



SÖKANDE

Vaksala Måleri AB, 556694-0234

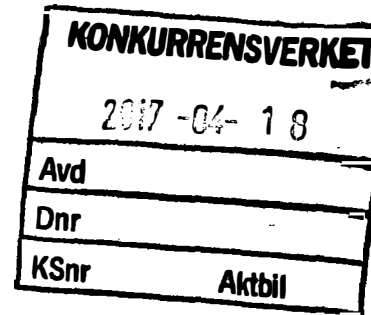
Ombud: Advokat Hampus Ek
Foyen Advokatfirma KB
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Uppsala kommun
753 75 Uppsala

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om ingripande enligt LOU och beslutar att Uppsala kommuns upphandling avseende ramavtal för målningsarbeten inom Uppsala kommun, dnr KSN-2016-1932, ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Uppsala kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende ramavtal för målningsarbeten inom Uppsala kommun, dnr KSN-2016-1932. I tilldelningsbeslut den 19 december 2016 har andra anbudsgivare än Vaksala Måleri AB (bolaget) antagits

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. I upphandlingen användes en utvärderingsmodell där priset justerades med ett mervärde för referenser. Kommunen förbehöll sig rätten att använda egen referens i de fall anbudsgivaren utfört uppdrag åt kommunen tidigare.

Referenterna skulle vidare svara på följande frågor.

Fråga 1: Har dialogen och den administrativa hanteringen (gällande t ex fakturering och besiktning) fungerat bra med aktuell anbudsgivare?

Fråga 2: Har aktuell anbudsgivare utfört uppdrag enligt beställning (utan anmärkningar som lett till att utförda arbeten måste ändras, korrigeras eller göras om) och i rätt tid?

Kommunen satte ett prisavdrag på 50 000 kr per fråga som besvarats med ett "ja" och belastade anbudspriset med 25 000 kr per fråga där svaret i stället varit "nej".

Bolaget lämnade anbud i enlighet med förfrågningsunderlaget med ett anbudspris om 252 362 kr. Av den sammanställning över anbud som bifogats tilldelningsbeslut framgår att bolagets anbud innehållit lägsta anbudspris. Av samma sammanställning framgår också att bolaget för sina två referenser fått två ja respektive två nej och därmed fått ett mervärde om 100 000 - 50 000 = 50 000 kr. Den belastande delen om 50 000 kr kom uteslutande från kommunens egen referens som alltså svarat nej på båda frågorna.

Bolaget har arbetat med kommunen och den angivna referenspersonen [REDACTED] [REDACTED] i fyra år och under denna tid har bolaget aldrig fått ta emot klagomål eller varit i annan dispyt med referenten. Bolaget tolkar det som nu skett som att kommunen medvetet försöker straffa bolaget för att bolaget under förra ramavtalstiden drev ett skadeståndsmål i anledning av att man inte ansåg att man fick del av sådana avrop som avtalet angav. Bolaget har från kommunen begärt ut e-postkorrespondens hänförlig till berörda tjänstemän. Korrespondensen synes visa att den av bolagets angivne [REDACTED] [REDACTED] aldrig tillfrågats som referensperson.

Med frågor som endast ska besvaras med ja eller nej och som härtill blir direkt utslagsgivaren för upphandlingens resultat har kommunen dessutom skaffat sig ett alldeles för stort utrymme av godtycke. Kommunen har med denna modell kunnat bestämma sig för att man inte vill arbeta med bolaget utan att någon annan anledning finns än att man inte tycker om bolaget. Detta överensstämmer inte med likabehandlingsprincipen och inte heller med transparensprincipen. En upphandlande myndighet får använda sig av egna referenser under förutsättning att detta sker på ett objektivt godtagbart sätt så att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens inte sätts ur spel. I transparens hänseende är problemet det att kommunen på sin egen fråga endast behöver svara nej utan att ens ange skälen till detta missnöje som härtill inte heller har påtalats tidigare. Detta är inte en tillfredsställande ordning eftersom den upphandlande myndigheten då ges i princip fri prövningsrätt i förhållande till anbudsgivare som ska behandlas lika.

