



SÖKANDE

Bravida Prenad AB, 556454-1315

Ombud: Fredrik Jonsson
Bravida Sverige AB
Mikrofonvägen 28
126 81 Stockholm

MOTPARTER

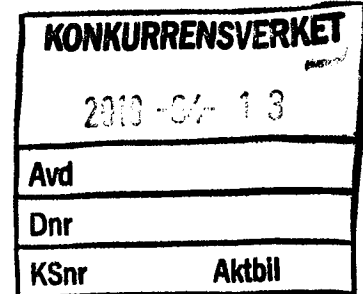
1. Perstorps kommun
284 85 Perstorp

2. Elsystem i Perstorp AB, 556673-9438

Ombud: advokat Nicklas Hansson och biträdande jurist Elisabeth Hallström
MAQS Advokatbyrå Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling enligt lagen (2016:1146) om
upphandling inom försörjningssektorerna (LUF)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen avseende Ramavtal Elarbeten
Vatten och Avlopp 2017 – 2019 får avslutas först sedan rättelse gjorts på så
sätt att en ny utvärdering görs varvid anbudet från Elsystem i Perstorp AB
inte beaktas.

BAKGRUND

Perstorps kommun genomför upphandling av ”Ramavtal Elarbeten Vatten och Avlopp 2017 – 2019 med option på förlängning 12 + 12 månader”. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande enligt LUF. Efter utvärdering av inkomna anbud har Perstorps kommun beslutat att kontrakt nr 1 tilldelas Elsystem i Perstorp AB (Elsystem) och kontrakt nr 2 tilldelas Bravida Prenad AB (Bravida).

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Bravida ansöker om överprövning av den offentliga upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs där anbudet från Elsystem inte får beaktas. Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande.

Kommunen har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot 4 kap. 1- 2 §§ LUF samt de grundläggande EU-rättsliga principerna om proportionalitet, transparens och likabehandling. Som en följd av att kommunen brutit mot sina förpliktselser enligt LUF och EU-rätten har Bravida lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada i upphandlingen genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen, i den mening som avses i 20 kap. 4 § LUF.

Elsystems anbud uppfyller inte uppställda krav på referenser. Punkt AFB.52 i upphandlingsdokumentet föreskriver att anbudsgivare till anbudet ska bifoga lista med minst tre företag för vilka anbudsgivaren utfört uppdrag inom de tre senaste åren. Elsystem har i sitt anbud bifogat ”Referenslista”. I referenslistan är endast en kund, Perstorps kommun, upptagen. Kravet på att ange tre företag/kunder är inte uppfyllt. Av kommunens anteckningar från kvalificeringsfasen framgår att Elsystem erhållit referenspoänget 2 på en eller flera frågor samt att en referens inte lämnat något svar. I punkt AFB.52

föreskrivs att uteblivet svar ska jämföras med referenspoänget 0. I samma punkt framgår att anbudsgivare som erhåller 0, 1 eller 2 poäng som svar från referens på någon fråga ska diskvalificeras från upphandlingen. Mot denna bakgrund står det klart att Elsystem borde ha uteslutits från upphandlingen varvid Bravida hade rangordnats som förste leverantör.

Av kommunens anteckningar från kvalificeringsfasen framgår att kommunen anser att Elsystem brister i redbarhet och därmed inte uppfyller kraven i AFB.51, varför ytterligare en uteslutningsgrund föreligger. Kommunen har utvärderat Elsystems anbud trots att det inte uppfyller uppställda krav på referenser samt brister i redbarhet och därmed inte uppfyller kraven i AFB.51.

Perstorps kommun har inte yttrat sig.

Elsystem anser att Bravidas talan ska avvisas. Om Bravida anses ha talerätt bestrider Elsystem Bravidas yrkande. Elsystem anför bl.a. följande.

Bravida uppfyller inte i upphandlingen ställda krav eftersom Bravidas arbetsledare inte har genomfört utbildning i Livsmedelshygien för Vattenverk och Distributionsnät och Bravidas referens nummer 1 och 2 inte avser ”samma typ av uppdrag”. Eftersom Bravida rätteligen ska uteslutas ur upphandlingen lider Bravida ingen skada och har därmed inte talerätt i målet.

