



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2019-07-11
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6426-18 E
6427-18 E

SÖKANDE

Eitech Electro AB, 556469-0732

Ombud: Advokat Pernilla Rasiwala
Advokatfirman Elici AB
Nora Strand 20
182 38 Danderyd

KONKURRENSVERKET	
2019 07 11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Kommunfastigheter i Knivsta AB, 556663-1577
2. Knivstabostäder AB, 556637-3444

Ombud för 1 och 2: Jur.kand. Amar Al Djaber
c/o Zian AB
Box 601
101 32 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 272548

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Smedsgränd 22

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Kommunfastigheter i Knivsta AB och Knivstabostäder AB (Fastighetsbolagen) genomför en ramavtalsupphandling avseende elarbeten och elservice, dnr 18/30. I tilldelningsbeslut den 8 oktober 2018 antogs anbud från andra leverantörer än Eitech Electro AB (bolaget).

Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt bedömningen av bolagets referensuppdrag avseende *Kommunfastigheter i Knivsta AB* görs om. Till stöd för sin ansökan anför bolaget bland annat följande.

Referensuppdrag skulle redovisas i anbudsgivarnas anbud på visst sätt och erhålla mervärde vid utvärderingen enligt följande beskrivning i AF.532.

Entreprenaderna ska ha levererats enligt beställarens förväntningar och fullgjorts i enlighet med uppställda krav. Beställaren kommer att kontrollera lämnade referensuppdrag och verifiera att uppdrag motsvarar ställda krav genom kontakt med angivna referenter. Referenspersoner ska vara vidtalade om att deras kontaktuppgifter används för denna upphandling.

Om uppdrag har utförts för Beställaren ska Kommunfastigheter i Knivsta AB eller Knivstabostäder AB anges i minst ett av referensuppdragen nedan.

Referenten ska besvara frågeformulär per e-post.

Referenterna ombeds att lämna en kvalitetsbedömning över hur väl denne bedömer att Entreprenören kommer att utföra byggentreprenader. Olika aspekter ska bedömas av respektive referent. Följande skala tillämpas:

- Instämmer helt (10 p)
- Instämmer i stort (7 p)
- Instämmer dock med mindre avvikelse (4 p)
- Instämmer dock med flera avvikelser (2 p)
- Instämmer inte alls (0 p)

Bolaget, som har haft ett uppdrag avseende elarbeten och elservice med Fastighetsbolagen i fyra års tid, angav i enlighet med kravet i AFB.532 det uppdraget som ett referensuppdrag och angav referenten B.N. som kontaktperson. B.N. är den person som har varit Fastighetsbolagens kontaktperson för utförandet av bolagets referensuppdrag.

Bolagets anbud fick mycket låg poäng vad gäller referensuppdraget. Efter tilldelningsbeslutet kontaktade bolaget referenten B.N. Bolaget har spelat in detta samtal. Av det inspelade telefonsamtalet framgår att B.N. är mycket förvånad över de poäng som bolaget har fått och att han menar att dessa är missvisande. B.N. förklarar vidare att det inte är hans bedömning av bolagets referensuppdrag som anges i tilldelningsbeslutet utan att det är andra personers bedömning. Det är mot denna bakgrund klart för bolaget att det inte kan vara B.N. som har skickat formuläret till upphandlingskonsulten. Alternativt så har poängen för bolagets kvalitet ändrats efter att B.N. skickade uppgifterna. Det går inte att förklara B.N:s förvåning över den bedömning som redovisas i tilldelningsbeslutet och skälen på annat sätt. Härtill framkommer tydligt av samtalet att det inte var B.N. som ville ha hjälp med vissa bedömningar av bolagets kvalitet utan att det var Fastighetsbolagen som ansåg att B.N. inte hade erfarenhet nog att besvara samtliga frågor i formuläret. Av samtalet framgår vidare att i vart fall två av de personer som har deltagit i bedömningen av bolagets anbud inte har någon kunskap om bolagets åberopade referensuppdrag eftersom de inte ens var anställda av Fastighetsbolagen vid tidpunkten för bolagets utförande av uppdraget.

Eventuella luckor i kunskap hos en referensperson får inte, om det inte står tydligt i upphandlingsdokumentationen, fyllas ut av en upphandlande myndighet genom att myndigheten frågar andra personer om deras erfarenhet av anbudsgivarens verksamhet. Genom att låta personer som saknar tillräckligt god kännedom om bolagets genomförda arbeten i

referensuppdraget bedöma kvaliteten i bolagets arbete har Fastighetsbolagen avvikit från vad som uttryckligen angavs i underlaget om att det var den angivna referenten som skulle kontaktas för referenstagning och bedömning av åberopat referensuppdrag. Fastighetsbolagen agerande har varken varit förutsebart eller likabehandlande.

