



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2017-09-21
Meddelad i Stockholm

Mål nr
5497-17

PARTER

Sökande

Macon AB, 556657-3233
Elektrikergatan 1
802 91 Gävle

Ombud

Advokat Ronny Henning
Advokat Henning AB
Kungsgatan 12
753 32 Uppsala

Motpart

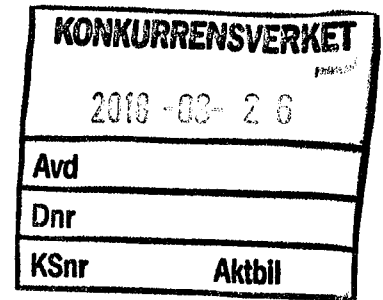
Vattenfall AB, 556036-2138
Evenemangsgatan 13
169 79 Solna

Ombud

Advokaterna Anna Ulfsson och Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om inhämtande av uppgifter.

Förvaltningsrätten avslår Macon AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 864913

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

YRKANDEN M.M.

Vattenfall AB, BU Heat Sweden (Vattenfall) genomför en upphandling avseende utförande av reparations- och underhållsarbeten av eldfasta installationer vid Vattenfalls anläggningar i Sverige (reg.nr 1002861600). Upphandlingen har genomförts genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (LUF). I tilldelningsbeslut den 9 februari 2017 beslutade Vattenfall att teckna avtal med Calderys Nordic AB för alla anläggningsområden.

Macon AB (Macon) yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att Vattenfall redovisar de omständigheter som legat till grund för tilldelningsbeslutet och gör en ny utvärdering där bolagets anbud utvärderas beträffande anläggningsområdet Uppsala – Knivsta. Vidare hemställer Macon att förvaltningsrätten med tillämpning av 38 kap. 4 § RB (rättegångsbalken) förelägger Vattenfall AB att förete skriftlig handling/skriftliga handlingar – i form av utdrag ur huvudbok eller annan projektredovisning – som visar Vattenfalls kostnader under 2016 för infordringsarbeten i Uppsala-Knivsta.

Som grund för talan anförs i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget är inte så klart och tydligt utformat att en leverantör kan avgöra vad Vattenfall tillmätt betydelse vid anbudsutvärderingen. I vart fall är utvärderingsmodellen inte så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Vattenfalls kvalifikationskrav när det gäller metoden Shotcreeting strider mot proportionalitetsprincipen, varför beslutet att förkasta Macon AB:s anbud beträffande anläggningen i Uppsala strider mot proportionalitetsprincipen. Macon har lidit eller riskerar att lida skada på grund av de påtalade bristerna.

Vattenfall bestrider bifall till Macons förstahands- och andrahandsyrkande samt yrkar för egen del att Macons ansökan om överprövning avslås. Vattenfall har utformat förfrågningsunderlaget i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF samt övriga bestämmelser i LUF. Även kvalificeringen och utvärderingen av Macons anbud har genomförts enligt de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § LUF samt även i övrigt i enlighet med övriga bestämmelser i LUF. Vidare har Vattenfall i sin underrättelse om tilldelningsbeslut i upphandlingen gett all den information som framgår av skyldigheterna enligt 9 kap. 9 § LUF.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Edition

Inledningsvis har förvaltningsrätten att ta ställning till Macons yrkande att förvaltningsrätten med tillämpning av 38 kap. 4 § RB ska förelägga Vattenfall AB att förete skriftlig handling/skriftliga handlingar – i form av utdrag ur huvudbok eller annan projektredovisning – som visar Vattenfalls kostnader under 2016 för infordringsarbeten i Uppsala-Knivsta. Med dessa handlingar vill Macon visa att Vattenfalls uppgifter i målet om att räkneexemplen till 90 % är relevanta för de infordringsarbeten som faktiskt utfördes åt Vattenfall under 2016 och att Uppsala- Knivsta stod för 60-70 % av alla infordringsarbeten inte stämmer.

Enligt 38 kap. 2 § RB är den som innehar någon skriftlig handling, som kan antagas äga betydelse som bevis, skyldig att förete den.

Av 38 kap. 4 § RB framgår att är någon skyldig att förete skriftlig handling som bevis, äger rätten förelägga honom att förete handlingen.

Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i rättsfallet HFD 2015 ref. 55 uttalat bl.a. följande. Om part utan framgång hos den upphandlande myndigheten begärt att få ta del av uppgifter som han önskar åberopa till stöd för talan ankommer det på domstolen att pröva om uppgifterna krävs

för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befinns vara fallet, måste domstolen anses vara skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten.