Elsystem och Elsystems anbud uppfyller ställda krav. Perstorps kommun har i AFB.52 uppställt krav på referenslista med tre företag/kunder där samma typ av uppdrag har utförts de senaste tre åren. Samma typ av uppdrag definieras som att utföra diverse små och stora elarbeten på vatten- och reningsverk samt pumpstationer. Bravida har angett referenser som inte är något vattenverk, reningsverk eller pumpstation. Bravida uppfyller därmed inte kravet på referenser. Vidare anges under rubriken Krav på anbudsgiva-

ren vad gäller arbetsplatsansvarig/arbetsledare i AFB.52 att arbetsledare ska ha genomfört utbildning i Livsmedelshygien för Vattenverk och Distributionsnät. Bravida har inte gett in bevis på att arbetsledare har genomfört utbildningen och uppfyller därmed inte kravet på arbetsledare. Eftersom Bravida inte uppfyller ställda krav ska Bravida rätteligen uteslutas från upphandlingen med följderna att Bravida inte har lidit någon skada och därmed inte heller har talerätt i målet.

Elsystem uppfyller ställda krav på antal referenser. I kravet på referenser i AFB.52 andra stycket anges följande. ”Har anbudsgivaren haft uppdrag för Perstorps kommun skall de uppges som referens”. Uppdrag i andra stycket är angivet i plural (”skall *de* uppges...”) varför Elsystem som referenser har angett sådana uppdrag. Eftersom Elsystem i referenslistan har angett tre kunder för vilka Elsystem utfört uppdrag under de senaste tre åren har därmed kravet på referenser uppfyllts. I kommentaren till utvärderingen anges ”referenser från tre olika företag”. Kommentaren saknar relevans eftersom det som anges inte stämmer överens med kraven i förfrågningsunderlaget.

Bravida påstår att Elsystem fått två poäng av någon referens och att en referens inte lämnat något svar. Bravida påstår att anbudsgivare som erhåller 0 poäng ska diskvalificeras. Bravidas påstående är oriktigt och stämmer inte med det som anges i förfrågningsunderlaget. Elsystem vitsordar inte den av Bravida påstådda poängsättningen eftersom den inte framgår av ingivna handlingar. Tvärtom framgår av handlingarna att kommunen anser att Elsystem uppfyller kraven, jämför tilldelningsbeslutet. Vidare är förfrågningsunderlaget i aktuellt avseende utformat som utvärderingskriterier, dels såvitt avser påståendernas innehåll och dels såvitt avser poängsättningen. I fråga om påståendernas innehåll kan konstateras att flera av dessa inte avser kvalificeringskrav enligt 14 kap. 1 § LOU. Poängsättningen kan därmed inte ligga till grund för uteslutning av leverantörer. Vad avser poängsättningen är den utformad som en skala, där 3 motsvarar godkänt och maxpoängen är 5.

Om det skulle avse kvalificering skulle det vara fråga om viss leverantör uppfyller kraven eller ej, inte hur bra kraven uppfylls. Under alla omständigheter ska kravet på att erhålla 3, 4 eller 5 bortses ifrån eftersom en anbudsgivare, som får 0 poäng på grund av att referenten inte svarar, inte ska uteslutas ur upphandlingen. Kravet på svar från referenser (poäng) är därmed inte nödvändigt för att uppnå syftet, med följderna att kravet ska bortses ifrån.

Bravida påstår att kommunen anser att Elsystem skulle brista i redbarhet och därmed inte uppfyller kraven i AFB.51. Elsystem bestrider att det föreligger brister vid tidigare offentliga uppdrag som skulle medföra uteslutning samt att kommunen anser att Elsystem skulle brista i redbarhet, jämför tilldelningsbeslutet. Aktuell del av AFB.51 hänvisar till 13 kap. 4 § första stycket 3 p LUF som för uteslutning av leverantörer kräver att leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt enligt denna lag, lag (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, och detta medfört att det tidigare kontraktet sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder. Elsystem har inte tidigare fullgjort kontrakt enligt uppräknade lagar. Andra kontrakt som fullgjorts av Elsystem har aldrig sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljd. LUF:s uppräknade grunder är uttömmande. Kommunen är därför förhindrad att författa egna uteslutningsgrunder som går utöver LUF samt att tillämpa dessa genom att utesluta anbudsgivare.

Om förvaltningsrätten anser att Elsystem uppfyller i upphandlingen ställda krav begär Elsystem att upphandlingen ska göras om. Skälet härför är att kvalificerade anbudsgivare saknas, då Bravida inte uppfyller i upphandlingen ställda krav. Perstorps kommun har trots det tilldelat Bravida kontrakt, vilket kan komma att leda till skada för Elsystem, då upphandlingen, i brist

på kvalificerade anbudsgivare, rätteligen ska göras om, med följd att Elsystem, återigen, kan komma att lämna anbud med lägst pris och rangordnas som ramavtalsleverantör nummer ett.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 4 kap. 1 § LUF 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.

Av 20 kap. 6 § LUF framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF 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 har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i upphandlingsdokumentet.

I i nu aktuellt upphandlingsdokument anges under punkten AFB. 51 **Uteslutning av anbudsgivare** bl.a. följande.

