



RÄTTEN

Kammarrättslagmannen Birgitta Pettersson, ordförande
Kammarrättsrådet Birgitta Henriksson, referent *BH*

FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE
Kammarrättsfiskalen Johan Westlund

KLAGANDE

Burlövs bostäder AB, 556535-5483
Box 103
232 22 Arlov

Ombud: Anne-Christine Ehn
Husbyggnadsvaror HBV Förening
Box 42059
126 13 Stockholm

MOTPART

Stoby Måleri AB, 556128-9744
Okvägen 6
Gäddastorp
281 51 Hässleholm

Ombud: Advokat Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 10 november 2011 i mål nr 9143-11

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; fråga om
prövningstillstånd

Målet föredras, varefter kammarrätten fattar följande

KONKURRENSVERKET	
2011-12-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BESLUT

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS BESLUT

Det överklagade avgörandet får prövas av kammarrätten bara om kammarrätten har meddelat prövningstillstånd. Vad som krävs för att få prövningstillstånd framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (SFS 1971:291).

Prövningstillstånd får meddelas endast

- om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av kammarrätten (prejudikatdispens)
- om anledning förekommer till ändring av förvaltningsrättens avgörande (ändringsdispens) eller
- om det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinär dispens).

Kammarrätten har gått igenom allt material som kommit in hit och det som tidigare instanser haft tillgång till.

Kammarrätten har kommit fram till att det inte finns skäl att meddela prövningstillstånd i detta fall.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1)



Johan Westlund

Protokollet uppvisat och beslutet meddelat

2011 -12- 19





FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2011 -11- 10
Meddelad i
Malmö

Mål nr
9143-11 E

SÖKANDE

Stoby Måleri AB, 556128-9744
Okvägen 6, Gäddastorp
281 51 Hässleholm

Ombud: Advokat Nicklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Burlövs Bostäder AB
Box 103
232 22 Arlöv

Ombud: Anne-Christine Ehn
Husbyggnadsvaror HBV Förening
Box 42059
126 13 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Burlövs Bostäder AB:s upphandling av ramavtal avseende måleriarbeten får inte avslutas förrän rättelse vidtagits genom en ny utvärdering där Burlövs Bostäder AB inte får beakta sin egen referens vad gäller Stoby Måleri AB:s anbud.

Dok.Id 83320

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 4522 203 20 Malmö	Kalendegatan 6	040-35 35 00 E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se	040-97 24 90	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Burlövs Bostäder AB (Burlövs Bostäder) genomför en upphandling av ramavtal avseende måleriarbeten. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har Lennart Örnmark målerifirma i Malmö AB placerat sig på en första plats och Stoby Måleri AB på en andra plats.

Stoby Måleri AB (Stoby) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering görs varvid poäng från de av Stobys åberopade referenser beaktas. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingskriterierna är totalpris och arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag. Arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag ska enligt förfrågningsunderlaget bedömas utifrån referenser vilka ska kontaktas och få svara på frågor angående uppdragets genomförande i fem delkategorier. Burlövs Bostäder förbehåller sig rätten att byta ut valfri angiven referens till egen i de fall beställaren har tidigare erfarenhet av entreprenören.

I Stobys anbud har Anders Lundquist angivits som platschef/arbetsledare. Vidare har två referenser lämnats avseende Anders Lundquists förmåga att genomföra tidigare entreprenaduppdrag; Eslövs Bostads AB och Lunds Kommuns Fastighets AB. Av utvärderingen framgår att en av Stobys referenser har ersatts av Burlövs Bostäders s.k. egenreferens. Denna referens har gett Stobys arbetsledare sämsta betyg och bedömt tidigare utförande av entreprenader som ”dåligt” i samtliga delkategorier.

Den av Stoby angivna personen, Anders Lundquist, har varken varit arbetsledare för någon tidigare målerientreprenad för Burlövs Bostäder eller haft någon operativ roll i något projekt för Burlövs Bostäder. Stoby har över

huvud taget inte tidigare haft någon avtalsrelation med Burlövs Bostäder. Det saknas således förutsättningar för Burlövs Bostäder att ersätta den av Stoby angivna referensen med en egenreferens eftersom man inte har tidigare erfarenhet av entreprenören. För att över huvud taget kunna lämna referens förutsätts att referenten har erfarenhet av anbudsgivaren eller av anbudsgivaren angiven person i fråga om arbeten som motsvarar det som upphandlas. I annat fall utvärderas inte anbudsgivarens förmåga att utföra efterfrågade arbeten. Burlövs Bostäders eventuella uppfattning i övrigt om den av Stoby angivna personen saknar all koppling till det som upphandlas och saknar helt betydelse för utvärderingen. Burlövs Bostäders förfarande i fråga om referensupptagning är i strid med LOU och principerna om transparens och likabehandling. Stoby har erhållit väsentligt sämre resultat i utvärderingen än vad fallet hade varit om den riktiga referensen använts i utvärderingen. Stoby har lidit skada då man vid en korrekt genomförd utvärdering hade rangordnats som nummer ett bland antagna leverantörer.

