och då särskilt icke-diskrimineringsprincipen (jfr bl.a. EG-domstolens dom den 17 september 2002 i mål C-513/99). Vidare framgår av EU-rättslig praxis att kriterier som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga utgör kriterier som avser förmågan att utföra projektet och således inte tilldelningskriterier (jfr bl.a. EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06). Något generellt förbud mot att beakta referenser vid anbudsutvärderingen kan inte utläsas vare sig i LOU eller av EU-rättslig praxis, så länge som referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Förvaltningsrätten har redogjort för vad som anges i förfrågningsunderlaget till den aktuella upphandlingen om hur anbudsutvärderingen ska gå till.

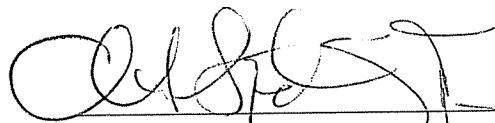
Kammarrätten gör följande bedömning.

Referenstagningen i den aktuella upphandlingen har syftat till att utvärdera kriteriet kvalitet, vilket finns angivet som exempel på tilldelningskriterier i uppräknningen i 12 kap. 1 § LOU. Kammarrätten konstaterar dock att den fråga som har ställts till referenterna är mycket allmänt hållen och inte på något vis preciserar vad den upphandlande myndigheten avser med kvalitet eller vad det är som är föremål för kvalitetsbedömningen. Därmed går det enligt kammarrätten inte att se vilket samband referenstagningen har med den aktuella upphandlingen. Någon konkret information om hur anbudsgivarna har utfört tidigare tjänster i kvalitativt hänseende tillförs egentligen inte och referenternas svar låter sig därför svårligen utvärderas. Referenstagningen har därför enligt kammarrätten inte den karaktären att den kan användas i utvärderingsfasen. Mot denna bakgrund finner kammarrätten att referenstagningen inte syftat till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbudsutvärderingen måste därför anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn, varför den strider mot framförallt principen om att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt. Bolaget får anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed och eftersom bristerna i förfarandet uppkommit redan vid utformningen av förfrågningsunderlaget är rättelse inte en tillräcklig åtgärd utan upphandlingen ska göras om.

Vid ovanstående bedömning finns inte skäl för kammarrätten att gå in på vad klaganden har anfört i övrigt.

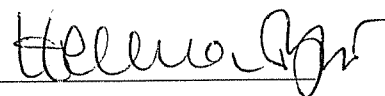
---

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Christer Sjödin  
kammarrättslagman  
ordförande

Stig Tärnvik  
kammarrättsråd



Helena Tyni  
tf. kammarrättsassessor  
referent



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I HÄRNÖSAND**

Förvaltningsrättsnotarien  
T Flodin

*Bilaga A*

**DOM**  
2010-09-22  
Meddelad i  
Härnösand

Mål nr  
3663-10 E

Sida 1 (6)

**KLAGANDE**

BN Måleri & Golv Aktiebolag, 556248-5796  
Sjögatan 11  
891 60 Örnsköldsvik

Ombud:

Advokaten Fredrik Linder och jur.kand. Mikael Dubois  
c/o Hamilton Advokatbyrå  
Box 715  
101 33 Stockholm

**MOTPART**

Örnsköldsviks kommun  
891 88 Örnsköldsvik

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 3 september 2010 och avslår ansökan om överprövning.

---

Dok.Id 9313

<b>Postadress</b> Box 314 871 27 Härnösand	<b>Besöksadress</b> Backgränd 9	<b>Telefon</b> 0611 - 34 98 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenuharnosand@dom.se	<b>Telefax</b> 0611 - 34 98 10	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 08:00-15:00
--	------------------------------------	--	-----------------------------------	---

### BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Örnsköldsviks kommun som genomför upphandling av Golvarbeten, dnr A 10-22 f, har i tilldelningsbeslut den 26 augusti 2010 beslutat att anta Anders Berglund Golv AB och BN Måleri & Golv AB som leverantörer. Anders Berglund Golv AB har rangordnats som leverantör nummer ett och BN Måleri & Golv AB som leverantör nummer två.

BN Måleri & Golv AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som skäl för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Den referensfråga som har använts vid utvärderingen har inget samband med föremålet för upphandlingen utan avser huvudsakligen anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga och syftar därmed inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förfrågningsunderlaget strider därför i denna del mot 1 kap. 9 § LOU. EU-domstolen har i mål C-532/08 anfört bl.a. att kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga inte kan anses utgöra kriterier för tilldelning. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga avser anbudsgivarens förmåga att utföra projektet och utgör således inte kriterier för tilldelning. Kriterierna för tilldelning i en upphandling ska ha ett samband med föremålet för kontraktet. Det framgår tydligt av formuleringen av referensfrågan tillhörande utvärderingskriteriet kvalitet att det inte finns något samband med föremålet för den aktuella upphandlingen. Frågan avser istället vilken kvalitet leverantören har hållit på tidigare arbeten. Detta innebär att frågan huvudsakligen avser en bedömning av leverantörens förmåga att utföra projektet i fråga. Det framgår även att två av referenterna inte har gjort sin bedömning med avseende på föremålet för den aktuella upphandlingen utan avseende tidigare arbeten då de har hänvisat till reklamationsärenden. Att en sådan referensfråga som