Anbudsgivare kommer att uteslutas från deltagande i upphandlingen om denne eller företrädare för denne är dömd för deltagande i kriminell organisation/verksamhet, bestickning, bedrägeri eller penningtvätt mm. I enlighet med 13 kap. 1 § LUF.

Anbudsgivaren har *skyldighet* att kontrollera eventuella underleverantörer.

Brister vid tidigare offentliga uppdrag

Anbudsgivare som haft uppdrag för beställaren inom de senaste tre (3) åren, och där det bevisligen förekommit flertalet osanna fakturor, där fakturaunderlag återkommande saknats och/eller där fakturering inte skett inom rimlig tid efter färdigställt arbete (1 månad), kommer att uteslutas från deltagande i upphandlingen. Enligt 13 kap. 4.3 §.

Andra uppdrag som medfört extra arbete eller andra åtgärder från beställarens sida kan komma att utgöra grund för eventuell uteslutning.

Genom undertecknande av anbudet försäkrar anbudsgivaren sanningsenligt att det inte finns några hinder eller oegentligheter som kan medföra uteslutning.

Av punkten AFB.52 i upphandlingsdokumentet framgår bl.a. följande.

Krav på anbudsgivaren vad gäller yrkeskompetens (företaget)

[...]

Till anbudet *skall* bifogas;

Referenslista över *samma typ* av uppdrag de senaste tre (3) åren. Referenser äldre än tre år kommer inte att beaktas.

Med samma typ av uppdrag avses att utföra diverse små och stora el-arbeten på vatten- och reningsverk, och på pumpstationer. Kunskap och erfarenhet av arbete enligt ovan.

Listan *skall* innehålla namn på referensperson, telefonnummer och mailadress till tre (3) företag/kunder.

Referent skall besvara frågorna inom 3 arbetsdagar. Svarar inte referent blir poängen noll (0).

Har anbudsgivaren haft uppdrag för Perstorps kommun *skall* de uppges som referens.

Referent får inte vara i jävsförhållande och inte heller person inom gemensam koncern med anbudsgivaren.

Upphandlande myndighet kommer att kontakta referenserna.

Tänk på att referenserna bör vara vidtalade och beredda att besvara frågor via mail.

Preliminär start för referenstagning är vecka 44.

Referens kommer att svara och poängsätta på följande påståenden;

1. Entreprenören har med sitt yrkeskunnande, kvalitet och engagemang genomfört uppdraget till din fulla belåtenhet.
2. Entreprenören har bemannat arbeten med rätt kompetens.
3. Entreprenören har sett till att genomförandet slutförs inom avtalad tid.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

4. Ordningen inom entreprenörens arbetsområde har skötts väl och slutstädning var väl genomförd.
5. Fakturaunderlag och följesedlar stämmer alltid och faktura har skickats utan fördröjning (senast 30 dagar efter slutfört uppdrag).

Frågorna betygssätts enligt skalan 1-5.

1= Stämmer inte alls/mycket dåligt/mycket missnöjd.

2= Stämmer undantagsvis/dåligt/missnöjd

3= Stämmer oftast/godkänd

4= Stämmer bra/nöjd

5= Stämmer alltid/mycket bra/mycket nöjd

Entreprenör som erhåller 1:or eller 2:or vid poängsättning, går inte vidare i utvärderingen.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det inte har framkommit någon omständighet i målet som ger skäl att ifrågasätta att Bravida skulle ha talerätt i målet. Bravidas ansökan ska således prövas i sak.

Bravida har anfört att Elsystem borde ha uteslutits från upphandlingen eftersom det framgår av Perstorps kommuns anteckningar från kvalificeringsfasen att kommunen anser att Elsystem brister i redbarhet och därmed inte uppfyller kraven i AFB.51.

I AFB.51 i upphandlingsdokumentet uppställs grunder för uteslutning av anbudsgivare. Perstorps kommun har, förutom de obligatoriska uteslutningsgrunderna som återfinns i 13 kap. 1 - 2 §§ LUF, angett en fakultativ uteslutningsgrund i 13 kap. 4 § p. 3 LUF. Genom att föra in fakultativa uteslutningsgrunder i upphandlingsdokumentet menar förvaltningsrätten att det ankommer på den upphandlande myndigheten att sedan tillämpa dessa vid anbudsutvärderingen. Av handlingarna i målet framgår att kommunen vid utvärderingen av Elsystems anbud antecknat att leverantörens anbud inte uppfyller AFB.51 avseende leverantörs redbarhet. Enbart den omständigheten att Perstorps kommun i utvärderingen hänvisar till AFB.51, men inte lämnar någon vidare motivering till varför Elsystem bör uteslutas ur upphandlingen, är enligt förvaltningsrätten inte tillräckligt för att anse det visat att Elsystem bör uteslutas ur upphandlingen.

