



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LULEÅ**

**DOM**  
2018-03-19  
Meddelad i Luleå

Mål nr  
2340-17

**SÖKANDE**

M Hansén Bil & Maskin i Norrbotten AB, 556606-3078  
Industrivägen 22 A  
961 68 Boden

**MOTPART**

Kalix kommun  
952 81 Kalix

Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist  
Foyen Advokatfirma KB  
Stora Nygatan 33  
411 08 Göteborg

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

---

Dok.Id 94026

**Postadress**  
Box 849  
971 26 Luleå

**Besöksadress**  
Skeppsbrogatan 43

**Telefon**  
0920-29 54 90  
**E-post:** [forvaltningsrattenilulea@dom.se](mailto:forvaltningsrattenilulea@dom.se)  
[www.domstol.se/forvaltningsratt](http://www.domstol.se/forvaltningsratt)

**Telefax**  
0920-22 04 59

**Expeditionstid**  
måndag–fredag  
08:00–16:00

## **BAKGRUND**

Kalix kommun (kommunen) har genom förenklat förfarande upphandlat Ramavtal lastbil- och maskintjänster (dnr 2017-00802-05) och den 5 oktober 2017 beslutat att tilldela BDX Företagen AB samt till BR, Lidströms Grävmaskiner AB kontraktet. M Hansén Bil & Maskin i Norrbotten AB (Hansén) uteslöts efter referensprövning.

## **YRKANDEN OCH INSTÄLLNING**

### **Vad Hansén framför**

Hansén ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen görs om.

Hansén framför sammanfattningsvis följande. Av förfrågningsunderlagets punkt 3.2 och 3.51 framgår att anbudsgivaren ska ange minst tre referensprojekt och att om anbudsgivaren haft uppdrag för beställaren så ska beställaren anges som en av referenserna. Vidare framgår att referenserna ska besvara frågor och gradera sina svar utifrån Undermåligt (0), Godkänt (5) och Mycket bra (10). Enligt underlaget måste anbudsgivaren ha fått minst sju i snitt från referenserna och utvärderingen får inte innehålla omdömet 0, dvs. Undermåligt.

Hansén har tidigare utfört arbete åt kommunen i ramavtal 2015-2016 med möjlighet till förlängning tre år och uppgav därför kontaktpersonen i det avtalet i sitt anbud.

Hansén har under perioden februari 2015 till juli 2016 utfört uppdrag till kommunen och inte fått någon negativ återkoppling. När den fasta avtalsperioden löpte ut fortsatte kommunen, genom sin kontaktperson, att avropa

tjänster och därigenom förlängdes avtalet. Någon information om att arbetet var undermåligt utfört har inte lämnats av kommunen.

Trots detta gav kommunens kontaktperson omdömet noll poäng till bolaget avseende två kategorier och bidrog därmed till att Hanséns anbud uteslöts. Om kommunen anser att Hanséns arbete varit undermåligt måste den kunna styrka detta genom skriftlig reklamation eller annat underlag som ger stöd för det. Annan personal hos kommunen har gett konkurrerande anbud godkänt trots att kommunen aktivt valt att inte förlänga avtal med det bolaget. Detta måste tolkas så att kommunen varit missnöjd med utförandet.

Kommunen har valt att i förtid avsluta en upphandling avseende snöröjning under perioden 2016-2020 med det konkurrerande bolaget, men trots detta gett bolaget godkänt och därmed möjlighet att delta i aktuell upphandling. Hanséns anbud har samtidigt diskvalificerats på oklara grunder.

Kommunen har brutit mot principen om likabehandling när den vid utvärdering av referenser gett Hansén noll i omdöme, och därigenom diskvalificerat anbudet, utan någon objektiv grund för bedömningen. Detta samtidigt som en annan anbudsgivare har erhållit betyget 5 trots att kommunen valt att avsluta avtalet med anbudsgivaren i förtid.

Kommunen har vid sin utvärdering behandlat två anbudsgivare olika vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Upphandlingen tilldelas anbudsgivare med lägst pris. Hanséns har lämnat det lägsta priset i sitt anbud varför bolaget lider eller riskerar att lida skada av kommunens agerande.

Då det inte är möjligt att göra om referenstagningen samt att utvärderingsmodellen strider mot proportionalitetsprincipen så måste upphandlingen göras om.

#### **Vad kommunen framför**

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och framför följande. Kommunen har inte brutit mot LOU eller mot någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna vare sig genom att diskvalificera Hanséns anbud eller att utvärdera de andra bolagens anbud och tilldela kontakt.

Av referenstagningsmodellen i 3.51 i upphandlingsdokumentet framgår att det är ett kvalificeringskrav att anbudsgivaren får minst sju poäng i snitt och inte får erhålla en nolla.

