



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2014-03-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
31238-13

SÖKANDE

PBG VVS & Energi AB, 556440-1387

Ombud: Jur.kand Christoffer Stavenow och jur.kand Hampus Stefansson
Stavenow & Partners AB
Kungsgatan 24
111 35 Stockholm

MOTPART

Botkyrka kommun
147 85 Tumba

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-03-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår PBG VVS & Energi AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 459028

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Botkyrka kommun (kommunen) genomför en ramavtalsupphandling av Tekniska konsulttjänster - Projektering VVS (dnr 2013.438).

Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Kommunen har beslutat att anta fyra andra leverantörer än PBG VVS & Energi AB (PBG eller bolaget).

PBG ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud ska tas med i utvärderingen genom att kommunens interna referenstagning inte ska räknas in i kvalificeringen av anbudet. Som grund anger bolaget bl.a. följande. Kommunens internreferens har aldrig arbetat med PBG och har inte fog för att sätta lägsta poäng. Vid kvalificeringen har kommunen lämnat osakliga referenspoäng i syfte att utesluta anbudet. Konstruktionen med poängsättning ger kommunen möjlighet att förkasta varje anbud enligt fritt skön och kommunen har i princip skaffat sig fri prövningsrätt av anbudsgivarnas anbud. Referenstagningen strider mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. PBG hade näst lägst pris och anbudet skulle ha hamnat på andra plats vid utvärderingen. Som tvåa på ramavtalet hade PBG fått goda möjligheter att leverera tjänster till kommunen varför skaderekvisitet i 16 kap. 6 § LOU är uppfyllt.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har gjort en korrekt bedömning i enlighet med uppställda krav enligt förfrågningsunderlaget. Kommunen har genomfört kvalificering, uteslutning och anbudsutvärdering i enlighet med vad som angetts i förfrågan och samtliga anbudsgivare har likabehandlats. Kommunens internreferens har kunnat svara på referenstagningen och det finns inte osakliga skäl bakom den bedömning kommunen gjort av PBG. Respondentens bedömning har baserats på kommunens beställares

erfarenheter. PBG har inte visat att de lidit eller riskerar att lida skada då bolaget enligt de krav som ställs i upphandlingen ska uteslutas från utvärderingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De principer som ska följas vid all offentlig upphandling framgår av 1 kap. 9 § LOU. Upphandlande myndigheter ska enligt den paragrafen 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.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av dessa principer eller mot någon annan bestämmelse i LOU 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. Detta framgår av 16 kap. 6 § LOU.

PBG anför bl.a. följande. Vid kvalificeringen har kommunen angett att anbudsgivarna ska lämna referenser. I punkt AUB 518 i förfrågningsunderlaget anges följande.

"Anbudsgivaren ska själv eller tillsammans med eventuella underkonsulter inneha dokumenterade resurser, kompetens och erfarenhet tillräckliga för att utföra efterfrågat åtagande. Detta uppfylls genom att anbudsgivaren uppfyller följande krav:

1. *Anbudsgivaren ska ha utfört två referensuppdrag avseende VVS-tjänster enligt nedan som vardera uppfyller följande krav samt de uppdragsspecifika kraven;*
 - a. *Anbudsgivaren ska inneha minst fem års erfarenhet av att utföra VVS*
 - b. *Uppdragen får inte vara äldre än fem år*
 - c. *Referensuppdragen ska vara utförda åt olika arbetstagare (med olika organisationsnummer).*

Av de upphandlingsspecifika kraven framgår vidare att bl.a. referensuppdragen ska handla om totalentreprenader och totalentreprenadssumman ska minst ha omfattat 20 miljoner SEK per referensuppdrag. På s 11 och 12 i förfrågningsunderlaget framgår följande.

"Har anbudsgivaren utfört uppdrag åt Botkyrka kommun som uppfyller dessa krav, ska ett av dessa anges som referensuppdrag. Dessa uppdrag kommer sedan kommunen bedöma om de är av samma dignitet som beskrivs i denna punkt samt om de är fackmannamässigt gjorda".

"Har anbudsgivaren tidigare genomfört uppdrag till Botkyrka kommun kommer en av beställaren inlämnad tredje referens att ingå i leverantörsprövningen".