Bravida har vidare gjort gällande att Elsystems anbud borde ha förkastats på grund av att kravet på referenser i punkten AFB.52 i upphandlingsdokumentet inte är uppfyllt. Bravida menar att kravet på att ange tre företag/kunder inte är uppfyllt. Bravida anser vidare att Elsystems anbud borde ha förkastats eftersom det av kommunens anteckningar från kvalificeringsfasen framgår att Elsystem erhållit referenspoäng 2 på en eller flera frågor samt att en referens inte lämnat något svar.

Av upphandlingsdokumentet framgår att referenser från tre företag ska bifogas anbudet. Det är ostridigt i målet att Elsystem endast har uppgett referenser inom Perstorps kommun. Av upphandlingsdokumentet framgår dock att om anbudsgivaren haft uppdrag för Perstorps kommun ska de uppges som referens. Förvaltningsrätten bedömer mot den bakgrunden att Elsystem har haft fog för att uppfatta formuleringen på så sätt att för det fall företaget har tre referenser från Perstorps kommun ska dessa anges.

Däremot konstaterar förvaltningsrätten att det tydligt framgår av upphandlingsdokumentet att för det fall en anbudsgivare erhåller 1:or eller 2:or i samband med att referenserna poängsätter leverantören ska anbudet inte gå vidare till utvärdering. Elsystem har inte vitsordat den av Bravida påstådda poängsättningen och anser att tilldelningsbeslutet visar att Bravida inte har fog för sin ansökan. Förvaltningsrätten anser emellertid att det av kommunens anteckningar framgår att Elsystem har erhållit referenspoäng 2 på en eller flera frågor. Upphandlingsdokumentet kan inte tolkas på annat sätt än att en anbudsgivare som vid poängsättningen erhåller en eller fler 2:or ska diskvalificeras. Det faktum att Perstorps kommun har fattat ett tilldelningsbeslut som går emot utvärderingen innebär enligt förvaltningsrättens mening inte att Elsystem har kvalificerat sig och uppfyllt det i upphandlingsdokumentet ställda kravet avseende referenser. Det har av utredningen inte framkommit annat än att Elsystems anbud mot denna bakgrund borde ha förkastats och inte gått vidare till utvärdering.

Elsystem har anfört att flera av de frågor som referenterna ska svara på och förfarandet med poängsättning inte kan ligga till grund för uteslutning eftersom det hänför sig till utvärderingen och inte till kvalificeringsfasen. Vidare menar Elsystem att kravet avseende referenser ska bortses ifrån då det inte är nödvändigt för att uppnå syftet med upphandlingen. Förvaltningsrätten anser emellertid att ett anbud som inte uppfyller kvalificeringskraven eller utvärderingskriterierna ska förkastas. Syftet med referenser är primärt att den upphandlande myndigheten ska få en uppfattning om hur tidigare uppdrag utförts av anbudsgivaren. Att en referens inte svarar behöver i sig inte innebära att denne är missnöjd. Erhåller en anbudsgivare däremot lågt poäng är det en indikation till den upphandlande myndigheten om att referenten inte kan rekommendera anbudsgivaren i angivna avseenden. Förvaltningsrätten finner därför att det finns ett syfte med poängsättningens utformning och att detta inte kan anses oproportionerligt.

De invändningar som Elsystem anfört avseende att Bravidas anbud inte uppfyller obligatoriska krav på arbetsledare och referensprojekt kan inte beaktas av förvaltningsrätten inom ramen för förevarande prövning. Rätten kan endast pröva sådana invändningar från vinnande anbudsgivare som utgör bemötande och argumentation avseende det som anförs i Bravidas ansökan. Förvaltningsrätten är således förhindrad att pröva Elsystems argumentation rörande de självständiga frågorna avseende Bravidas arbetsledares utbildning samt huruvida Bravidas anbud uppfyller kraven avseende referensuppdrag (jfr HFD 2013 ref. 24).

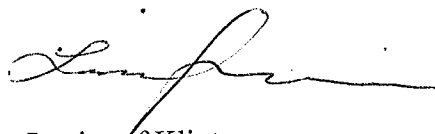
Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att Perstorps kommun förfarit i strid med LUF när kommunen har utvärderat och antagit anbudet från Elsystem trots att kravet avseende poängsättning från referenter inte uppfyllts. Bravida, som har placerat sig på andra plats efter Elsystem i utvärderingen, har lidit eller riskerat att lida skada genom att Elsystems anbud felaktigt utvärderats. Det finns därmed grund för ingripande enligt

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

LUF. Då bristerna i upphandlingen inte kan anses ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt att förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att Elsystems anbud inte beaktas vid ny anbudsutvärdering.

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



Louise af Klint

Hedvig Areskoug har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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