

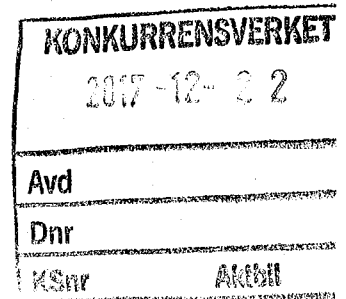


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

DOM
2017-12-22
Meddelad i Stockholm

Mål nr
23939-17



KLAGANDE

Svevia AB, 556768-9848
Box 4018
171 04 Solna

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur.kand. Olle Lindberg
Advokatfirman Kahn Pedersen
Box 16119
103 23 Stockholm

MOTPART

Stockholms Stad
Box 8311
104 20 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 922923

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.

Trafiknämnden i Stockholms stad (Stockholms stad) har upphandlat barmarksrenhållning och vinterväghållning av gatumark inom Enskede, Årsta, Vantör och del av Älvsjö (upphandlingen) genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslutet fattades den 3 oktober 2017 varvid Svevia AB:s anbud förkastades efter att Stockholms stad funnit att det inte uppfyllde kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet eftersom Svevia AB inte fått betyget godkänt för samtliga delar i referensblanketten. En anbudsgivare, Peab Anläggning, uppnådde kvalificeringskraven och tilldelades upphandlingen.

Svevia AB (Svevia) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett på så vis att Sveglias anbud tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar Svevia att upphandlingen ska göras om. Svevia har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande.

Referensblankettens utformning

Stockholms stad har brutit mot principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU genom att förutsättningarna för upphandlingen varit så otydliga att det på förhand inte varit möjligt för referenspersonerna eller anbudsgivarna att veta hur referensblanketten ska tolkas och fyllas i för att anbudet ska godtas. Stockholms stad har även brutit mot nämnda principer när Sveglias anbud förkastats trots att anbudet uppfyllt samtliga obligatoriska krav.

Av upphandlingsdokumentet framgår att prövningen av anbudsgivarna ska ske enligt en utvärderingsmall där anbudsgivarna i en referensblankett ska uppge ett referensuppdrag. Uppdragsgivaren för referensuppdraget ska sätta något av betygen ”Icke godkänd”, ”Delvis godkänd” eller ”Godkänd” i olika

delar. Upphandlingsdokumentet saknar beskrivning av vad betyget ”Delvis godkänd” innebär för det sammanlagda betyget. Referenspersonen lämnade för Svevia betyget ”Delvis godkänd” i tre delar, men intygade samtidigt genom sin namnteckning att uppdraget utförts ”enligt gängse branschnormer och på ett korrekt sätt”. Svevia var därmed av uppfattningen att referensuppdraget skulle uppfylla Stockholms stads krav i upphandlingen. Formuleringen att uppdraget utfördes ”enligt gängse branschnormer och på ett korrekt sätt” har sannolikt bidragit till att referenspersonen ansett sig ha lämnat ett totalt sett godkänt omdöme för Svevia och till att hon missförstått blanketten.

Svevia anser att betyget ”Delvis godkänd” inte kan innebära detsamma som ”Icke godkänd”. Referenspersonen har även bekräftat för Svevia att hon inte förstod att användningen av betyget ”Delvis godkänd” i praktiken innebar att hon gav Svevia ett underkänt betyg. Avsikten var tvärtom att intyga att hon var nöjd med Svevia som leverantör. Svevia har haft det nuvarande kontraktet för uppdraget och under avtalstiden har Stockholms stad inte gjort några reklamationer och några sanktioner har inte heller aktualiserats. Avtalsrelationen har varit välfungerande och Stockholms stad har även förlängt avtalet med Svevia vid två tillfällen, och därmed utökat avtalstiden. Eftersom referensblanketten visar att kravet på efterfrågad teknisk och yrkesmässig kompetens är uppfyllt, och referenspersonens avsikt har varit att under alla förhållanden ge Svevia ett godkänt betyg, borde Stockholms stad tagit upp Sveglias anbud till utvärdering. Stockholms stad har därför felaktigt förkastat Sveglias anbud, trots att samtliga obligatoriska krav varit uppfyllda. Härigenom har Stockholms stad brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens som framgår av 4 kap. 1 § LOU. Svevia har även kommit in med det lägsta anbudspriset och borde således tilldelats kontraktet i upphandlingen. Svevia har genom Stockholms stads överträdelse orsakats sådan skada som avses i 20 kap. 6 § LOU.

