



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 1

DOM
 2010-05-19
 Meddelad i
 Göteborg

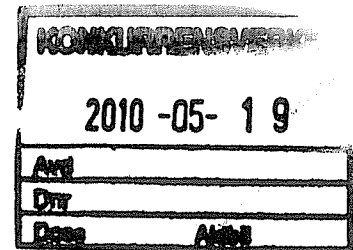
Mål nr
 7767-10 E
 Enhet 1:1

SÖKANDE

Primär Fastighetsförvaltning AB
 Frihamnen 4
 417 55 Göteborg

Ombud:

Advokaterna Tomas Setterberg och Roger Wier
 Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
 Box 11235
 404 25 Göteborg



MOTPART

Kungälvbostäder
 Box 698
 442 18 Kungälv

Ombud:

Advokaten Roland Adrell och jur.kand. Erik Lindskog
 Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
 Kungstorget 2
 411 17 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 15 februari 2010 upphör
 därmed att gälla.

Dok.Id 8148

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		

BAKGRUND

Kungälvsbostäder har genomfört en upphandling av "Driftentreprenad 2010 -- Byggnader och installationer". Av tilldelningsbeslutet den 5 februari 2010 framgår att annan än sökandebolaget Primär Fastighetsförvaltning AB (bolaget) vann upphandlingen.

YRKANDEN M.M.*Primär Fastighetsförvaltning AB*

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget yrkar därutöver att förvaltningsrätten interimistiskt ska förordna att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Bolaget anför i huvudsak följande.

Referenser

I förfrågningsunderlaget anges att om leverantören har haft tidigare uppdrag hos Kungälvsbostäder ska de redovisas som en av tre begärda referenser, oavsett om det är en positiv eller negativ referens. Förfarandet ger Kungälvsbostäder möjlighet att godtyckligt styra upphandlingen dit de finner lämpligast, och därmed ett oacceptabelt stort utrymme för en skönsmässig bedömning. Detta har Kungälvsbostäder dessutom utnyttjat genom att ge bolaget dåliga betyg, vilket blir särskilt tydligt vid jämförelse med bolagets andra referenser. Förfarandet står i strid med principerna om transparens och likabehandling. Om bolaget fått betyg av normalgraden hade bolaget vunnit upphandlingen.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 3
7767-10 E

Referenserna i mål nr 788-09 avsåg kvalificeringsfasen, och inte som i nu aktuellt mål, utvärderingsfasen. Det kan inte anses förenligt med LOU att den upphandlande myndigheten använder den egna organisationen som referens för poängsättning i utvärderingsfasen. Aktuellt skakrav träffar dessutom endast vissa leverantörer, dvs. de som har utfört uppdrag åt Kungälvsbostäder. Poängsättningen kan därför inte anses ha skett på ett objektivt godtagbart sätt och strider därmed mot likabehandlingsprincipen.

Samtliga frågor som ställts till referenserna är hänförliga till anbudsgivarnas kvalifikationer och inte till föremålet för kontraktet. Anbudsutvärderingen har därigenom påverkats av ovidkommande hänsyn och strider därför mot kravet på bl.a. affärsmässighet (se Kamunarrättens i Stockholm avgörande, mål nr 5512-08). Kungälvsbostäder har därmed, i strid med LOU, sammanblandat kvalificeringskrav och utvärderingskriterier.

Sammanblandningen av kriterier hänförliga till kvalificerings- och utvärderingsfasen stärker intrycket av att Kungälvsbostäder syftar till att undvika bolaget som avtalspart och visar, tillsammans med att de använt egna referenser, på Kungälvsbostäders godtyckliga förfarande. Kungälvsbostäder har också valt att använda olika referenspersoner inom den egna organisationen för att poängsätta bolaget, vilket styrker uppfattningen att utvärderingen har skett selektivt.

