



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM

2018-07-06

Meddelad i Stockholm

Mål nr
8461-18

SÖKANDE

Vattenfall Services Nordic AB, 556417-0859

Ombud: Jur.kand. Richard Henriksson

Vattenfall Services Nordic AB

169 92 Stockholm

MOTPART

Sundbybergs stad

Ombud: Advokat Johan Stern och advokat Alexander Hantosi

Ramberg Advokater KB

Box 3137

103 62 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2018-07-06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Vattenfall Services Nordic AB:s ansökan och beslutar att Sundbybergs stads upphandling avseende belysning, drifts- och underhållsentreprenad samt uppförande av ny belysningsanläggning (ref. nr. 2018-103) ska göras om.

Dok.Id 992401

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Sundbybergs stad (staden) genomför en upphandling avseende belysning, drifts- och underhållsrenovering samt uppförande av ny belysningsanläggning, ref. nr. 2018-103. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsgrunden är bästa pris som är det ekonomiskt mest fördelaktiga avseende förhållande mellan pris och kvalitet. Av tilldelningsbeslut daterat den 6 april 2018 framgår att kommunen i upphandlingen har för avsikt att teckna avtal med Bogfelts installation och renovering AB.

Vattenfall Services Nordic AB (Vattenfall Services) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande.

Staden har i strid mot LOU förkastat Vattenfall Services anbud efter det att anbudet har blivit felaktigt poängsatt av staden genom användande av en så kallad "intern" referens. Staden har utan grund och helt godtyckligt satt så låga poäng på Vattenfall Services att anbudet inte uppfyller ställda kvalificeringskrav. Staden har därigenom brutit mot de grundläggande principerna för likabehandling och transparens. Staden har genom den "interna" referensen gjort poängavdrag avseende frågorna "Skulle ni kunna tänka er att anlita anbudsgivaren igen om aktuellt?" och "Skulle ni rekommendera anbudsgivaren till andra?" vilket medfört att Vattenfall Services enligt stadens bedömning inte uppfyller kvalificeringskravet (10 av 10 referenspoäng) då endast 8 av 10 referenspoäng uppnås. Eftersom prövningen avser kvalificeringskraven bör de ta sikte på frågor som avser erfarenhet, kompetens, förmåga eller ekonomisk ställning. De båda frågorna är av sådan karaktär att svaren från referenspersonerna knappast kan bli annat än godtyckliga. Eftersom det inte framgår av de båda frågorna vad som ska tillmätas betydelse strider redan utformningen av dessa båda frågor

mot den grundläggande principen om transparens. Eftersom de båda frågorna är subjektiva och det inte är möjligt för en utomstående part att i efterhand kontrollera riktigheten i lämnade svar så är det svårt för Vattenfall Services att närmare bemöta poängsättningen. Det är också av detta skäl som beviskravet inte rimligen kan sättas högre än att Vattenfall Services ska göra sannolikt att stadens poängsättning varit godtycklig och därmed skett i strid med de grundläggande upphandlingsprinciperna. Det som går att konstatera är att staden tre månader tidigare 2017-12-11 svarat att de kunde tänka sig att anlita Vattenfall Services igen och att de skulle kunna rekommendera Vattenfall Services till andra.

Den interna referensen har också felaktigt beaktat arbeten som inte ingår i lämnade referensuppdrag. Referensuppdraget avser det uppdrag som Vattenfall Services har utfört åt staden under perioden 2014-01-01–2017-12-31 dvs. under fyra år. Interimsavtalet avseende perioden 2018-01-01–2018-04-30 har inte lämnats som ett referensuppdrag och får inte heller lämnas som ett referensuppdrag då det inte har utförts under 2017 och pågått i minst två år (se AFB.531 i anbudsinbjudan). Efter den 31 december 2017 finns ingen option att förlänga grundavtalet vilket gör att interimsavtalet utgör ett eget avtal, både civilrättsligt och upphandlingsrättsligt. Det är i målet ostridigt att [REDACTED] har beaktat arbeten som utförts under interimsavtalet i sin utvärdering av Vattenfall Services. Det är även ostridigt att [REDACTED] har beaktat arbeten som utförts under det så kallade investeringsavtalet (som är ett helt annat avtal än både drift- och underhållsavtalet och interimsavtalet) åtminstone såvitt avser ”Projekt Hästhagen” som referens i [REDACTED] utlåtande.