Referenserna ska svara på fem olika frågor, vilka poängsätts på en "sexgradig" skala. Kommunen har använt en "sexgradig" skala om 0-5 poäng, men i den elektroniska utvärderingsmallen för referenserna har skalan varit 1-6. Referenserna har därför kunnat ge upp till 6 poäng. PBG:s egna referenser har i princip gett hösta poäng och skulle ha räckt för att kvalificera anbudet (medelvärde 5,8 av 6) medan kommunen har utvärderat bolaget till den lägsta poängen. Medelpoängen har därför blivit satt till 3,4 poäng. I det elektroniska formuläret var maxpoängsättningen 6 poäng, vilket PBG också fått på flertalet poster av sina egna referenser. Kommunen har sänkt samtliga poäng i utvärderingen med 1 poäng i förhållande till vad referenserna har gett för att anpassa formuläret efter kraven i förfrågningsunderlaget.

Kommunen har upprättat en tjänsteskrivelse som grund för poängsättningen för den interna referensen. Av skrivelsen framgår ett antal projekt, varav endast ett uppfyller de krav som uppställs på referenser i tjänsteskrivelsen, projekt "Nyängsgårdens förskola". Kommunen kan således endast hävda detta projekt som grund för intern referenstagning enligt kraven i förfrågningsunderlaget. Kommunens referens har angivit att

"PBG misskötte sig grovt vid projekteringen av förskolan. Samordningen

fungerade inte och orsakade kommunen stora kostnader att rätta till. Kostnaden för projekteringen var orimligt hög". Det var dock kommunen själv som var samordnare i projektet. Samordningsproblemen kan därför inte läggas PBG till last. Kostnaden blev hög pga. en mängd muntliga tilläggsbeställningar som gjordes av kommunen. Tilläggsbeställningarna var nödvändiga pga. bristerna i förfrågningsunderlaget, där samtliga åtgärder för projektet inte efterfrågats. PBG har levererat vad som överenskommits i upphandlingen av projektet Nyängsgården. Kommunens internreferens har aldrig arbetat med PBG och har inte fog för att sätta lägsta poäng. Oviljan mot PBG:s anbud har grund i en personlig schism i projektet Nyängsgården. Schismen har lett fram till den osakliga kritik som kommunen framför i den omstridda tjänsteskrivelsen som är full av fel och ogrundade påståenden. Att bristerna i upphandlingen ledde till fördyringar och tillägg som PBG fick utföra, får dock inte belasta bolaget i den här offentliga upphandlingen. Kommunen har inte tidigare visat missnöje med PBG:s arbete och bolaget har levererat till kommunen i 20 år. Internreferensens omdöme strider mot den utmärkta referens som PBG fått i referensfall 2, avseende samma uppdrag, vilket är det enda av de refererade uppdragen som kommunen får åberopa som referens enligt sina egna kriterier.

Vid kvalificeringen av anbudsgivarna har kommunen således lämnat osakliga referenspoäng i syfte att utesluta PBG:s anbud från kvalificeringen. Det är visserligen tillåtet att ta hänsyn till egna referenser, men dessa får inte vara uppenbart osakliga eller ge den upphandlande myndigheten möjligheten att skönsmässigt utesluta bra anbud då det strider mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom det är omöjligt att få fyra poäng i snitt och därmed få delta i upphandlingen om kommunen ger lägsta poäng på varje referensfråga har kommunen i praktiken skaffat sig s.k. fri prövningsrätt av anbudsgivarnas anbud. Detta oberoende av om anbudsgivaren får hösta poäng av sina båda egna

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

referenser. Anbudet kan max få 3,7 poäng med full poäng från de två egna referenserna och kommunens lägsta poäng. Konstruktionen med poängsättning ger kommunen möjlighet att förkasta varje anbud enligt fritt skön. I en upphandling får det inte förekomma någon slags fri prövningsrätt. Detta är ett fel som är att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet och upphandlingen ska normalt sett göras om. I det här fallet, är dock PBG den enda anbudsgivaren som bedömts på detta sätt i kvalificeringen. Det är därför tillräckligt att förordna om rättelse på så sätt att hänsyn endast tas till externa referenser, dvs. att kommunen bortser från den egna referensen vid kvalificeringen. PBG:s anbud ska i likhet med de anbudsgivare som inte tidigare lämnat anbud till kommunen, kvalificeras enbart på de två referenser som bolaget angett i sitt anbud och som uppfyller kraven på referensuppdrag enligt förfrågningsunderlaget.