Vidare måste ett utvärderingskriterium vara kopplat till föremålet för kontraktet. Så kan vara fallet med referenser när sådana gäller exempelvis nyckelpersoner i en platsorganisation. Detta följer också av EU-domstolens avgörande Lianakis (mål C-532/06). EU-domstolen uttalade i målet att man

inte får utvärdera omständigheter som huvudsakligen är hänförliga leverantörens allmänna förmåga att utföra uppdraget på ett bra sätt eftersom sådana omständigheter är hänförliga till kvalificeringen av leverantörerna. Utvärderingskriterier måste i stället vara kopplade till att bedöma mervärden i anbudet, det vill säga hur anbudsgivaren avser att utföra just det uppdrag som upphandlingen gäller. Att utvärdera anbudsgivarens referenser som sådana är däremot inte förenligt med LOU eftersom referenstagningen då inte är kopplad till prestationen och ej heller är kopplad till föremålet för kontraktet utan istället rör historiska fakta som har med anbudsgivarens tekniska kapacitet och därmed kvalificeringen att göra. Rättspraxis har efter *Lianakis* fyllts på med EU-domstolens dom den 26 mars 2015 i mål C-601/13 *Ambisig*. I målet klargjorde EU-domstolen att *Lianakis* inte utesluter utvärdering av kompetens och erfarenhet under vissa specifika omständigheter. Kvaliteten på fullgörandet av ett kontrakt kan på ett avgörande sätt vara beroende av vilken yrkeserfarenhet och utbildning de personer har som ska fullgöra kontraktet. Detta, poängterade EU-domstolen, gäller ”i synnerhet om kontraktsföremålet utgörs av tillhandahållande av intellektuella tjänster”. Det noteras att också de nya direktiven har samma synsätt. Av artikel 67 i LOU-direktivet och artikel 82 i LUF-direktivet framgår att det är möjligt att utvärdera kvalifikationer och erfarenheter hos den personal som utses att verkställa kontraktet om kvaliteten på den personal som utsetts på ett *betydande sätt* kan påverka nivån på kontraktets fullgörande. Direktiven tar således sikte på att utvärdering är tillåten när det handlar om sådana nyckelpersoners referenser.

Bolaget har lidit skada till följd av att kommunen handlat i strid med principerna om likabehandling och transparens. Om kommunen hade agerat i enlighet med LOU och de unionsrättsliga principerna hade bolagets anbud antagits såsom varande det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Kommunen bestrider bifall bolagets yrkande och anför bland annat följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget och relevant lagstiftning inom upphandlingsområdet och det saknas därmed skäl för ingripande.

Enligt förfrågningsunderlaget skulle anbudsgivare ange referenser från tidigare uppdrag av måleriarbeten i liknande omfattning. Bolaget har därvid angett en referensperson hos kommunen, [REDACTED]. Av mailsvar från [REDACTED] framgår att han svarat nej på de ställda frågorna vilket enligt utvärderingsmodellen föranledde ett prispåslag om 50 000 kr.

I e-postkonversation som återopats av bolaget har en annan medlem i utvärderingsgruppen visserligen funnit det anmärkningsvärt att bolaget angett [REDACTED] som referent utan att ha tillfrågat denne. Det är dock [REDACTED] som svarat nej på de ställda frågorna varför en korrekt referenstagning således har genomförts.

Vad gäller upphandlingens utvärderingsmodell med referenstagning avseende tidigare måleriuppdrag, värdering av dessa samt dess påverkan på anbudspriset, så står den inte i strid med LOU. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 18 november 2010 i mål nr 2540-10 behandlat en sådan modell och kommit fram till att den är förenlig med LOU. I domen klargörs att kravet på att lämna kommunen/upphandlande myndighet som referent om sådan tjänst som upphandlas utförts för denna är rimligt och proportionellt för att den upphandlande myndigheten ska kunna utröna vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare klargörs att det är förenligt med LOU att använda sig av egna referenser i utvärderingsfasen om likabehandling och transparens iakttas. Det har i den aktuella upphandlingen tydligt framgått hur referenstagningen går till, att kommunen ska anges av de anbudsgivare som tidigare utfört måleriarbeten för kommunen, vilka frågor som kommer att ställas och hur svaren kommer att poängsättas samt vilken påverkan svaren får på anbudspriset.