Burlövs Bostäder bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Stoby har angivit två referenser som har kontaktats och av vilka man har erhållit goda omdömen men i enlighet med förfrågningsunderlaget kan Burlövs Bostäder byta ut valfri referens till egenreferens i de fall tidigare erfarenhet av leverantören och dess arbetsledare/platschef finns.

Burlövs Bostäders nuvarande ramavtal är tecknat med Lindbergs Måleri i Lomma AB (Lindbergs Måleri). Under ramavtalets löptid har dock bolaget köpts upp av Stoby som därmed är moderbolag för Lindbergs Måleri. Avtalsrättsliga tvister som uppdragats under ramavtalets löptid har diskuterats och lösts av Stoby. Den av Stoby angivna arbetsledaren har vid ett flertal tillfällen lämnat offerter på måleriarbeten i gällande ramavtal. Det är således inte korrekt att Burlövs Bostäder saknar affärsmässiga relationer och kopplingar med angiven arbetsledare. Burlövs Bostäder anser sig därmed ha stöd för att byta ut den av Stoby angivna referensen mot egenreferens.

Burlövs Bostäder har mycket dåliga erfarenheter av bolaget med arbeten som varit undermåligt utförda vilket resulterat i höga kostnader för att åtgärda dessa arbeten m.m., vilket medfört ytterligare högre kostnader än vad som borde varit brukligt. Det är klarlagt att man har lidit skada och det har Stoby erkänt och därefter genomfört kostnadsregleringar. Mot bakgrund härav är det inte märkligt att Burlövs Bostäder anser att deras referenser ska beaktas då det är högst sannolikt att Stoby kommer att bemanna ramavtalet med personal från Lindbergs Måleri. En rättstillämpning av detta slag skulle resultera i den högst ogynnsamma situationen att Stoby erhåller ett ramavtal som tilldelas huvuddelen av förekommande uppdrag men som Burlövs Bostäder inte har förtroende för att kunna utföra uppdragen på ett tillfredsställande sätt.

Stoby har vidare anfört bl.a. följande. Burlövs Bostäder vidgår att bolaget aldrig haft något avtalsförhållande med Stoby, varför redan av den anledningen förutsättningar saknats för Burlövs Bostäder att använda sig av egenreferens. Under pågående ramavtals löptid har Stoby förvärvat aktierna i Lindbergs Måleri. Efter förvärvet blev Stoby uppmärksam på avtalsrättsliga tvister mellan Burlövs Bostäder och Lindbergs Måleri vilka löstes med hjälp av Stoby. Dessa omständigheter saknar dock helt betydelse för förevarande upphandling. Stoby har inte tidigare utfört måleriarbeten för Burlövs Bostäder. Det som ska utvärderas är arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag. Huruvida Stoby äger aktier i Lindbergs Måleri saknar relevans.

Det är den angivna arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag som ska utvärderas genom referenstagning avseende denna persons tidigare genomförda entreprenaduppdrag. Anders Lundquist har i egenskap av firmatecknare för Lindbergs Måleri lämnat offerter på måleriarbeten i gällande ramavtal. Han har dock aldrig haft en operativ roll i utförande av målerientreprenader vilket är den förmåga som ska utvärderas. Anders

Lundquist har aldrig genomfört någon entreprenad för Burlövs Bostäder. Burlövs Bostäder har således ingen tidigare erfarenhet av Anders Lundquists genomförande av målerientreprenader. Burlövs Bostäder har därför ingen möjlighet att ersätta de av Stoby angivna referenser med s.k. egenreferens. Man synes göra gällande att endast det faktum att Stoby äger Lindbergs Måleri är tillräckligt för att Burlövs Bostäder ska anses ha tidigare erfarenhet av Stoby och dess arbetsledares förmåga att genomföra målerientreprenader. De ”dåliga erfarenheter” av Lindbergs Måleri som Burlövs Bostäder redogör för saknar under alla omständigheter betydelse då de inte avser de kriterier som ska utvärderas enligt förfrågningsunderlaget.

Burlövs Bostäder har vidare anfört bl.a. följande. Angiven arbetsledare har varit operativ arbetsledare och kontaktperson under tidigare ramavtals löptid. Detta kan styrkas med e-postkorrespondens samt kontaktlista till tidigare utförda arbeten. Den familjära tonen i e-postmeddelanden härrör inte från någon som endast har till uppgift att lämna offerter utan tyder på en långvarig yrkesmässig relation. Man har även genomfört ett flertal möten med angiven arbetsledare. Vidare finns angiven arbetsledare som fakturareferens på ett flertal fakturor. Det är således inte korrekt att Burlövs Bostäder inte tidigare haft kontakt med och erfarenheter av angiven arbetsledare. De mycket dåliga erfarenheter av Lindbergs Måleri hänför sig inte bara till ekonomiska oegentligheter utan även till arbeten som varit undermåligt utförda, arbeten som inte utförts i tid enligt gällande avrop och undermålig kompetens hos utförande personal. Diskussioner om detta har förts med angiven arbetsledare vilket ytterligare styrker att Burlövs Bostäder har erfarenhet av angiven arbetsledare. Samtliga frågor i utvärderingen hänför sig till arbetsledarens förmåga att utföra och genomföra entreprenaduppdrag och med ovanstående erfarenheter kan Burlövs Bostäder inte annat än anse sig ha erforderlig kännedom om arbetsledarens förmåga.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU (i här tillämplig lydelse före den 1 november 2011) kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I det aktuella förfrågningsunderlaget anges i punkt AFB.52 *Värderingsgrunder vid prövning av anbud* att utvärderingskriterier är totalpris och arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag. Arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag kommer att bedömas utifrån referenser. Referenser kommer att kontaktas och få svara på frågor angående uppdragets genomförande; förmåga att kunna utföra uppdrag snabbt, förmåga att kunna utföra ändrings- och tilläggsarbeten snabbt, hålla överenskomna tider, administrativa resurser och bemötande/tillgänglighet. Referenser ska bestå av namngivna personer hos Beställare på platschefens två senast genomförda likvärdiga projekt med avseende på omfattning och komplexitet. Beställaren förbehåller sig rätten att byta ut valfri angiven referens till egen i de fall beställaren har tidigare erfarenhet av entreprenören.

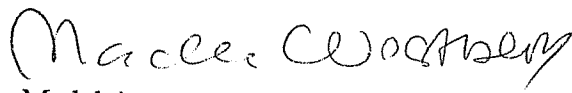
Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det är arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag som ska utvärderas. Vidare framgår det att Burlövs Bostäder förbehåller sig rätten att byta ut valfri angiven referens till egen referens i de fall Burlövs Bostäder har tidigare erfarenhet av entreprenören. Oavsett innebörden av ordalydelsen beträffande det sist nämnda ger, enligt förvaltningsrätten, en tolkning att Burlövs Bostäder skulle ha möjlighet att byta ut en referens om Burlövs Bostäder har tidigare erfarenhet av arbetsledaren, under alla förhållande inte Burlövs Bostäder rätt att utvärdera Lindbergs Måleri utifrån erfarenheter av det bolaget som sådant. Det är arbetsledarens förmåga att genomföra entreprenaduppdrag som ska utvärderas. För det fall att en referens byts ut är det förvaltningsrättens uppfattning att samma förutsättningar ska gälla som vid utvärderingen av de angivna referenserna, d.v.s. Burlövs Bostäders egen referens ska svara på samma frågor och ange poäng för respektive fråga avseende arbetsledarens förmåga att genomföra uppdraget.

Frågan är då om Anders Lundquist har varit arbetsledare för något uppdrag för Burlövs Bostäder. Stoby har anfört att Anders Lundquist aldrig har varit arbetsledare eller haft en operativ roll i någon tidigare målerientreprenad för Burlövs Bostäder. Burlövs Bostäder har bl.a. invänt att den angivna arbetsledaren vid ett flertal tillfällen har lämnat offerter, varit kontaktperson under tidigare ramavtals löptid och att den familjära tonen i e-postmeddelanden inte härrör från någon som endast har till uppgift att lämna offerter utan tyder på en långvarig yrkesmässig relation. Enligt förvaltningsrättens mening innebär den omständigheten att en person lämnat offerter eller på annat sätt varit delaktig i utförandet av en målerientreprenad inte att han eller hon är att likställa med att vara arbetsledare/platschef. Det är därmed inte bevisat att Anders Lundquist har varit arbetsledare, i ett likvärdigt projekt med avseende på omfattning och komplexitet, för Bur-

lövs Bostäder. Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att Burlövs Bostäder, genom att byta ut den av Stoby angivna referensen till en egen referens på det sätt som gjorts i upphandlingen, inte har följt förfrågningsunderlaget. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras utan att Burlövs Bostäder får beakta sin egen referens.

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



Madeleine Westberg

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska 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 ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.