I svensk rättspraxis har godtagits krav på att anbudsgivaren ska ange den upphandlande myndigheten som referens om anbudsgivaren har utfört uppdrag åt den upphandlande myndigheten. Som krav gäller dock att detta framgår tydligt av förfrågningsunderlaget och sker på ett objektivt sätt. Kommunen har i aktuellt fall använt egna referenser i enlighet med upphandlingslagstiftningen

Hansén riktar kritik mot att kommunens respondent har gett Hansén dåligt omdöme som lett till att bolaget diskvalificerats. Att kommunen är respondent innebär emellertid inte att det görs en annan bedömning av referensen. Kommunen vill understryka att det är anbudsgivaren som ansvarar och bär risken för den referens och den kontaktperson som anbudsgivaren anger i sitt anbud (se Kammarrättens i Göteborg mål nr 2504-10). I förevarande upphandling har Hansén självmant uppgett Agne Nilsson hos kommunen som referensperson, till synes utan att förvissa sig om vad denna skulle

lämna för betyg. Det står anbudsgivarna fritt att välja referensperson. In Hansén i förväg kontaktat respondenten hade bolaget kunnat försäkra sig om hans uppfattning.

Det är vidare inte anbudsgivaren själv som ska välja vilken bild av den som ska visas. Referenstagningen syftar till att fastställa om anbudsgivaren är lämplig för uppdraget. Om anbudsgiveren tillåts bearbeta och manipulera sina referenser skadar det konkurrensen och ger inte en rättvisande bild av anbudsgivaren. Den kontaktperson som Hansén angett som kommunens respondent har mot bakgrund av kommunens erfarenheter satt betyget ”undermåligt” (0) gällande två frågor. Detta har inneburit att Hanséns diskvalificerats eftersom förfrågningsunderlaget föreskriver att ett sådant omdöme leder till diskvalificering. Bolaget har inte diskvalificerats på oklara grunder.

En respondent måste inte motivera sina svar och det finns inget utrymme för den upphandlande myndigheten att varken inhämta eller beakta respondentens motiveringar till svaren i denna fas. Ett negativt omdöme måste inte styrkas på ett objektivt sätt. Det är inte den upphandlande myndighetens uppgift att utvärdera en respondents motivering i förhållande till det betyg respondenten satt på respektive fråga. Den upphandlande myndigheten måste i stället förlita sig på att respondenterna lämnar ärliga svar och inte framställer anbudsgivaren vare sig bättre eller sämre än den egna erfarenheten av anbudsgivaren. Vad Hansén uppfattat om sitt eget arbete för kommunen saknar helt betydelse.

Samtliga respondenter har fått svara på samma frågor, vilka i förväg varit fastställda och offentliggjorda i förfrågningsunderlaget. Kommunens egen referent har baserat sina svar på kommunens erfarenhet av anbudsgivarna.

Den upphandlande myndigheten har inte någon möjlighet att i efterhand kontrollera respondenternas svar eller att göra en ny referenstagning, vilket följer av likabehandlingsprincipen.

Hansén saknar helt grund för sitt påstående att kommunen avslutat det tidigare avtalet på grund av att det förekommit klagomål på utförandet under anbudstiden.

Kommunen har ansett att anbudsgivarens generella förmåga att utföra uppdraget varit så viktig att ett omdöme motsvarande ”Undermåligt” ska leda till diskvalificering.

Hansén har inte framfört några grunder som talar för att det konkurrensuppsökande skedet har skadats och det saknas därmed grund att göra om upphandlingen. Bolaget har vidare inte konkretiserat på vilket sätt det anser sig lida, eller riskera att lida skada och ansökan ska avslås redan på denna grund.

#### **Vad Hansén framför**

Utöver att kommunen avslutade avtalet med en konkurrerande anbudsgivare i förtid har ett flertal klagomål inkommit avseende att anbudsgivaren missat att utföra arbetet, inte utfört det i tid eller utfört det med bristande kvalitet. Trots det ger kommunen, genom sin referensperson, anbudsgivaren som lägst godkänd.

Kommunens referenspersoner måste behandla anbudsgivare med iakttagande av likabehandlingsprincipen. Att ge en anbudsgivare utan några kända klagomål och ingen skriftlig reklamation underkänt och därmed diskvalificera denne samtidigt som en anbudsgivare med flertal reklamationer

och där kommunen i förtid valt att avsluta avtalet godkänt strider uppenbart mot principen om likabehandling.

Kommunens referenspersoner har inte varit objektiva vid lämnandet av referenser. Kommunen har överhuvudtaget inte bemött på vilka grunder som kommunens egen referensperson gjort bedömningen att Hanséns utfört sitt uppdrag undermåligt. Det betyg kommunens referensperson gett bolaget avviker också från övriga lämnade betyg från andra referenter. Av såväl Luleå som Boden kommun erhöll Hansén högsta möjliga poäng. Kommunen måste objektivt kunna styrka att Hansén utfört sitt arbete undermåligt. Något sådant har inte presenterats av kommunen.