Kammarrätten i Göteborg har även i dom den 7 juni 2011 mål nr 4851-10 prövat utvärdering av referenser i tilldelningsfasen och även där kommit fram till att modellen är förenlig med LOU och EU-rättslig praxis. I den upphandling som där var föremål för prövning samt i den som nu är överklagad, har referenstagningen syftat till att utröna hur anbudsgivarens utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder varit med denna och inte till att bedöma anbudsgivarnas erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Med hänvisning till vad som ovan anförts menar kommunen att den utvärderingsmodell som tillämpas i den överklagade upphandlingen är förenlig med LOU och EU-rättslig lagstiftning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphört att gälla. Den upphävda lagen gäller dock för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap, 9 § LOU 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. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphand-

lande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Det är inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis, i avsaknad av annan utredning, att den förklaring kommunen gett om att det är den av bolaget angivna referenspersonen [REDACTED] som också avgivit utlåtande får godtas. Någon brist i tillämpningen av LOU har därvid inte visats i denna del.

Frågan i målet är då om kommunen brutit mot LOU genom otillåten användning av referenser i utvärderingsfasen.

I upphandlingsföreskrifterna till den aktuella upphandlingen anges att anbudsgivaren ska lämna referenser från tidigare uppdrag av målningsarbeten i liknande omfattning. Som grund för utvärderingen låg vidare två frågor som av referenspersonerna skulle besvaras med ja eller nej.

Fråga 1: Har dialogen och den administrativa hanteringen (gällande t.ex. fakturering och besiktning) fungerat bra med aktuell anbudsgivare?

Fråga 2: Har aktuell anbudsgivare utfört uppdrag enligt beställning (utan anmärkningar som lett till att utförda arbeten måste ändras, korrigeras eller göras om) och i rätt tid?

Uppfyller anbudsgivaren varje ovan angiven fråga till minst 90 % ska frågan besvaras med ja.

I förfrågningsunderlagets angavs vidare att varje fråga som besvaras med ett ja gav ett värde i form av ett prisavdrag på aktuellt anbudspris med 50 000 kr medan ett nej gav ett prispåslag med 25 000 kr.

Av praxis framgår att upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas och vilken relativ vikt dessa ska

tillmätas under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som det är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av praxis framgår även att leverantörskvalificering och anbudsutvärdering styrs av olika regler och inte får sammanblandas. Kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet, kan inte anses utgöra utvärderingskriterier (se EU-domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis AE m.fl.). Dock kan den upphandlande myndigheten införa ett utvärderingskriterium som gör det möjligt att bedöma kvaliteten hos det specifika arbetslag som anbudsgivaren konkret har föreslagit för kontraktens fullgörande vid upphandling av intellektuella tjänster så som utbildning och rådgivning (se EU-domstolens dom i mål C-601/13, Ambisig samt Kammarrätten i Sundsvalls avgörande i mål 2197-15). I den senare domen konstaterades att golvbeläggningstjänster inte var att anse som intellektuella tjänster.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förevarande fall inte är fråga om en upphandling av intellektuella tjänster utan av måleritjänster. Förfrågningsunderlaget kan inte tolkas på annat sätt än att referenserna avser anbudsgivarens generella förmåga att utföra projektet. Det är alltså inte fråga om att referenstagningen avser förmågan hos ett specifikt arbetslag eller specifik person. De uppställda kriterierna får enligt praxis användas avseende anbudsgivarens kvalificering, men kan inte utgöra utvärderingskriterier. Förfarandet strider därmed mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget har anfört att det har lidit eller kan komma att lida skada genom att kommunen med förfrågningsunderlagets referenstagning som utvärderingskriterium har antagit andra anbud. Av anbudsutvärderingen framgår att bolaget, innan anbuderna påverkats av det tilläggstal som referenstagningen har genererat, hade lämnat det anbud som hade lägst pris. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund det visat att bolaget har lidit skada eller kan

komma att lida skada till följd av hur upphandlingen har genomförts. Då den aktuella bristen i upphandlingen avser utformningen av utvärderingsmodellen ska upphandlingen göras om.

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



Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Föredragande jurist har varit Nicklas Rydgren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom **tre veckor** från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.