Utvärderingsmetod

Det finns motstridiga uppgifter i förfrågningsunderlaget avseende utvärderingsmetoden för "Organisationen för entreprenaden". I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare med flest antal heltidsanställda personer inom vissa uppräknade yrkeskategorier inom sin minimiorganisation får tio poäng för uppdraget. Kungälvsbostäder har

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

genom PM nr 1 reviderat hur fördelningen av poäng kommer att ske till övriga anbudsgivare. Det anger att poängfördelningen kommer att ske genom att antal heltidsanställda personer i deras *respektive yrkesgrupp* divideras med antalet heltidsanställda personer i den *största yrkeskategorin bland inkomna anbud*. I promemorian finns även ett räkneexempel, som förefaller visa att poängfördelningen ska ske genom att dividera antal heltidsanställda i *respektive yrkeskategori* med antalet heltidsanställda i *den största yrkeskategorin i respektive yrkeskategori*. Det senare har också tillämpats som metod vid fördelningen av poäng till leverantörer som inte hade flest anställda i en yrkeskategori.

Bolaget har utgått från att texten har företräde framför räkneexemplet, vilket även överensstämmer med punkten UF i förfrågningsunderlaget, och den där under angivna pyramidregeln. Pyramidregeln måste förstås på så sätt att om det finns motstridiga uppgifter, har den uppgift som är angiven högre upp i förfrågningsunderlaget företräde. Räkneexemplet, som endast syftar till att konkretisera en metod, kan inte ges en normerande verkan, utan det är ordalydelsen av UF3.52 som har företräde. Om bolaget vetat om att inte ordalydelsen skulle ges företräde, hade bolaget offererat ett annat antal i respektive yrkeskategori, eftersom det då hade varit av vikt att få med så många som möjligt i respektive yrkeskategori och inte så många som möjligt i en enda yrkeskategori. Om Kungälvsbostäder hade fördelat poängen enligt ordalydelsen i förfrågningsunderlaget, hade bolaget vunnit upphandlingen. Utvärderingen måste därför göras om genom att anbudsutvärdering genomförs i enlighet med den metod som anges i förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget framgår inte vad Kungälvsbostäder tillmäter särskild betydelse, särskilt då hur utvärderingsmetoden ska tillämpas. Detta har lett till upphandlingen inte har konkurrensutsatts på ett korrekt sätt och därför måste göras om.

Kungälvsbostäder

Kungälvsbostäder yrkar att ansökan avslås. Därutöver yrkas muntlig förhandling i målet. Kungälvsbostäder anför i huvudsak följande.

Referenser

Kravet på att anbudsgivaren ska redovisa Kungälvsbostäder som referens är uppställt med anledning av att de vid utvärderingen vill kunna använda sig av egna erfarenheter av leverantörerna, när sådana finns. Kravet, som är tydligt formulerat i förfrågningsunderlaget, får anses vara en naturlig del i en affärsmissigt genomförd upphandling. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 1 juni 2009, mål nr 788-09, angett att inget hindrar att en upphandlande myndighet använder egen referenstagnning så länge det framgår av förfrågningsunderlaget och görs på ett objektivt godtagbart sätt.

Av förfrågningsunderlaget framgår vilka frågor som skulle ställas vid referenstagnningen och hur poängsättningen skulle göras. Leverantörerna har därigenom haft en möjlighet att bedöma hur referenstagnningen skulle komma att utfalla, exempelvis genom att själva ställa de aktuella frågorna till de angivna referenserna. Av anbudsutvärderingen framgår att bolaget har fått goda vitsord, bl.a. avseende hur bolaget har uppfyllt kontraktssenliga miljökrav. Kungälvsbostäder har ansträngt sig för att göra en så objektiv bedömning av bolaget som möjligt. Även andra anbudsgivare har fått förhållandevis låga betyg av några av sina referenser. Det finns inte heller någon "normalpoäng" som en anbudsgivare kan räkna med att få. Att bolaget på ett flertal frågor fått låga betyg av Kungälvsbostäder har sin grund i att bolaget inte har utfört tidigare uppdrag på ett acceptabelt sätt. De motsvarar även det missnöje med bolagets tjänster som Kungälvsbostäders hyresgäster gett uttryck för. Förfrågningsunderlaget tillåter Kungälvsbostäder att inhämta referenser