Kammarrätten i Stockholm har genom dom 2018-03-08 i mål nr 9-18 fastslagit att användning av egna referenser inte får ske på ett sätt som innebär att bestämmelsen i 13 kap. 3 § 5 LOU kringgås. Det är ostridigt i målet att sådana omständigheter som avses i 13 kap. 3 § 5 LOU inte

föreligger. Staden har trots detta uteslutit Vattenfall Services med en motivering som får förstås som ”allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt”. Även om Vattenfall Services är övertygat om att det är Vattenfall Services prisbild som är det verkliga skälet till uteslutningen så innebär stadens inställning att de egna referenserna har använts i syfte att kringgå bestämmelserna i 13 kap. 3 § 5 LOU.

Staden har utöver den godtyckliga bedömningen av den interna referensen i kvalificeringsfasen även i utvärderingen godtyckligt och grundlöst sänkt Vattenfall Services poäng jämfört stadens bedömning 84 dagar tidigare. Staden har gett Vattenfall Services precis så låga kvalitetspoäng som krävts för att Vattenfall Services inte ska ha det lägsta priset. Vidare har staden utvärderat kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra arbetet, dvs. anbudsgivarens kvalifikationer, vilket strider mot gällande rätt. De fem frågorna som ska sällas till referenterna har inte syftat till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vad som har efterfrågats och värderats när det gäller referenserna och som därefter legat till grund för utvärderingen är just sådana egenskaper som enligt praxis anses vara hänförliga till kvalificeringsfasen och inte till föremålet för kontraktet. Utvärderingen har påverkats av ovidkommande hänsyn och förfarandet strider därmed mot de grundläggande principerna i LOU.

Vattenfall Services har genom det sätt på vilket upphandlingsprocessen genomförts riskerat lida skada då förfarandet har inneburit brist i förutsebarhet och transparens och inte heller säkerställer att objektiva bedömningar av anbudsgivarna görs eller att ovidkommande hänsyn inte tas. Om förvaltningsrätten inte beslutar att upphandlingen ska göras om i detta fall så innebär det att fritt spelrum ges till upphandlande myndigheter att använda sig av interna referenser för att godtyckligt välja leverantör med åsidosättande av de grundläggande upphandlingsprinciperna.

Staden bestrider bifall till Vattenfall Services ansökan och anför bl.a. följande.

Med anledning av att staden avbröt den tidigare upphandlingen (ref. nr. 2017-123) var staden tvungen att lösa det löpande behovet i avvaktan på att den nya upphandlingen skulle bli klar. Staden hade inget alternativ annat än att förlänga avtalet med den nuvarande leverantören, Vattenfall Services. Det sätt som Vattenfall Services har agerat på under denna förlängning har definitivt kommit att påverka stadens syn på bolaget som leverantör. Det förhållandet att Vattenfall Services är både tidigare och nuvarande leverantör till staden, oavsett om det gäller förlängning av avtal eller ett tidsbegränsat sådant, kan inte bortses från. Det är mot denna bakgrund som [REDACTED] senaste referensutlåtande ska ses. På förekommen anledning har staden nu inhämtat en mer utförlig motivering till varför [REDACTED] ändrat uppfattning i frågan. Det kan noteras att listan anger ett flertal allvarliga leveransförseningar som inträffat efter den 11 december 2017. Vidare har ett flertal fall av försenad fakturering uppmärksammats samt säkerhetsbrister uppdagats. Staden gör gällande att [REDACTED] tagit ovidkommande hänsyn genom att beakta Vattenfall Services agerande i referensuppdraget, till den del som utförts efter den 31 december 2017. Detta är direkt felaktigt. Staden och Vattenfall Services ingick ett förlängningsavtal avseende det tidigare upphandlade avtalet – tillika Vattenfall Services lämnade referensuppdrag – innan avtalsslut. Förlängningsavtalet ingår därför i det av Vattenfall Services lämnade referensuppdraget.