kommunen har använt sig av inte är förenlig med LOU har bekräftats i Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 3474-08. Kammarätten har i målet anfört att det strider mot 1 kap. 9 § LOU att i utvärderingsfasen fråga referenter om bl.a. kvalitén på utförda arbeten.

Referenstagningen är inte ägnad att leda till ett rättvisande resultat och säkerställer därför inte att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Förfrågningsunderlagets utformning strider således mot likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Det förhållandet att en upphandling ska ske på lika villkor och att det således är av största vikt att en upphandlande myndighet såväl skriver ett klart och tydligt förfrågningsunderlag samt följer detta framgår av både svensk och EG-rättslig praxis. För att en upphandlande myndighet ska uppfylla principerna om likabehandling och transparens ska den utvalda utvärderingsmodellen vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat och få fram det bästa anbudet. För att referenser ska kunna säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas bör utgångspunkten vara att samtliga referenser som tillfrågas ska ha lika stor inbördes betydelse för totalpoängen. Kommunens beställningar står endast för en liten del av bolagets omsättning och kommunen kan därför inte anses vara bättre lämpad att bedöma bolagets kvalitet än de angivna externa referenserna. Kommunen torde visa att det föreligger objektiva grunder för att en enskild beställare ska anses så viktig för utvärderingen av kriteriet kvalitet, att denna beställares referenser ska utgöra 75 procent av bedömningsunderlaget. Kommunen har inte redovisat några sådana grunder under upphandlingens gång. Med tanke på att den referens som tillmätts den avgörande betydelsen i utvärderingen av kvalitet härrör från den upphandlande myndigheten själv lämnar utformningen av referenstagningen ett för stort utrymme för godtycke. Som framgår av det ovan anförda strider kommunens genomförande av upphandlingen i flera avseenden mot LOU. Bolaget kan komma att lida skada eftersom det vid

en korrekt utförd upphandling skulle ha kunnat antas som leverantör nummer ett i upphandlingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

Förvaltningsrätten beslutade den 3 september 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår 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.

Av punkt 4.4 i det aktuella förfrågningsunderlaget framgår att den anbudsgivare som har det för kommunen mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till utvärderingskriterierna pris och kvalitet kommer att tilldelas uppdraget. Kvalitet utvärderas enligt punkt 4.3 med hjälp av fyra referenter. Kommunen förbehåller sig rätten att använda både interna och/eller externa referenter. Där intern referens finns att tillgå kommer tre interna referenser att användas och en extern referens kommer att väljas ut bland lämnade referenser. Intern referens lämnas av förvaltare, vaktmästare och egen regi. Referens som väljs ut är den som mest liknar kommunen som beställare



(t.ex. landstinget). Kommunen kommer att kontakta referenterna och ställa frågan hur nöjd denne är med kvalitén på hantverkarens utförda arbete.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av EU-domstolens praxis framgår att referenser som är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kan användas i utvärderingsfasen. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga kan dock inte anses utgöra utvärderingskriterier (jfr mål C-532/06 och mål C-199/07).

Förvaltningsrätten finner att kriterier som har koppling till kvalitetsnivån får anses vara hänförliga till föremålet för upphandlingen, dvs. den tjänst som anbudsgivaren erbjuder, och inte anbudsgivarens kvalifikationer och kapacitet. Referenser från tidigare utförda uppdrag kan ge relevant information för bedömningen av vilket anbud som med hänsyn till kvalitén är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Att använda en referensfråga angående kvaliteten på tidigare utförda arbeten i utvärderingsfasen strider enligt förvaltningsrättens mening inte mot 1 kap. 9 § LOU.

Beträffande referenstagningen framgår av förfrågningsunderlaget hur denna ska gå till. I det fall det finns tre interna referenter att tillgå kommer tre av fyra referenter att härröra från kommunens verksamhet. Detta innebär enligt förvaltningsrättens mening dock inte att referenstagningen kan anses strida mot någon av de principer som ställs upp i 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att vad bolaget anfört inte visar att upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU, varför ansökan ska avslås. Förvaltningsrätten har tidigare beslutat att upphandlingen tills vida-

re inte får avslutas. Då ansökan nu avslås ska detta interimistiska beslut upphävas. Förvaltningsrätten erinrar om bestämmelsen i 16 kap. 1 § tredje stycket 2 LOU.

---

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

  
Anita Enocksson

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.