från uppdrag som inte angivits av leverantörerna. En leverantör som har gjort ett dåligt arbete riskerar därmed att få "negativa" omdömen, oavsett om den tillfrågade uppdragsgivaren har angetts som referens eller inte.

Frågorna i nu aktuell upphandling har uteslutande syftat till att utröna innehållet och kvalitén i den erbjudna tjänsten, i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Leverantörernas kapacitet eller erfarenheter har inte berörts av frågorna (jfr EG-domstolens avgörande C-532/06 Lianakis).

Utvärderingsmetod

Enligt förfrågningsunderlagets PM nr 1 ska en jämförelse med "den största yrkeskategorin bland inkomna anbud" göras. Skrivningen är lätt att missförstå om den lyfts ur sitt sammanhang. Upphandlingen och dess uppdelning avseende organisation bygger på tanken att helt olika yrkeskategorier inte ska jämföras med varandra. Den enda rimliga tolkningen av skrivningen är att en jämförelse ska göras med antalet heltidsanställda *personer i en yrkeskategori* med det högsta antalet heltidsanställda *personer i den aktuella yrkeskategorin*, bland inkomna anbud.

Härtill kommer att det i PM nr 1 redovisade räkneexemplet undanröjer eventuella tvivel om hur skrivningen ska tolkas. Det är inte korrekt att skrivningen skulle ha företräde framför räkneexemplet. Räkneexemplet förtydligar vad som avses och är en integrerad del av den reviderade utvärderingsmetoden. Pyramidregeln, innebärande att det som föreskrivs under en kod och rubrik på högre nivå gäller för samtliga underordnade koder och rubriker, om inte annat är angivet under dessa, är inte tillämplig i sammanhanget. Räkneexemplet och skrivningen är under samma rubrik

och inget som anges under en högre rubrik förändrar den enda rimliga tolkningen av hur prövningen kommer att gå till.

Vissa mindre ofullständigheter i förfrågningsunderlag måste godtas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (se Regeringsrättens avgörande RÅ 2002 ref. 50). Även om förfrågningsunderlaget bedöms ha vissa brister kan dessa inte anses vara av så pass allvarlig art att kraven på likabehandling och transparens i LOU har åsidosatts.

Förvaltningsrätten har den 15 februari 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Förvaltningsrätten har den 6 maj 2010 på Kungälvsbostäders begäran hållit muntlig förhandling.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 8
7767-10 E

fallet 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.

Parterna har i samband med den muntliga förhandlingen anfört i huvudsak följande.

Bolaget. Kravet att uppge Kungälvsbostäder som referens är ett skakrav, och träffar därför inte samtliga leverantörer.

Vad avser utvärderingsmetoden så kan förfrågningsunderlaget tolkas på olika sätt. Texten bör ha företräde framför räkneexemplet. Bolaget anpassade sitt anbud utifrån förfrågningsunderlagets ordalydelse i syfte att bolagets anbud skulle vara det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet.

Kungälvsbostäder. Av förfrågningsunderlaget framgår att referenser som motsvarar liknande uppdrag ska anges. Det har stått bolaget fritt att kontakta sina referenser så att de var införstådda med vad som efterfrågades. För att tillgodose objektiviteten, om det skulle behövas, har i förfrågningsunderlaget en öppning gjorts för att vid behov kunna komplettera referenstagningen för samtliga anbudsgivare med ytterligare referenser. Dock har detta inte behövts.

Övriga anbudsgivare har uppfattat förfrågningsunderlaget på så sätt att poängfördelningen till övriga anbudsgivare skulle ske genom att dividera antalet heltidsanställda i respektive yrkeskategori med antalet heltidsanställda i den största yrkeskategorin i "respektive yrkeskategori", så att var och en av grupperna i minimiorganisationen utvärderades.

*Förvaltningsrättens bedömning*Referenser

Bolaget har gjort gällande att Kungälvsbostäder sammanblandat kvalificerings- och utvärderingskriterier på ett sätt som strider mot LOU. De frågor som har ställts till referenserna avseende Yttre miljö har gällt hur väl entreprenören har uppfyllt kontraktensliga miljö- och kvalitetskrav, hur redovisning av avtalad rapportering/egenkontroll har skötts, om avtalade inställelsetider har hållits vid felanmälan och akuta insatser, och om entreprenören har uppfyllt avtalade krav på organisation och personal, avseende kvalifikationer och genomförande av uppdragen. Med hänsyn till frågornas art, vilka inte kan anses avse leverantörens allmänna kapacitet, anser förvaltningsrätten inte att någon sammanblandning har skett av kvalificerings- och utvärderingskriterier, utan att de får anses syfta till att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras, och därigenom även till att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att bolaget inte kan bortse från Kungälvsbostäder som referens om det har anlåtats av dem i tidigare uppdrag. Förvaltningsrätten anser inte att det finns hinder mot att använda egna referenser i utvärderingsfasen, så länge de används på ett förutsebart och objektivt sätt. Annat framgår inte än att referenspersonerna fått svara på ett antal och på förhand fastställda frågor, vilka skulle poängsättas med poängen 1 till 5, där varje poäng motsvarats av en bedömning som grundar sig i hur de uppfattat leverantörens insats. Vid sådant förhållande kan inte anses att Kungälvsbostäder brutit mot de krav på likabehandling som ställs i LOU. Såvitt framgår finns inte något som talar för att bolaget erhållit onormalt låga poäng av Kungälvsbostäder.

Utvärderingsmetod

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare med flest antal heltidsanställda personer inom vissa uppräknade yrkeskategorier inom sin minimiorganisation erhåller tio poäng för uppdraget. Vidare anges i förfrågningsunderlagets PM nr 1 att poängfördelningen till övriga anbudsgivare kommer att ske genom att antal heltidsanställda personer i deras respektive yrkesgrupp divideras med antalet heltidsanställda personer i den största yrkeskategorin bland inkomna anbud. I räkneexemplet i samma promemoria, och i senare gjord utvärdering, har poängfördelningen till övriga anbudsgivare skett genom att antal heltidsanställda personer i deras respektive yrkesgrupp divideras med högsta antal heltidsanställda bland inkomna anbud, inom respektive yrkeskategori.

Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller kan inte i alla delar utformas optimalt, utan får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när. Av det allmänna karvet på transparens följer att anbudsgivarna ska kunna utforma sina anbud på ett sådant sätt att de är så konkurrenskraftiga som möjligt utifrån de i förfrågningsunderlaget givna förutsättningarna.

Det angivna räkneexemplet i förfrågningsunderlagets PM nr 1 är inte helt i överensstämmelse med den metod som angetts enligt promemorians ordalydelse. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid att för att lämna det mest konkurrenskraftiga anbudet det var av vikt att i varje yrkeskategori lämna ett högt antal heltidsanställda. Således får av förfrågningsunderlaget anses framgå vad Kungälvsbostäder tillmäter särskild betydelse i denna del. Med hänsyn härtill och då utvärderingen ändå får anses ha skett i nära anslutning till vad som framgår av förfrågningsunderlaget får gjord utvärdering anses godtagbar.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 11
7767-10 E

Sammanfattningsvis har bolaget därmed inte visat att upphandlingen har innehållit sådana brister att det finns skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Olle Holmstedt

Föredragande har varit Henny Johansson.



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.