Staden bestrider att stadens prövning av Vattenfall Services kvalificeringspoäng är skönsmässig och därmed i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen. [REDACTED] skäl är väl motiverade och objektiva. Bruket av referenser i samband med offentliga upphandlingar är en vanlig och av hävd vunnit företeelse, numera med direkt stöd i LOU. Att

det finns ett visst mått av subjektivitet i dessa referensutlåtanden får anses vara en naturlig följd av desamma. En låg poäng ska inte likställas med skönsmässighet utan kan, som nu, vara resultatet av en bedömning. Stadens krav på referensuppdrag, referensfrågor och referenstagning är objektivt utformad och förenlig med de övergripande principerna. Det är ostridigt i målet att nu aktuellt referensutlåtande från [REDACTED] inte uppfyller stadens krav i upphandlingen. Referensutlåtandet är korrekt. Anbudet från Vattenfall Services har rätteligen förkastats och grund för ingripande med stöd av LOU saknas därmed.

Upphandlingens konstruktion kring referenstagningen är klar och tydlig. I punkt AFB.5 i Anbudsinbjudan framgår de tre (3) steg varmed anbudet har prövats och i förekommande fall utvärderats. Av Bilaga Referensuppdrag (Bilaga 7 till Ansökan) framgår det klart och tydligt hur kvalificeringen av anbudsgivare skulle komma att gå till. På samma sätt framgår det klart och tydligt hur utvärderingen av anbud skulle genomföras. Referensbilagan är tydligt uppdelad med angivandet av vilka frågor som skulle ställas och hur de skulle komma att bedömas och poängsättas. Vidare framgår det med tydlighet att betyget två (2) måste uppnås på varje fråga för att ett anbud skulle utvärderas. Någon sammanblandning mellan kvalificerings- och utvärderingsfasen föreligger således inte. EU-domstolens dom i mål C-532/06 Lianakis innebär att det står den upphandlande myndigheten fritt att välja vilka utvärderingskriterier som ska tillämpas vid tilldelning av kontrakt så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga kontraktet och inte är hänförliga till kvalificeringsfasen. Stadens krav på referensuppdrag, referensfrågor och referenstagning, är objektivt utformad och förenlig med de övergripande principerna.

Referensen [REDACTED] är mycket tydlig med att hans uppfattning om Vattenfall Services har förändrats jämfört med vid tidpunkten för det gamla referensutlåtandet från den 11 december 2017. Med anledning härav är det

fullt naturligt att även Vattenfall Services utvärderingspoäng också väsentligt försämrats. En låg utvärderingspoäng är inte detsamma som att bedömningen därmed skulle vara skönsmässig. I det här fallet är den låga utvärderingspoängen, liksom kvalificeringspoängen, endast ett resultat av [REDACTED] utvärdering. Staden vidhåller att utvärderingspoängen är korrekt. Staden understryker även att Vattenfall Services inte har lidit någon skada till följd av låga utvärderingspoäng eller den påstådda sammanblandningen av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen eftersom dess anbud rätteligen har förkastats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 14 kap 1 § LOU stadgas bl.a. att en upphandlande myndighet i upphandlingen får ställa krav på att leverantören ska vara kvalificerad i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

De krav som myndigheten ställer ska vara lämpliga för att säkerställa att leverantören har den rättsliga och finansiella förmåga och den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att utföra det kontrakt som ska tilldelas. Alla krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta. Kraven kan uttryckas som minimikrav på förmåga.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Relevanta delar av upphandlingsdokumenten

Anbudsinbjudan ABF.5 Prövning av anbudsgivare och anbud

Anbudsprövningen genomförs i tre steg. I det första steget prövas om anbudet uppfyller kraven på leverantören, dvs. staden kontrollerar om det finns grund för uteslutning samt om leverantören har förmåga och kapacitet m.m. att leverera efterfrågade tjänster. I det andra steget prövas om anbudet uppfyller ställda krav kopplade till tjänsten som upphandlas. I steg tre utvärderas anbud enligt tilldelningsgrunden bästa pris.

