



SÖKANDE

EKAB Recycling AB, 556380-5257

Ombud:

Advokat Johanna Näslund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 143
701 42 Örebro

MOTPART

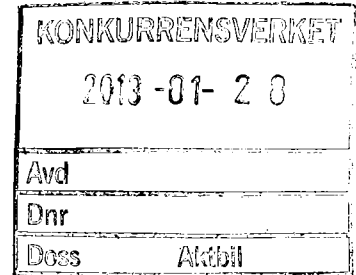
Vafab Miljö AB, 556191-4200

Ombud:

Advokat Per-Ola Bergqvist
Foyen Advokatfirma i Sverige KB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Vafab Miljö AB (Vafab) har genomfört en upphandling genom öppet förfarande avseende krossning av avfall, dnr 2012/232-VMA-061 (upphandlingen). Den 12 oktober 2012 beslutade Vafab att tilldela Nordisk Energiåtervinning AB kontrakt i upphandlingen. Den 16 oktober 2012 fattade Vafab ett nytt tilldelningsbeslut med ett förtydligande i fråga om avtals-spärr.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sitt förstahandsyrkande har bolaget anfört bl.a. följande. Bolagets anbud har diskvalificerats i upphandlingen eftersom Vafab, i egenskap av referent för bolaget, har lämnat så låga omdömen om bolaget att det har uteslutits. Enligt vad som framgår av förfrågningsunderlaget punkten 3.3 diskvalificeras en anbudsgivare som erhåller ett lägre omdöme än 3 från en referent gällande någon av de frågor som uppräknas i bilagan. Bolaget har erhållit 2 i omdöme från Vafab för sju av de frågor som angivits i bilagan. Frågorna har varit mycket subjektivt formulerade, som t.ex. formuleringarna *"Skulle ni rekommendera företaget till andra uppdragsgivare vid en förfrågan"* och *"Hur nöjda eller missnöjda är ni med företagets kompetens och resurser"*. Företrädare för bolaget uppger sig ha en ansträngd relation med den person hos Vafab som lämnat omdömena om bolaget. Den ansträngda relationen beror av en tidigare konflikt angående det tidigare avtalet mellan Vafab och bolaget. Bolaget uppger att det är samma person som har varit referent hos Vafab som också har handlagt själva upphandlingen. Vafab har genom att vara referent i upphandlingen förbehållit sig fri prövningsrätt vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Till stöd för sitt andrahandsyrkande anför bolaget i huvudsak följande. Vafab har använt sig av en kvalificeringsmodell som varken har varit lika-

behandlande eller proportionell. Det är inte proportionellt att ett enda lågt betyg från tre olika referenser avseende sammanlagt 30 frågor kan leda till att en leverantör utesluts ur upphandlingen. Det är inte heller proportionellt att ge en handläggare vetorätt i frågan om vilka anbudsgivare som är aktuella för en utvärdering. Bolaget borde rätteligen ha tilldelats kontrakt i upphandlingen. Bolaget anför att det har lidit eller i vart fall riskerat att lida skada på grund av att Vafab brutit mot likabehandlings- och proportionalitetsprincipen i upphandlingen.

Vafab bestrider bifall till bolagets yrkanden. Det är inte den utpekade personen som har varit ansvarig för aktuell upphandling. Såvitt framgår av praxis föreligger det inget hinder mot att använda sig av egna referenser i upphandlingar. Det är riktigt att den utpekade personen har varit behjälplig som referent i upphandlingen. Det stämmer dock inte så som bolaget påstår att det inte har framförts kritik med anledning av det tidigare avtalet. Bolaget har erhållit låga omdömen på grund av den kritik som faktiskt har framförts. Det är ett felaktigt påstående att Vafab skulle ha en fri prövningsrätt utifrån den referensmodell som Vafab har använt sig av i upphandlingen. I förevarande fall har det tydligt framgått hur den interna referenstagningen skulle gå till och vilka objektivt iakttagbara omständigheter som har bedömts. Bolaget gör vidare ett stort väsen av att en uteslutning kan orsakas av ett enda lågt betyg av totalt trettio av referenspersonernas – interna och externa – lämnade svar. Det måste finnas utrymme för att en enda omständighet kan utesluta en anbudsgivare från vidare deltagande i en upphandling förutsatt att kravet är av väsentlig betydelse för beställaren. Bolaget har dessutom erhållit flera tvåor i bedömningen och kan därför inte anses ha lidit någon skada.

Bolaget genmäler bl.a. följande. Det är korrekt så som anförts av Vafab att det inte är otillåtet att nyttja interna referenser så länge detta sker med iakttagande av de grundläggande principerna om likabehandling och transpa-

rens. Bolaget bestrider att några brister har funnits med anledning av det tidigare avtalet. De brister som har påståtts beror enbart på den konflikt som föreligger mellan bolaget och utpekad person hos Vafab. Det är självklart att en myndighet där en av de anställda har haft en konflikt med en leverantör inte är lämplig som referent. Konflikten har gjort det omöjligt för utpekad person hos Vafab att objektivt utvärdera bolaget. För att säkerställa att bolaget behandlas på samma sätt som övriga anbudsgivare menar bolaget att upphandlingen ska rättas på så sätt att aktuell referent från Vafab inte beaktas vid kvalificeringen av anbud. Referenser från Vafab var inte ett krav för samtliga anbudsgivare varför andra anbudsgivare inte har diskriminerats på samma sätt. Det är inte transparent att endast ett omdöme från en referent ska diskvalificera anbudsgivaren från upphandlingen. Utvärderingen har inte skett på ett proportionellt, transparent och likabehandlande sätt.