Tillämpningen av referensblanketten och dess förenlighet med 13 kap. 3 § 5 LOU

Av 13 kap. 3 § LOU framgår en uttömmande lista med omständigheter avseende en anbudsgivares tidigare misskötsel av upphandlade kontrakt vilka kan ligga till grund för uteslutning ur en upphandling. Särskilda krav bör ställas på de fall där en myndighet vill lägga sin egen subjektiva värdering kring kvaliteten hos en viss anbudsgivare. När den upphandlande myndigheten själv är referens medför det att särskilt höga krav ställs för att myndigheten ska få beakta sådana omständigheter. Enligt 13 kap. 3 § 5 LOU krävs för att det ska vara möjligt att beakta en sådan tidigare avtalsrelation och använda tidigare brister mot en anbudsgivare, att bristerna varit av sådan art att kontraktet sagts upp eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder. Stockholms stads tillämpning av kravet på referenser i upphandlingen har skett på ett sätt som strider mot 13 kap. 3 § 5 LOU.

Eftersom Stockholms stad är en tidigare uppdragsgivare till Svevia har den upphandlande myndigheten beaktat egna erfarenheter vid referenstagningen. Stockholms stad har inte visat på några allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i det tidigare avtalet i den mening som avses i 13 kap. 3 § 5 LOU. Utformningen och tillämpningen av referensblanketten är således oförenlig med bestämmelsen i 13 kap. 3 § 5 LOU. Sveglias anbud har förkastats trots att Stockholms stad saknat möjlighet att beakta egna omdömen som har med tidigare misskötsel att göra. Om det vore möjligt att beakta en befintlig leverantörs påstådda misskötsel genom referenstagning hos den egna organisationen skulle de rättssäkerhetsgarantier som bestämmelsen i 13 kap. 3 § 5 LOU ger uttryck för helt sakna betydelse. Felet kan läkas genom att en ny utvärdering genomförs och Sveglias anbud tas upp till utvärdering enligt förstahandsyrkandet. Finner förvaltningsrätten att felet inte kan läkas genom rättelse ska förvaltningsrätten besluta att upphandlingen ska göras om i enlighet med Sveglias

andrahandsyrkande. Hade inte bestämmelserna i LOU överträtts skulle Svevia tilldelats kontraktet eftersom deras anbudspris var det lägsta. Därigenom har Svevia lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada.

Stockholms stad bestrider bifall till ansökan och tillägger bl.a. följande.

Referensblankettens utformning

Det finns enligt Stockholms stad inte något krav på att det av en referensblankett ska framgå för referenslämnaren vilka konsekvenser ett visst betyg får för anbudsgivaren. I upphandlingsdokumentet framgår det av kod AFB.31 i de administrativa föreskrifterna att anbudsgivaren till anbudet ska bifoga ifyllt anbudsformulär, handling 14.2. Anbudsformuläret anger de uppgifter som anbudsgivaren ska ange i anbudet för att kunna antas. I punkten 1.5 framgår att referenser från minst ett uppdrag som anbudsgivaren utfört de tre senaste åren ska bifogas som bilaga 5b till anbudet. I samma punkt anges bl.a. att uppdraget ska ha uppfyllt uppdragsgivarens ställda mål/krav. Därutöver anges särskilt i samma punkt att anbudsgivaren ska för samtliga delar i referensblanketten erhållit betyget godkänt. Det har inte kommit in någon fråga under upphandlingen från någon av anbudsgivarna kring hur blanketten ska fyllas i eller hur den ska tolkas. Den i målet aktuella referenspersonen har för Stockholms stad uppgett att hon inte fått någon fråga från anbudsgivaren om blankettens tolkning eller lämnade svar mellan det att referensen lämnades och tilldelningsbeslutet. Hon blev kontaktad av anbudsgivaren först efter tilldelningsbeslutet. Hon bekräftar vad som anförts av bolaget, att hon haft en annan tolkning av innebörden av och skillnaden mellan ”Delvis godkänd” och ”Godkänd” än den som Stockholms stad avsett.