Anbudsinbjudan AFB.53 Prövning av anbud

ABF.531 Referenser, referensuppdrag

Om referensuppdrag/referenstagning:

- L ska ha genomfört minst 3 liknande drift- och underhållsprojekt avseende belysning de senaste fyra (4) åren varav minst ett (1) pågår eller har avslutats under 2017.
- L ska ha genomfört minst 3 liknande projekt avseende uppförande av ny belysningsläggning de senaste två (2) åren
- Referensuppdragen inom drift- och underhållsprojekt ska ha pågått i minst två (2) år och vara inriktade mot drift och underhåll av belysning. En kort beskrivning av uppdragen redovisas i bilaga referensuppdrag. B kan vid behov komma att begära in förtydligande kring beskrivningen av uppdragen, innan kontakt med referenserna, för att kontrollera uppgifterna.

L ska nedan redovisa tre (3) referensuppdrag som uppfyller kraven ovan.

Frågor till referenter samt bedömningskriterier framgår av bilaga Referensuppdrag.

Bilaga: Referensuppdrag

Följande frågor kommer ställas till referenten för kvalificering av anbudsgivare:

1. Anbudsgivaren har uppgivit er som referent i denna upphandling. Kan du som referent intyga att anbudsgivaren anlåtats för att tillhandahålla motsvarandet tjänst som denna upphandling avser?
2. Har anbudsgivaren levererat funktioner enligt lämnat anbud?
3. Har anbudsgivaren erhållit varning, vitesföreläggande eller hävning av avtal på grund av avtalsbrott eller dylikt?
4. Skulle ni kunna tänka er att anlita anbudsgivaren igen om aktuellt?
5. Skulle ni kunna rekommendera anbudsgivaren till andra?

För att referenserna ska godkännas måste betyg 2 uppnås på varje fråga och för att kunna gå vidare till utvärderingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i målet att pröva om det med anledning av vad Vattenfall Services har anfört i målet om stadens genomförande av upphandlingen finns skäl för ingripande med stöd av LOU.

Av upphandlingsprotokollet framgår att staden diskvalificerat Vattenfall Services anbud då det inte bedömdes uppfylla ställda krav i kvalificeringen i referenstagningen där betyg 2 (godkänd) skulle uppnås på alla fem (5) kvalificeringsfrågor från respektive referent. Vattenfall Services har av stadens referens inte fått godkänt svar på två av kvalificeringsfrågorna nämligen ”Skulle ni kunna tänka er att anlita anbudsgivaren igen om aktuellt?” och ”Skulle ni rekommendera anbudsgivaren till andra?”.

Vattenfall Services har bl.a. gjort gällande att utformningen av dessa två frågor strider mot principen om transparens, att frågorna är subjektiva och att svaren på frågorna inte kan bli annat än godtyckliga.

Förvaltningsrätten konstaterar att staden kan använda sig av egna referenser både i kvalificeringsfasen och i utvärderingsfasen men att detta kräver att referenstagningen sker på ett objektiva sätt samt så att ingen av de

grundläggande EU-rättsliga principer som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU träds för när. Som de aktuella frågorna är utformade räcker det med att staden, utan att behöva redovisa grunderna för detta, inte vill anlita anbudsgivaren igen för att anbudet ska förkastas. Förfrågningsunderlaget har därmed öppnat för en alltför godtycklig bedömning och staden har gett sig själv en i princip fri prövningsrätt gällande anbudet från Vattenfall Services. Den omständigheten att staden i efterhand, under processen i domstolen, har lämnat förklaringar till varför Vattenfall Services inte fått godkänt på det båda frågorna förändrar inte denna bedömning.

På grund av denna brist i upphandlingen vad gäller utformningen av kvalificeringsfrågorna i förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att staden har brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

Förvaltningsrätten finner vidare att Vattenfall Services har visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada till följd härav. Grund för ingripande finns därför. Eftersom den aktuella bristen hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om. Vid denna utgång saknas det skäl för förvaltningsrätten att pröva de övriga grunder som Vattenfall Services anfört till stöd för sin talan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Ulrika Melander
Rådman

Camilla Källmén har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 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 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.