De anbudsgivare som utfört uppdrag åt kommunen har inte haft något alternativ utan har enligt obligatoriskt krav varit tvungna att uppge en referensperson som är anställd hos kommunen. Denna konstruktion av referenstagning har närmast gett kommunen fri prövningsrätt. Valfriheten som kommunen gör gällande är i princip obefintlig.

Vidare strider utvärderingsmodellen mot proportionalitetsprincipen. Enligt punkten 3.51 i förfrågningsunderlaget krävs att anbudsgivaren erhåller minst omdömet sju i snitt samt att betyget underkänt inte får ha lämnats i något enskilt fall. Modellen är inte proportionerlig då ett lågt delpoäng helt kan diskvalificera en anbudsgivare från upphandlingen utan att en sammanvägning av övriga delpoäng tillåts uppväga detta. Eftersom kommunen inte har kunnat presentera tillräckliga skäl som visar att kommunens referensperson var objektiv och beaktade likabehandlingsprincipen blir följden att kommunen genom sina egna och inte objektiva referenter kan utesluta anbudsgivare från deltagande i upphandlingen. En rimlig och proportionerlig konstruktion hade varit att ett visst medelvärde inte fick underskridas, vilket också ligger i linje med rättspraxis på området.

Modellen för hantering av referenser kan inte betraktas som lämplig, effektiv eller nödvändig vid beaktande av kommunens tidigare erfarenheter av anbudsgivare. Metoden är därför oproportionerlig.

Följden av kommunens överträdelse av likabehandlingsprincipen är att Hansén uppenbarligen lider, eller riskerar att lida skada då Hansén lämnade anbudet med lägst pris.

Hansén ger in protokoll från entreprenadmöte, reklamationer och referenser.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

I upphandlingsdokumentet punkt 3.51 anges följande. Anbudsgivaren ska ange minst tre referensprojekt. Om anbudsgivaren haft uppdrag för beställaren ska denne anges som en av referenserna. Referenstagningen kommer då att genomföras på samma sätt internt med den av anbudsgivaren angivna referenspersonen. Beställaren kommer att kontakta referenspersonerna och ställa frågor utifrån utvärderingsskalan ”Undermåligt” (0), ”Godkänt” (5) och ”Mycket bra” (10). Som kvalificeringskrav gäller att anbudsgivaren ska uppnå minst sju i snitt och inte får erhålla 0. Frågorna som kommer att ställas är:

1. Hur väl har arbetet utförts?
2. Hur väl har fastställda tider hållits?
3. Hur väl har samordning med pågående verksamhet fungerat?
4. Hur väl har kommunikationen fungerat med beställare, underentreprenör och verksamhet?
5. Hur väl har ekonomisk redovisning med mängder och timmar fungerat?

Av handlingarna i målet framgår att Hansén har angett kommunen som referens och att bolaget erhållit omdömet ”Undermåligt” på fråga ett och två av



den angivna referenspersonen hos kommunen samt att kommunen därför diskvalificerat anbudet.

Frågan i målet är om kravet i upphandlingsdokumentet om så kallade egna referenser är förenligt med LOU och om kommunen brutit mot LOU genom att diskvalificera Hanséns anbud.

Av 14 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantören ska vara kvalificerad avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet. Av 5 § samma kapitel framgår att ett sådant krav får innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard.

Enligt kammarrättspraxis är det möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser vid en prövning i kvalificeringsfasen av leverantörers tekniska och yrkesmässiga kapacitet. En sådan referenstagning måste dock framgå av förfrågningsunderlaget och ske på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna inte överträds (jfr t.ex. den nyligen givna domen från Kammarrätten i Stockholm den 8 mars 2018 i mål nr 9-18). Användning av egna referenser får dock inte ske på ett sätt som innebär att bestämmelserna i bl.a. 13 kap. 3 § 5 LOU kringgås.

Förvaltningsrätten anser att det inte framkommit annat än att referenstagningen skett på ett objektivt sätt. Det har vidare inte framkommit något som talar för att kommunen har använt kravet på egna referenser i syfte att kringgå bestämmelsen 13 kap. 3 § 5 eller någon annan bestämmelse i LOU i förhållande till Hansén. Vad Hansén har anfört angående att kommunen inte framfört anmärkningar mot bolaget under tidigare avtalsförhållande eller att den vinnande anbudsgivaren tidigare fått anmärkningar ändrar inte denna bedömning.

Vidare anser förvaltningsrätten inte att det aktuella kravet för kvalificering är oproportionerligt.

Hansén har inte heller i övrigt anfört något som visar att kommunens tillämpning av kravet på användande av egen referens har inneburit något överträdande av bestämmelserna i LOU.

Ansökan om överprövning ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1 C LOU (se bilaga).

Eva Beselin  
rådman

Carola Andersson har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövnings-tillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

*Forts. nästa sida*

## Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.