Tillämpningen av referensblanketten och dess förenlighet med 13 kap. 3 § 5 LOU

Stockolms stad bestrider att bestämmelsen i 13 kap. 3 § 5 LOU utgör hinder för en upphandlande myndighet att beakta egna referenser i en upphandling. Bestämmelsen avser uteslutningsgrunder som får beaktas. De egna referenser som är aktuella i målet avser att styrka anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Av 14 kap. 5 § LOU framgår att referenser får användas och det finns inget krav på att förhållanden som anges i 13 kap. 3 § 5 i LOU måste föreligga för att en upphandlande myndighet ska kunna beakta en egen referens. En egen referens kan visa att en anbudsgivare inte har efterfrågad teknisk och yrkesmässig kapacitet, även om de eventuella bristerna i och för sig inte är sådana som anges i 13 kap. 3 § 5 LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Referensblankettens utformning

Svevia har gjort gällande att utformningen av referensblanketten i förfrågningsunderlaget brutit mot principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU. Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse, så länge det sker inom ramen för de grundläggande principer som gäller vid offentlig upphandling. Ett förfrågningsunderlag ska vara så tydligt att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En

rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna förstå vad som efterfrågas. De skiftande förhållanden som förekommer inom det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte överträds (jfr RÅ 2002 ref. 50 och RÅ 2010 ref. 78).

Enligt förvaltningsrätten måste det inte framgå för referenspersonen vad följderna av ett visst betyg blir. Det gör inte någon skillnad att parterna är överens om att referenspersonen efter tilldelningsbeslutet uppgett att hon inte förstod att betyget hon uppgav i referensblanketten i praktiken innebar att Svevias anbud skulle förkastats. Kravet att förstå vad som efterfrågas är riktat mot anbudsgivaren, och inte mot referenspersonen. Alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare bör enligt förvaltningsrättens mening kunna tolka innebörden av förfrågningsunderlaget i nu aktuell del i upphandlingen på samma sätt och förstå vad som efterfrågas. Särskilt eftersom det i samma handling som referensblanketten, handling 14.2, finns en tydlig och klar instruktion av vilken det framgår att anbudsgivaren för samtliga delar i referensblanketten ska ha erhållit betyget godkänt. Referensblankettens utformning är därför tillräckligt tydlig i detta avseende och kan inte anses stå i strid med principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU.

Vad gäller frågan om innebörden av betyget ”Delvis godkänt” konstaterar förvaltningsrätten att betygen ”Icke-godkänt” och ”Delvis godkänt” inte har samma innebörd, men att resultatet däremot blir detsamma vid kvalificeringen med hänvisning till att det av punkt 1.5 i samma handling som referensblanketten, handling 14.2, framgår att det är betyget godkänt som krävs för att bli kvalificerade. Av lämnad referensblankett framgår att referenspersonen för Svevia har lämnat betyget ”Delvis godkänt” för följande delar. Entreprenören har hållit överenskomna tider, entreprenören

har ombesörjt resurser och organisation samt administrerat sin entreprenad, och för kvaliteten på entreprenörens utförda arbete. Betyget ”Godkänt” har lämnats för bl.a. att entreprenören har utfört arbetet fackmässigt och enligt gängse branschnormer samt på ett korrekt sätt. Referenspersonen har sedan lämnat sin underskrift på referensblanketten under ett stycke på sista sidan där det bl.a. framgår att hon bekräftar att uppdraget utförts ”enligt gängse branschnormer och på ett korrekt sätt”. Förvaltningsrätten konstaterar att detta redan framgår av de delar där Svevia har fått betyget ”Godkänt”. Underskriften tillför således inte något nytt utan bekräftar vad som tidigare fyllts i. Som beskrivits framgår det av instruktionerna till referensblanketten att det är betyget godkänt som krävs i alla delar. Eftersom det betyget inte har lämnats i alla delar har Stockholms stad haft rätt att förkasta Sveglias anbud. Även om blanketten inte är optimalt utformad får den ändå godtas eftersom att principerna om transparens och likabehandling inte åsidosatts. Förvaltningsrätten konstaterar sammanfattningsvis att utformningen av förfrågningsunderlaget inte strider mot principerna likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LOU.