Sammanfattningsvis har kommunen inte sakliga skäl för sin låga poängsättning. I detta fall ovidkommande personliga skäl, då en av kommunens projektledare har svårt att upprätthålla en tjänstemannamässig och oväldig relation utan låter personliga överväganden styra över kommunens beslut. Det medför att referenstagningen strider mot principen om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunen upphandlar ett ramavtal med både rangordning och förnyad konkurrensutsättning. PBG hade näst lägst pris så anbudet skulle ha hamnat på andra plats vid utvärderingen. Som tvåa på ramavtalet hade PBG fått goda möjligheter att leverera tjänster till kommunen. När den första leverantören inte kan leverera vid en förfrågan från den rangordnade delen upp till fem prisbasbelopp går förfrågan till leverantör nummer två på avtalet. Vid avrop överstigande fem prisbasbelopp är det endast förnyad konkurrensutsättning som gäller och då har samtliga ramavtalsleverantörer lika stor chans att vinna. Skaderekvisitet är därmed uppfyllt och skäl för ingripande föreligger enligt 16 kap. 6 § LOU.

Kommunen anför bl.a. följande. Kommunen anser att PBG har sammanblandat två olika delar i upphandlingen, AUB 518 - Referensuppdrag och AUB 5181 - Referenstagning. Av förfrågningsunderlaget framgår att bedömning enligt AUB 518 genomförs för att säkerställa att anbudsgivaren har utfört arbeten i enlighet med kontraktsföremålet. För bedömningen enligt AUB 518 gäller de uppdragsspecifika kraven som angivits under punkten AUB 518. Vad avser referenstagningen enligt AUB 5181 är syftet att ta vara på beställarens erfarenhet av anbudsgivarens tidigare uppdrag. För dessa uppdrag finns i förfrågningsunderlaget angivet att referenserna inte får vara äldre än fem år och att de ska vara relevanta för uppdraget. De krav som ställs i AUB 518 gäller således inte för AUB 5181.

Angivna referenser har via upphandlingsverktyget erhållit ett e-postmeddelande med länk för inloggning till enkäten. Respondenterna har när de besvarat enkäten gjort sin bedömning enligt skalan från "ej svar" till "ja alltid". I den sammanställning som tas ut från enkätverktyget redovisas respondent, fråga samt vilket svarsalternativ (numrering) respondenten angivit. I den sammanställda utvärderingen har svarsalternativets numrering omvandlats till rätt poäng enligt bilaga 3 - referenstagning i förfrågningsunderlaget. Vad PBG anfört är således felaktigt. Kommunen vill också påpeka att en förklaring till detta lämnats i separat mail till PBG.

Den tjänsteskrivelse som åberopas upprättades i samband med den dialog kommunen haft under tilldelningsperioden med PBG, då bolaget ifrågasatte den bedömning kommunen lämnat. I upphandlingsföreskrifterna finns inga krav på att respondenterna ska redovisa grunderna för sin bedömning. Tjänsteskrivelsen är därför inte relevant i målet. Kommunen har genomfört upphandlingen och

referenstagningen enligt vad som angivits i förfrågan. Respondentens bedömning har baserats på kommunens beställares erfarenheter.

Kommunens internreferens har fått samma referensförfråga via upphandlingsverktyget vid samma tidpunkt som övriga referenser. Kommunens respondent har baserat sin bedömning på samhällsbyggnadsförvaltningens erfarenheter av PBG mot bakgrund att det i frågeställningarna anges att respondenten ska besvara frågor med lydelsen "Upplever ni att leverantören har hållit" eller "hur nöjda eller missnöjda är ni med". Kommunen delar inte PBG:s påstående att kommunens interna referent inte har kunnat svara på referenstagningen och att det finns osakliga skäl bakom den bedömning som kommunen gjort av bolaget. Kommunen förutsätter att respondenterna, oaktat om det är en intern eller en extern referent, lämnar bedömningen baserat på angivna frågor och inte tar hänsyn till eventuella tvistigheter eller personliga situationer.