Fastighetsbolagen har heller inte i övrigt förhållit sig till det referensuppdrag som bolaget har åberopat. Av samtalet mellan bolagets företrädare och B.N. framkommer tydligt att Fastighetsbolagen inhämtat och bedömt uppgifter om bolagets arbeten generellt. Fastighetsbolagen har således bedömt hur bolaget har utfört tidigare arbeten i allmänhet för Fastighetsbolagen. Det tycks därvid i det närmaste som att Fastighetsbolagen har bedömt bolaget som företag, istället för bolagets tjänster. Ett missnöje med bolaget som företag får inte påverka Fastighetsbolagens bedömning av bolagets anbud och däri offererad kvalitet. Synpunkter på hur ett företag som sådant agerar, är hänsyn som inte får tas vid bedömningen av ett anbud/offrerad tjänst. Den typen av hänsyn och beaktanden hör hemma i kvalificeringsfasen i en upphandling, vid prövningen av anbudsgivarna (se 13 kap. LOU). Om Fastighetsbolagen har tagit sådan hänsyn vid bedömningen av bolagets offererade kvalitet så är den hänsynen ovidkommande för upphandlingen.

Oavsett om det är bolaget som företag eller dess tidigare utförda uppdrag i allmänhet som har bedömts av Fastighetsbolagen vid utvärderingen så motsvarar Fastighetsbolagens genomförda bedömning inte den bedömning som skulle genomföras enligt AFB.532. Bolaget riskerar att lida skada av Fastighetsbolagens oförutsebara agerande vid referenstagningen. Telefonsamtalet med B.N. visar också att B.N. anser att bolagets referensuppdrag är värt högre poäng än vad som framgår av utvärderingsprotokollet av uppdraget har tilldelats. Det betyder att om B.N. hade fått utföra utvärderingen av bolagets referensuppdrag ensam och på det sätt som det angavs i

AFB.532 att han skulle göra, skulle bolaget ha fått högre poäng. Det hade givetvis påverkat utfallet i upphandlingen.

Fastighetsbolagen bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför bland annat följande.

Utvärderingen som tillämpades för upphandlingen är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och som grund har bästa förhållandet mellan pris och kvalitet tillämpats. Utöver pris har Fastighetsbolagen även tillämpat referenstagnung som utvärderingskriterium för att identifiera det bästa anbudet genom bedömning av entreprenörens arbetssätt. Vid genomförandet av upphandlingen har Fastighetsbolagen anlitat en oberoende upphandlingskonsult.

Egna referenser får nyttjas som utvärderingskriterium för bedömningen av entreprenörernas kvalitet vid utförande av kommande uppdrag, (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 25 juni 2018, mål nr 1047-18). Av upphandlingsdokumentet framgår vilka frågor som skulle ställas vid referenstagnungen och hur poängsättningen skulle göras av referenterna. Modellen har varit helt transparent. Utvärdering av entreprenörernas arbetssätt genom referensuppdrag omfattar enligt upphandlingen sju olika aspekter som ska bedömas av angivna referenter. Referenten har ombetts att lämna en kvalitetsbedömning över hur väl referenten bedömer att anbudsgivaren kommer att utföra kommande entreprenadarbeten. Referensbedömningen avser således inte redan utförda arbeten eller ett enskilt avslutat uppdrag utan har avsett entreprenörens arbetssätt inom efterfrågade aspekter. Frågorna som ställs i utvärderingen är kopplade till kommande entreprenader för att förhindra en sammanblandning av kvalificeringsfas och utvärderingsfas.

Efter att ansökan om överprövning gjorts har ombudet varit i kontakt med referenten B.N. för att utröna hur referenten ställer sig till bolagets ansökan. B.N. menar att bolaget återgivit samtalet på ett felaktigt sätt och att bolaget missuppfattat hans formuleringar. Inför referenstagningen har referenten tillsammans med andra personer i den egna organisationen gått igenom ställda frågor. Att referenstagningen har genomförts av en grupp hos referenten för bedömningen av en entreprenörs arbetsätt står inte i strid med upphandlingsunderlaget. Hur respektive referent eller referensorganisation har valt att besvara frågeformuläret är en omständighet som upphandlaren inte kan påverka. Angiven referent B.N. har skriftligen besvarat ställda frågor till upphandlingskonsulten som inte har haft anledning att ifrågasätta lämnade svar. Bedömningen som lämnats av B.N. återspeglar således dennes och Kommunfastigheter i Knivsta AB:s samlade bedömning av entreprenörens arbetsätt. B.N. har fyllt i poängen tillsammans med berörda funktioner i den egna organisationen och därefter skickat ifyllt frågeformulär på egen hand till upphandlingskonsulten. Samma förfarande har tillämpats för en annan entreprenör som också lämnat B.N. som referent. Referenten B.N. har meddelat att bedömningen av bolaget kvarstår oförändrad enligt vad som lämnats till upphandlingskonsulten. Detta innebär att om referenstagningen skulle göras om så som bolaget yrkat så skulle bolaget ändå få samma betyg.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om det finns sådana brister i upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada,

ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Förvaltningsrätten konstaterar att bolaget inte har invänt mot utformningen av referensbedömningen i sig eller haft invändningar mot de frågor som har ställts däri. Enligt förvaltningsrättens mening är det möjligt att, oavsett vilken typ av tjänst som upphandlas, i utvärderingsfasen använda referenser samt att utvärdera vilken yrkeserfarenhet och utbildning de personer som ska fullgöra kontraktet har så länge detta är ägnat åt att identifiera det anbud som har det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 25 jun i 2018, mål nr 1047-18).

I upphandlingen har ställts krav på att två referensuppdrag ska anges. Har entreprenör utfört relevant uppdrag åt beställaren ska detta vara ett av referensuppdragen. I utvärderingsfasen av upphandlingen ger referensuppdragen mervärde i enlighet med referents betygsättning av vissa kriterier. De bedömningsfrågor som i den aktuella upphandlingen har betygsatts får anses syfta till att bedöma hur väl den aktuella tjänsten kan komma att utföras. Förvaltningsrätten finner i denna del inte något skäl för ingripande enligt LOU.

Det förvaltningsrätten då har att pröva är om Fastighetsbolagens poängsättning och utvärdering i övrigt har skett i strid med någon av de grundläggande principerna i LOU.

Den bakomliggande tanken med att referenser ska lämnas vid anbud är att referenserna ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare har utfört liknande uppdrag. Avsikten är inte att leverantören själv ska kunna välja vilken bild av denne som ska visas. En generell möjlighet för Fastighetsbolagen att utvärdera och poängsätta leverantörer som tidigare har utfört uppdrag av liknande art för dem måste anses vara ett rimligt och proportionerligt ställt krav för att säkerställa att upphandlande myndighet kan utvärdera vilken tjänst som är ekonomiskt mest fördelaktig. En sådan referenstagning måste dock framgå av upphandlingsdokumentet och ske på ett objektivt sätt så att de grundläggande principerna inte överträds (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 8 mars 2018 i mål nr 9-18).

Enligt förvaltningsrättens uppfattning skulle det vara ett klart avsteg från LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om en upphandlande myndighet lade egna referenser till grund för utvärderingen i de fall myndigheten inte har någon tidigare relevant erfarenhet av anbudsgivaren att basera sin bedömning på. Detsamma gäller om upphandlande myndighet åberopade en viss erfarenhet av anbudsgivaren hämtat från ett sammanhang som inte täcks av förfrågningsunderlaget.

Bolaget har gjort gällande att den grupp som bedömt bolaget har bestått av flera personer vilka saknar närmare kännedom om bolagets genomförande av tidigare uppdrag. Bolaget har härvid hänvisat till ett telefonsamtal som spelats in med den av bolaget angivna referenspersonen B.N. där denne huvudsakligen fransäger sig ensamt ansvar för betygsättningen. Fastighetsbolagen har inte närmare bemött påståendet att andra personer utan kunskap bedömt bolaget men anfört att B.N, även efter det att ansökan om överprövning gjorts, uppgett att lämnat betygen vidhålls. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte har framkommit annat än att detta uttalande från B.N. har skett efter det att bolaget spelat in telefonsamtalet med honom. Bolaget har inte anfört något som talar emot Fastighetsbolagens påstående att B.N.

står fast vid sin betygsättning. Vad som framkommit i det inspelade telefonsamtalet medför ingen annan bedömning då B.N. enligt förvaltningsrätten inte kan sägas ge ett tydligt uttryck för att betygsättningen skulle vara felaktig. Då det inte framkommit att B.N. vetat om att han spelades in går det heller inte att spekulera om vilka bevekelsegrunder han haft för att inte vilja tillstå eget ansvar för betygsättningen. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte visats annat än att det lämnade betyget avspeglar den referensgivande organisationens uppfattning och därmed också kan ligga till grund för utvärderingen. Inte heller har det visats att den referensgivande organisationen på så sätt som bolaget gjort gällande har tagit otillbörliga hänsyn vid sin betygssättning. Omständigheten att poängsättningen varit ofördelaktig för bolaget medför ingen annan bedömning, särskilt som skillnaden mellan den poäng bolaget fick och den poäng det andra av B.N. betygssatta referensuppdraget fick visserligen är betydlig, men inte anmärkningsvärd. Det är inte visat att bolaget blivit otillbörligt betygssatt på ett sådant sätt att det innebär en överträdelse av någon av de grundläggande principerna i LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Sven Hogebrandt
förvaltningsrättsfiskal

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårs-afton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