Förvaltningsrätten har i denna del först att pröva om rätten inom ramen för sitt utredningsansvar med utgångspunkt i vad parterna anfört, behöver informationen för att göra en effektiv överprövning. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framgår i målet att Macon har försökt att få ta del av de aktuella handlingarna hos Vattenfall. Förvaltningsrätten bedömer dock att rätten inte behöver dessa handlingar för att göra en effektiv överprövning.

En första förutsättning för att edition ska medges är att handlingen har betydelse som bevis. Macon har som grund för sin talan i målet bl.a. anfört att det räkneexempel som Vattenfall använt sig av vid utvärderingen inte är kopplade till de tjänster som ska utföras i verkligheten. De handlingar som Macon åberopar som bevis är handlingar som visar Vattenfalls kostnader under 2016 för infordringsarbeten i anläggningsområdet Uppsala-Knivsta. Syftet med editionen är att Macon ska visa att de i upphandlingen använda räkneexemplet inte överensstämmer med Vattenfalls behov. Med beaktande av att aktuell upphandling avser reparations- och underhållsarbeten av eldfasta installationer vid Vattenfalls anläggningar i Sverige de kommande fyra åren bedömer förvaltningsrätten att det i formell mening inte kan antas att handlingarna har betydelse som bevis. Yrkandet om edition ska därför avslås.

Utgångspunkter för prövningen

LUF har upphävts genom lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella

upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017 varför LUF är tillämplig.

Enligt 1 kap. 24 § LUF ska upphandlande enheter 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 är 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 § LUF. 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 LUF (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 upphandlande myndigheten brutit mot LUF. Rätten kan därvid endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

De frågor förvaltningsrätten ska ta ställning till i målet är

- Om förfrågningsunderlaget är så klart och tydligt att en leverantör kan avgöra vad Vattenfall tillmätt betydelse i utvärderingen och om utvärderingsmodellen är så utformad att den är ägnad att ge ett rättvisande resultat.
- Om de ställda kvalifikationskraven beträffande erfarenhet av metoden shotcreting avseende anläggningen i Uppsala strider mot proportionalitetsprincipen.

Förfrågningsunderlagets transparens avseende utvärdering och utvärderingsmodellens utformning

Macon har anfört följande. Vattenfalls krav och utvärderingsmodell är inte kopplade till de tjänster som ska utföras i verkligheten. Helt avgörande för

utvärderingen av vilka anbud som är de ekonomiskt mest fördelaktiga är den prissättning som anbudsgivarna gör för ett ”tänkt” infordringsarbete genom att fylla i Excel-blad (räkneexempel) för de offererade anläggningarna. Beträffande samtliga anläggningar består det tänkta arbetet i infordring av en viss yta tubad pannvägg, som består av 57 mm tuber cc 77 mm. Pannväggen ska beläggas med 70 %-ig SIC (Kiselkarbid) lågcementgjutmassa som ska täcka tubernas toppar med 50 mm. De tillhandahållna excel-bladen ser likadana ut för samtliga anläggningar med undantag för antalet kvm som ska infordras och den fiktiva stilleståndskostnaden per timme. Alla räkneexempel – utom beträffande anläggningen i Uppsala – saknar erforderlig relevans för de arbeten som i verkligheten ska utföras och de priser som lämnats i anbuden. Räkneexemplen är utformade så att den metod som är den överlägset snabbaste och därmed helt avgörande faktorn vid utvärderingen av anbuden är metoden ”Shotscreeting”. Den bristande relevansen i räkneexemplen ser olika ut beroende på vilka anläggningar räkneexemplen avser. Bristerna består i att anläggningar saknar tubad pannvägg och/eller att SIC inte används på det sätt räkneexemplen förutsätter. Vattenfall har valt att upphandla eldfasta arbeten avseende åtta anläggningsområden som ska utvärderas var för sig. De krav som ställs ska vara kopplade till just de tjänster som ska utföras på respektive anläggningsområde. Antingen saknas, förutom anläggningarna i Uppsala-Knivsta, tubade pannväggar i anläggningarna eller så används inte SIC alls eller så används en annan SIC än 70 %-ig SIC. Räkneexemplet utgår från att ett material ska användas som inte kommer att användas mer än marginellt. Vattenfalls prisexempel ger en skev och irrelevant bild även när det gäller materialkostnaden. Att endast Vattenfall kan bedöma vilket behov Vattenfall har, betyder inte att krav som ställs inte måste vara kopplade till det som ska upphandlas. Macon har lämnat in vittnesintyg avseende hur Vattenfalls olika anläggningar är utformade och faktiskt utförs.

Vattenfall har anfört bl.a. följande. De krav som ställts i upphandlingen avser och är utformade utifrån de tjänster som ska utföras vid de

anläggningar som omfattas av upphandlingen. De valda räkneexemplen har varit utformade för att identifiera det eller de ekonomisk mest fördelaktiga anbuden utifrån den absoluta majoriteten av utförda arbeten på Vattenfalls anläggningar och de konkreta förhållandena i Uppsalas anläggning har fått stipulera exempel i utvärderingarna avseende samtliga anläggningar. Anläggningen i Uppsala/Knivsta motsvarar den absolut största delen av arbetena i upphandlingen. Utvärderingen är rättvisande utifrån Vattenfalls verkliga behov. Vidare är en viktig faktor att arbetena som ska genomföras kan genomföras så skyndsamt som möjligt eftersom varje stund av stillestånd kostar pengar. Detta är bakgrunden till att Vattenfall påfört en fiktiv stilleståndskostnad. Vattenfall bestrider att räkneexemplen varit missvisande eller irrelevanta för upphandlingsföremålet. Utvärderingen har inte enbart bestått av utvärderingen av fiktiva räkneexempel utan även av utvärdering av tim- och materialpriser. Upphandlingen syftar till att tillgodose Vattenfalls behov under de kommande fyra åren. Räkneexemplen utgår från en fiktiv situation som Vattenfall har ansett vara representativ för den absolut största delen av de slags arbeten som typiskt sätt kommer att behöva utföras vid anläggningarna under det avtal som upphandlingen kommer att resultera i. Utvärderingen är relevant och har konkret koppling till upphandlingsföremålet. Det är endast Vattenfall som kan avgöra vilken modell som ska utgöra utgångspunkten för utvärderingen. I anläggningarnas värmepannor finns 100-tals olika material, varav runt 20 material används mer frekvent än övriga. Det är dock inte görligt eller rimligt att i en utvärdering försöka ta höjd för samtliga de material och arbeten som rent konkret kan komma att behöva utföras under den fyraåriga avtalstiden. Utvärderingen baseras vidare på ett antal parametrar som ska anges av anbudsgivaren. Det är relevant dels hur lång tid olika arbeten beräknas ta, dels timkostnaden för arbetena i fråga, dels materialkostnaderna. Metoden Shotcreet är den mest effektiva metoden för att utföra de aktuella arbetena. För närvarande används metoden endast i anläggningsområdet Uppsala/Knivsta men det är sannolikt att övriga anläggningar kommer att ställa om till att använda denna metod framöver eftersom den är mest

effektiv och kostnadsbesparande. Vattenfall har dock inte i utvärderingen krävt att en viss metod ska användas. Vattenfall har slagit fast att exemplen ska utgå från 70 % -ig SIC för att skapa jämförbarhet mellan anbudena och för att förutsättningarna ska vara lika för alla anbudsgivare. Vattenfall har utgått från behovet inom ett anläggningsområde och inte behovet i enskilda pannor inom ett anläggningsområde. Det är högst relevant att räkneexemplen utgår från arbeten avseende tubade pannväggar då de flesta anläggningsområden inbegriper s.k. tubade pannväggar

Förvaltningsrättens bedömning

Macon gör gällande att utvärderingsmodellen är behäftad med flera fel då den inte har sin utgångspunkt i verkliga förhållanden och att utvärderingsmodellen därmed brister i transparens. Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande enhet har stor frihet att välja metod för anbudsutvärdering under förutsättningen att det på ett transparent och förutsägbart sätt framgår hur utvärderingen kommer att gå till. Vattenfall har i aktuell upphandling valt att vid bedömningen av det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt bl.a. använda sig av ett fiktivt räkneexempel. Av förfrågningsunderlaget (p. 9) framgår att utvärderingskriterierna pris och installationstid enligt räkneexemplen, bilaga 5 i förfrågningsunderlaget, kommer att utvärderas med en viktningsfaktor 0,75. Utvärderingsmodellen har enligt förvaltningsrättens mening beskrivits på ett godtagbart sätt i förfrågningsunderlaget. Utifrån modellens utformning får utfallet av utvärderingen anses innebära att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Även med beaktande av att det fiktiva räkneexemplet inte fullt ut speglar samtliga anläggningsområden får utvärderingsmodellen anses ändamålsenlig för den aktuella upphandlingen. Utvärderingsmodellen strider således inte mot LUF eller de unionsrättsliga principerna.

Strider kvalifikationskraven beträffande erfarenhet av metoden shotcreting avseende anläggningen i Uppsala /Knivsta mot proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som är ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas (jmf. prop. 2006/07:128 s. 132).

En proportionalitetsprövning sker vanligen i tre steg. Den första innefattar frågan om åtgärden är ägnad att uppnå det eftersträvade syftet. Det andra steget utgörs av en prövning av om den är nödvändig för att uppnå det avsedda ändamålet. Till sist bedöms om den fördel som det allmänna vinner står i rimlig proportion till den skada som åtgärden förorsakar berörda enskilda intressen (se HFD 2016 ref. 37 och HFD:s hänvisningar i målet).

I förfrågningsunderlaget under p 2.3 Utförandekrav m.m. ställs beträffande avfallspannor krav på att anbudsgivaren ska kunna utföra infordring enligt arbetsmetoden "shotcreeting" dvs. installation med färdigblandat/mixat eldfast material som appliceras med pump och tryckluft. Enligt p 7 i förfrågningsunderlaget ska minst tre referenser på uppdrag i avfallspannor med minst tre års referenstid (utförda för tre år sedan eller tidigare) enligt metoden "shotcreeting" redovisas i anbudsföreläggningen bilaga 3.

Vattenfall har förkastat Macons anbud avseende anläggningen i Uppsala med motiveringen att bolagets referenser inte uppfyller kraven för eldfasta arbeten i avfallspannor för Uppsala.

Macon har anfört att kravet går utöver vad som är nödvändigt för upphandlingen och inte leder till att det avsedda syftet uppnås samt inte står i rimlig proportion till de arbeten som upphandlas. Bolaget ifrågasätter nyttan av erfarenheter som är mer än tre år gamla. Kravet utesluter de företag som, liksom *Macon*, börjat använda metoden i stor omfattning senare än tre år tillbaka i tiden. Det proportionerliga kravet på erfarenhet hade snarast varit att anbudsgivaren ska redovisa tre referenser inom den senaste treårsperioden.

Macon har inte haft tre referenser på uppdrag i avfallspannor med minst tre års referenstid enligt metoden Shotcreeting. Däremot har medarbetare hos Macon, tidigare anställda hos Calderys Nordic AB, den erfarenheten.

Vattenfall har anfört följande. Anledningen till kravet på erfarenhet som är mer än tre år gamla är att eldfasta infordringar i avfallspannor, såsom de är i Uppsala/Knivsta, är komplicerade och kräver stor kännedom om förhållandena och förutsättningarna i den enskilda pannan för att få till en bra funktion och livslängd. En installation av eldfasta infordringar i avfallspannor som håller i mer än tre år anses som en fullgod installation. *Vattenfall* anser att kravet är lämpligt och nödvändigt, sett till kravets syfte. Eftersom flera anbudsgivare bevisligen kunnat uppfylla kravet är den konkurrensbegränsade effekten av kravet inte orimlig i förhållande till syftet med kravet. Av den referensbilaga avseende shotcreeting som Macon bifogat till sitt anbud kan utläsas att bolaget under de senaste åren rekryterat några personer som i sin tur har haft viss erfarenhet av shotcreetingprojekt, dock främst som säljare och projektledare. Detta kan inte anse motsvara den erfarenhet som *Vattenfall* krävt i upphandlingen dvs. erfarenhet av tre uppdrag att utföra konkreta arbeten med shotcreetingsmetoden. Att endast ha arbetat på ett bolag som tillämpar shotcreeting är inte tillräckligt för att uppfylla referenskravet i fråga.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten finner att det ställda referenskravet avseende arbeten med avfallspannor är adekvat och relevant samt har ett naturligt samband med det som efterfrågas i upphandlingen. Kravet bedöms även vara proportionerligt och strider således inte mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som Macon har anfört i målet inte utgör omständigheter som visar att *Vattenfall* har genomfört upphandlingen i strid mot LUF. Det saknas därmed grund för ingripande med stöd av denna lag. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Eva Blom

Rådman

Ann-Kristin Rosén 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-postadress, 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.