Av förfrågningsunderlaget framgår på vilket sätt kvalificering, uteslutning och utvärdering kommer att genomföras. Kommunen har genomfört kvalificering, uteslutning och anbudsutvärdering i enlighet med vad som angetts i förfrågan och samtliga anbudsgivare har likabehandlats. För att kommunen "i praktiken" skulle kunna anta det anbud kommunen vill i samband med utvärderingen, som var lägst pris, skulle kommunen även kunna styra anbudsgivarnas prissättning. Att kommunen enligt PBG i praktiken skulle kunna anta det anbud som kommunen vill genom referenstagningen faller på sin egen orimlighet. PBG har inte lidit eller riskerar att lida skada då bolaget enligt de krav som ställs i upphandlingen ska uteslutas från utvärderingen. Om förfrågningsunderlaget i sin konstruktion har så stora brister att förvaltningsrätten delar PBG:s ståndpunkt att kommunen skaffat sig fri prövningsrätt ska upphandlingen göras om. I kvalificeringsfasen har även andra anbudsgivare än PBG

diskvalificerats mot bakgrund av referenstagningen inkluderat kommunens egen referens.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kravet på transparens innebär bl.a. att förfrågningsunderlaget ska vara fullständigt och tydligt på så sätt att leverantören har möjlighet att bedöma vad den upphandlande myndigheten efterfrågar. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt tydligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av förfrågningsunderlaget. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när.

Likabehandlingsprincipen innebär att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn. Alla leverantörer ska ges så lika förutsättningar som möjligt.

Det är möjligt för den upphandlande myndigheten att använda sig av egna referenser vid kvalificeringsfasen så länge det framgår att referenstagningen sker på ett objektiva sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 10 juni 2011, mål nr 862-11). Användningen av egenreferenser syftar till att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att beakta de egna erfarenheterna av anbudsgivaren som är relevanta för den aktuella upphandlingen.

Kommunen har i punkt AUB 5181 i förfrågningsunderlaget angett hur referenser ska användas i upphandlingen. I förfrågningsunderlaget framgår

tydligt att anbudsgivaren ska ange två referenser. Om anbudsgivarna tidigare har genomfört uppdrag åt kommunen kommer en av kommunen inlämnad tredje referens ingå i bedömningen. Respondenternas svar värderas enligt en sexgradig skala om 0-5 poäng. Poängen motsvaras av en bedömning som grundar sig i hur de uppfattat leverantörens insats. Förvaltningsrätten anser att det av aktuellt förfrågningsunderlag framgår vad som kommer tillmätas betydelse i referenstagningen samt i tillräcklig omfattning hur detta kommer att poängsättas. Anbudsgivarna har alltså inte saknat möjlighet att kunna förutse vad som kommer att bedömas vid utvärderingen, även om betygssättningen innefattar subjektiva bedömningar. Vidare finns det ingenting i upphandlingen som tyder på att anbudsgivare som varit i samma situation inte har behandlats lika, dvs. anbudsgivare som tidigare har utfört uppdrag åt kommunen respektive de som inte utför uppdrag för kommunen har behandlats lika.

Annat har inte framkommit i upphandlingen än att samtliga respondenter fått svara på ett antal och på förhand fastställda frågor vid samma tidpunkt. Förvaltningsrätten finner inte att det PBG åberopat visar att kommunens egen referens inte har baserat bedömningen på kommunens beställares erfarenheter. Kommunens internreferens får således anses ha kunnat svara på aktuell referenstagning. Det är inte heller visat att PBG blivit otillbörligt betygssatt i så hög grad av kommunens egen referens att det skulle innebära en överträdelse av transparens- eller likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är den upphandlande myndigheten som, inom godtagbara ramar, själv bestämmer innehållet i en upphandling. Till detta hör också hur poängsättning av kriterierna för upphandlingen ska göras. Förvaltningsrätten kan inte se att det i sig är otillbörligt eller orättvisande med den poängskala och poängsättning som kommunen tillämpat beträffande referenser. Kommunen har således inte skaffat sig fri prövningsrätt på så sätt som PBG anfört. Eftersom PBG inte uppnått den sammanvägda poäng som krävs, vad gäller referenser, uppfylls inte

aktuellt kvalificeringskrav. Kommunen har därför haft fog för att diskvalificera anbudet.

Sammantaget följer av det anförda att PBG inte visat att det finns skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Susanne Bagge

Rådman

Anna Brantberger har föredragit målet.



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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.