Tillämpningen av referensblanketten och dess förenlighet med 13 kap. 3 § 5 LOU

Stockholms stad har i upphandlingen gett anbudsgivarna möjlighet att komma in med referensuppdrag för att styrka den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten. Sveglias referens avser ett uppdrag där Svevia varit uppdragstagare åt Stockholms stad. Med anledning av detta anser Svevia att bestämmelsen i 13 kap. 3 § 5 LOU utgör ett hinder för Stockholms stad att beakta egna referenser i upphandlingen.

Av 14 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en upphandlande myndighet i en upphandling får ställa krav på att leverantören ska vara kvalificerad i vissa avseenden. Enligt punkten 3 samma bestämmelse framgår att kraven

endast får avse teknisk och yrkesmässig kompetens. Av 14 kap. 5 § LOU framgår att bestämmelsen innebär att det får ställas krav att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Av förarbetena framgår att myndigheten i detta syfte särskilt får kräva att leverantören visar att de har tillräcklig erfarenhet genom att ge in lämpliga referenser från tidigare fullgjorda kontrakt. Lagstiftaren har vidare uppgett att det vid lämnande av referenser från tidigare fullgjorda kontrakt kan finnas anledning att ifrågasätta en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet med hänsyn till att det föreligger en intressekonflikt. Lagstiftaren är dock tveksam till om sådan hänsyn ska tas vid bedömningen av om kvalificeringskraven är uppfyllda och anser att en sådan omständighet i stället ska beaktas inom ramen för bestämmelserna om uteslutning av leverantörer i 13 kap. 3 § LOU (se prop. 2015/16:195 s.1095). Av 13 kap. 3 § LOU framgår en uttömmande uppräknning av omständigheter vilka kan ligga till grund för uteslutning ur en upphandling. Grunderna som räknas upp är fakultativa uteslutningsgrunder vilket följer av att det anges att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör om förutsättningarna för uteslutning är uppfyllda (se a.a. s. 1086).

Av 13 kap. 3 § 5 LOU framgår att en upphandlande myndighet får utesluta en leverantör från att delta i en upphandling, om leverantören har visat allvarliga eller ihållande brister i fullgörandet av något väsentligt krav i ett tidigare kontrakt och upphandlingen har medfört att det tidigare kontraktet har sagts upp i förtid eller lett till skadestånd eller jämförbara påföljder.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Av referensblanketten framgår att referensen ska tjäna som bevis på att anbudsgivande företag uppfyller kravet på erforderlig kompetens. Syftet med referensblanketten är således att styrka den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten för att kvalificeras i upphandlingen. Även om en uteslutning och ett förkastande av ett anbud

leder till att en anbudsgivare inte kan komma i fråga för tilldelning av ett kontrakt anser förvaltningsrätten att det rör sig om två skilda saker. Stockholms stad har inte beaktat det tidigare avtalsförhållandet mellan parterna som en uteslutningsgrund genom användningen av referensblanketten. Syftet har enbart varit att ta in referenser som visar på att anbudsgivarna uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet för att kvalificera sig i upphandlingen. Även om en tidigare avtalsrelation varit utan problem eller mer eller mindre problemfri innebär det inte att en anbudsgivare per automatik uppfyller krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet i en ny upphandling. Det är enligt förvaltningsrättens mening möjligt att det vid lämnande av referenser för kvalificering visar sig att anbudsgivaren saknar efterfrågad kompetens vad avser teknisk och yrkesmässig kapacitet, även om bristerna inte är sådana som är hänförliga till vad som anges i 13 kap. 3 § 5 LOU. Bestämmelsen kan inte anses innebära att det vid lämnande av referenser från tidigare uppdrag enligt 14 kap. 5 § LOU inte får lämnas referenser som avser tidigare uppdrag för den upphandlande myndigheten.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att de omständigheter som Svevia anfört och åberopat inte visar att Stockholms stad i upphandlingen brutit mot bestämmelserna i LOU. Grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU finns därför inte varför Sveglias ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Anna Önell
Chefsrådman
Förvaltningsrättsnotarien Axel Resvik 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.