Vafab anför därefter bl.a. följande. Den kritik som framförts mot Vafab har även kommit från andra anställda än den utpekade personen, vilket framgår av bifogad mailväxling. Vafab har inte förbehållit sig fri prövningsrätt i upphandlingen. Det faktum att bolaget har uteslutits ur upphandlingen beror enkom på de brister och den misskötsamhet som bolaget gjort sig skyldig till vid utförande av tidigare uppdrag. Referenstagningen har således skett helt i enlighet med gällande principer om likabehandling, proportionalitet och transparens.

DOMSKÄL

Den första frågan i målet förvaltningsrätten har att ta ställning till är om tillämpad referensmodell under kvalificeringsfasen i upphandlingen medfört att Vafab förbehållit sig fri prövningsrätt i strid med likabehandlings- och transparensprincipen.

I punkten 3.3 första stycket i förfrågningsunderlaget anges följande. Anbudsgivaren ska för tidsperioden 2006-01-01 t.o.m. 2011-12-31 redovisa minst två andra referensuppdrag (andra än för Vafab Miljö) – kommuner/kommunbolag eller andra uppdragsgivare – med angivande av kund (företag/organisation), tid för uppdragets utförande, namn och kontaktuppgifter till uppdragsgivare samt en beskrivning av uppdraget som visar att detta haft en sådan omfattning som efterfrågas i kravet. Endast Vafab Miljö skall genomföra referenstagningen. Vid utvärdering av referenser tar vi hänsyn till referentens bedömning av hur väl anbudsgivaren/entreprenören genomfört uppdraget utifrån de i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget angivna frågorna. Varje enskild fråga skall av samtliga referenter ges lägst värdet 3. Om så inte är fallet diskvalificeras anbudsgivaren.

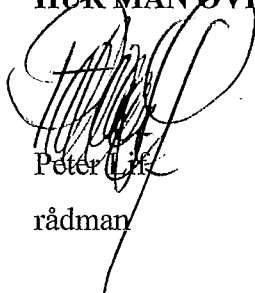
I punkten 3.3 andra stycket i förfrågningsunderlaget anges följande. Om anbudsgivaren utfört krossningsuppdrag åt Vafab Miljö under ovan angivna förutsättningar och tidsperiod, kommer Vafab Miljö att internt utföra med ovan motsvarande referenstagning. Denna kommer då att ingå i prövningen av anbudet utöver de av anbudsgivaren angivna två referensuppdragen.

Det framgår av praxis att det är möjligt för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser under kvalificeringen av anbudsgivare under förutsättning att referenstagningen sker på ett objektiva sätt så att inte de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när, jfr Kamrarrätten i Stockholms avgöranden från den 1 juni 2006 (mål nr 788-09) och den 5 november 2012 (mål nr 5099-10). Det finns således inte i sig något hinder mot att Vafab är referent i upphandlingen. Enbart den omständigheten att upphandlande myndighet är referent i upphandlingen medför däremot inte att upphandlande myndighet förbehållit sig fri prövningsrätt i upphandlingen.

Det anges i förfrågningsunderlaget att angivna referenser ska besvara 10 frågor som anges i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget. Underlaget kommer sedan att ligga till grund för en kvalificering av anbudsgivare. Frågorna avser tidigare genomförda uppdrag och varje fråga ska betygsättas med poäng mellan 1 och 4, där 1 poäng representerar den lägsta poängen och 4 poäng den högsta poängen. För det fall anbudsgivaren tilldelas 2 poäng för en fråga medför detta att anbudsgivaren diskvalificeras ur upphandlingen. Vid en översyn av de 10 frågor som har ställts till referenserna i upphandlingen finner förvaltningsrätten att ett par av frågorna, bl.a. frågorna *"upplever ni att företaget har genomfört uppdrag åt er på ett tillfredsställande sätt"*, *"Skulle ni rekommendera företaget till andra uppdragsgivare vid en förfrågan"* och *"Hur nöjda eller missnöjda är ni med företagets kompetens och resurser"*, med hänsyn till formulering och innehåll lämnar utrymme för godtycke. Ett flertal frågor saknar även en beskrivning vilka faktorer referensen ska väga in för att avgöra om anbudsgivaren är värd en hög respektive låg poäng, eller vad som ska vägas in för att bli godkänd.

Med beaktande av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att det sätt på vilket Vafab har utformat de frågor och den poängskala som legat till grund för referensernas poängsättning, lämnar alltför stort utrymme för godtycklighet hos referenserna. Anbudsgivarna har därmed saknat möjlighet att förutse vad som skulle komma tillmätas betydelse vid anbudsprövningen. Utrymmet för godtycklighet medför enligt förvaltningsrättens bedömning att Vafab förbehållit sig fri prövningsrätt i upphandlingen. Ett utformande av krav enligt vilka upphandlande myndighet förbehållit sig fri prövningsrätt strider mot likabehandlingsprincipen (jfr C-19/00 SIAC p. 33-34). Bolaget har på grund härav lidit skada i upphandlingen. Felet härrör från utformandet av underlaget för referenstagningen och således till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska därmed göras om.

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



Peter L. J.

rådman

Målet har handlagts av Kristine Nilsson.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU