



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 2

DOM
2017-01-24
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6334-16 E

SÖKANDE

Switch Nordic Green AB, 556567-4347

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock och bitr. jurist Astrid Wellton
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2017-01-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Arboga kommun
2. ArbogaBostäder AB, 556824-8917
3. KBAB Service Aktiebolag, 556033-7452
4. Kommunfastigheter i Arboga AB, 556824-8925
5. Kungsörs Fastighets AB, 556049-6464
6. Kungsörs kommun
7. Kungsörs Kommunteknik AB, 556455-0910
8. Kungsörs Vatten AB, 559048-6956
9. Köpings Bostad AB, 556014-9758
10. Köpings kommun
11. Surahammars kommun
12. Västra Mälardalens Energi och Miljö AB, 556668-3586
13. Västra Mälardalens kommunalförbund, 222000-1578

Ombud för 1-12:
Västra Mälardalens Kommunalförbund
731 85 Köping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Arboga kommun, ArbogaBostäder AB, KBAB Service Aktiebolag, Kommunfastigheter i Arboga AB, Kungsörs Fastighets AB, Kungsörs kommun, Kungsörs Kommunteknik AB, Kungsörs Vatten AB, Köpings Bostad AB, Köpings kommun, Surahammars kommun, Västra Mälardalens Energi och Miljö AB, samt Västra Mälardalens kommunalförbund (upphandlande myndigheter) genomför en upphandling av elkraft. Switch Nordic Green AB lämnade anbud i upphandlingen. I tilldelningsbeslut den 29 november 2016 antog upphandlande myndigheter anbudet från Vattenfall AB som leverantör av elkraft. I underlaget för upphandlingsbeslut anges att Switch Nordic Green AB inte kvalificerade sig vid prövning av om lämnat anbud var komplett och vid prövning av om samtliga ska-krav gällande föremålet för upphandlingen uppfyllts. Som motivering angavs följande. För att verifiera att en anbudsgivare har erforderlig dokumenterad erfarenhet, kompetens och kapacitet för uppdragets genomförande ska anbudsgivare i anbudet ange tre stycken referenser med liknande uppdrag och omfattning som det aktuella uppdraget. Switch Nordic Green AB har för två stycken referensuppdrag angivit företag vilka förmedlar försäljning av elkraft. De är inte slutkunder vilket de upphandlande myndigheterna är. De två referensuppdragen bedöms därför inte uppfylla kravet om liknande uppdrag och omfattning. Övriga fyra anbudsgivare kvalificerade sig och gick vidare till utvärderingsfasen. Anbudet med lägst pris antogs.

YRKANDEN M.M.

Switch Nordic Green AB (bolaget) yrkar i sin ansökan i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud inte förkastas. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Den information som finns i anbudsformulär, punkten 2.1.4.1, är vad som finns i förfrågningsunderlaget (inklusive frågor och svar) om referensuppdrag. Med ledning av denna beskrivning uppgav bolaget tre referenter. Upphandlande myndigheter har i sin kravställning efterfrågat referensuppdrag som avser leverans av el om minst 50 GWh. Samtliga referensuppdrag som bolaget har uppgett är sådana uppdrag som avser leverans av el om minst 50 GWh och uppfyller de ställda kraven.

Föremålet för upphandlingen är inte sådant som bara gäller slutkund. Upphandlingen gäller ett ramavtal från vilket kommuner och kommunala företag kan avropa. Det är ett kommunalförbund som administrerat och utfört upphandlingen. Detta kommunalförbund är i sig inte slutkund av elkraften utan slutkunder är kommunerna och de kommunala företagen. Det är därmed långt ifrån uppenbart att en hänvisning till liknande uppdrag endast avser uppdrag i förhållande till slutkunder. Det är istället mer uppenbart att uppdraget som är föremål för upphandlingen liknar bolagets tredje referens, som är ett ramavtal med Kommentus Inköpscentral, SKL, från vilket anslutna kommuner och myndigheter kan avropa leverans av elkraft. Det är uppenbart att det inte framgår av upphandlande myndigheters kravställning, såsom den är formulerad och den förståelse som i övrigt kan göras av förfrågningsunderlaget, att kravet på referenser endast avser slutkunder.

Liknande uppdrag är definierat i anbudsformuläret som "leverans av el om minst 50 GWh". Denna definition tog bolaget fasta på när det angav referenser i sitt anbud. Denna definition är dock enbart hälften av den betydelse som myndigheten vid anbudskvalificeringen gav begreppet "liknande uppdrag". Den andra hälften är "leverans till slutkund". Det framgår således inte att endast leverans till slutkund utgör liknande uppdrag och således ett krav vid referensgivande. Upphandlande myndigheter har mot denna bakgrund agerat på ett inte förutsebart sätt när den först definierar vad liknande uppdrag är, men sedan under anbudskvalificeringen inte tillämpar

sin egen definition, och istället använder en definition som inkluderar en aspekt som är långt ifrån uppenbar. Detta strider mot transparensprincipen.

En annan anbudsgivare, som av upphandlande myndigheter ansågs uppfylla kravet avseende referenser, har lämnat en referens som inte är slutkund av elkraft utan en så kallad partnerkund som tillhandahåller eltjänster. Det är därför tydligt att upphandlande myndigheter inte tillämpar sitt krav om referenser lika för alla anbudsgivare. Kontraktet tilldelades anbudsgivaren med lägst pris. Bolagets anbud innehöll lägst pris av alla anbud som deltog i upphandlingen, varför bolaget hade vunnit upphandlingen om anbudet inte hade blivit förkastat på grund av påstått otillräckliga referenser. Bolaget har därmed lidit skada.

De upphandlande myndigheterna motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Av förfrågningsunderlaget framgår att som en del av kvalificeringen ska anbudsgivaren styrka sin erfarenhet, kompetens och kapacitet genom att ange tre stycken referensuppdrag med liknande uppdrag och omfattning som det aktuella uppdraget. Liknande uppdrag har definierats som "Leverans av el om minst 50 GWh". Tagande av referenser används typiskt sett som ett medel för upphandlande myndigheter att säkerställa tillräcklig kompetens och nödvändiga resurser hos anbudsgivaren avseende efterfrågade leveranser. I förfrågningsunderlaget framgår att samtliga av de i upphandlingen ingående myndigheterna är slutanvändare av el, varför likvärdig måste uppfattas som leveranser till kund som avropar minst denna volym.

Av punkten 2.1.4.1. i anbudsformuläret framgår att det inte enbart är leverans av el om minst 50 GWh som erfordras för att uppfylla aktuellt krav. Uppdraget ska även ha utförts med minst godkänt resultat enligt

kundens kontaktperson för det aktuella uppdraget. Med godkänt resultat menas att uppdraget utförts enligt avtal, utan brister och till referentens fulla belåtenhet.

Bolaget har i sitt anbud angivit Kundkraft Sverige AB och SKL Kommentus AB som två av referenterna. Kundkraft Sverige AB handlar el åt sina medlemmar och tillhandahåller avtal till dessa. SKL Kommentus Inköpscentral är en inköpscentral som upphandlar ramavtal främst för offentlig sektor. Bolaget har inte levererat minst 50 GWh till referenten SKL Kommentus Inköpscentral respektive Kundkraft Sverige AB. Angivna referenter är inte att anse som slutkunder och avtalsnyttjare. Inget har levererats direkt till Kundkraft eller SKL Kommentus, vilket har verifierats vid kontakt med referenterna. Bolaget har inte utfört uppdraget (leverans av elkraft) för Kundkraft utan för Kundkrafts kunder. Bolaget har inte utfört uppdraget (leverans av elkraft) för SKL Kommentus utan för SKL Kommentus avropande myndigheter. Detta innebär att Kundkraft eller SKL Kommentus inte kan styrka att uppdraget om leverans om minst 50 GWh utförts med godkänt resultat. Att tillåta referens från organisation som inte har erfarenhet av de faktiska leveranserna av den upphandlade elkraften skulle motverka syftet med kravet och på så sätt omöjliggöra de upphandlade myndigheternas möjligheter att kontrollera en leverantör innan avtal sluts. I de avtal som har avropats/tecknats genom de organisationer som anbudsgivaren hänvisar till kan det möjligtvis finnas avropande organisationer som motsvarar de ställda kraven. Dessa avropare skulle då ha lämnats som referent.

Västra Mälardalens kommunalförbund har administrerat och utfört upphandlingen. Västra Mälardalens kommunalförbund har inte agerat inköpscentral i denna upphandling utan är själv upphandlande myndighet tillsammans med övriga upphandlande myndigheter. Bolaget har inte kunnat visa att det uppfyller kraven på samtliga godkända referensuppdrag med hänsyn tagen till kraven enligt punkten 2.1.4.1 i anbudsformuläret. Det är upp-

handlande myndigheters avsikt och den tolkning som ska ligga till grund för hur kraven ska definieras i sin helhet. Att bolaget bygger hela sin ansökan om överprövning på upphandlande myndigheternas formulering som skäl för uteslutning att det inte avser slutkunder, kan inte läka bristen på ett kvalificeringskrav som det inte uppfyller. Upphandlande myndigheter har agerat transparent.

Anbudet från Mälarenergi AB uppfyller, i likhet med bolagets anbud, inte ställda krav. Även det anbudet skulle således ha diskvalificerats. Detta faktum påverkar dock inte utgången av utvärderingen av de inkomna anbuden. Bolaget har inte lidit skada då bolagets anbud inte uppfyllde kvalificeringskravet om referenser och på korrekta grunder har förkastats.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphört att gälla. Den upphävda lagen gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den i målet aktuella upphandlingen påbörjades före ikraftträdandet.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är mot denna bakgrund om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder bolaget anfört.

I anbudsgemenskapens punkten 2.1.4.1, *Referensuppdrag*, anges följande.

Anbudsgivaren ska ha erforderlig dokumenterad erfarenhet, kompetens och kapacitet för uppdragets genomförande. Anbudsgivaren ska verifiera ovanstående genom referenser enligt nedan.

Anbudet ska innehålla en kortfattad beskrivning av tre (3) referensuppdrag som utförts av anbudsgivaren, alternativt ledande personal som avses användas för uppdraget inom företaget, de senaste 3 åren med liknande uppdrag och omfattning som det aktuella uppdrag, samt namn på uppdragsgivaren, kontaktperson och telefonnummer.

Med liknande uppdrag menas:

- Leverans av el om minst 50 GWh

Uppdraget ska ha utförts med minst godkänt resultat enligt kontaktpersonen. Med godkänt resultat menas att uppdraget utförts enligt avtal, och att det utförts utan brister och till referentens fulla belåtenhet. Referenter kan komma att kontaktas av beställaren och ska av anbudsgivaren ha informerats om detta.

I anbudsgemenskapens 2.2. *Krav och prövning av produkt* anges i punkten 2.2.1.

Allmänt bl.a. följande.

Uppdraget omfattar energianskaffning av elkraft till Köping/Arboga, Kungsör och Surahammar. Den sammanlagda årsvolymen är ca 62 GWh.

Den tvistiga frågan i målet är om bolaget i sitt anbud har uppfyllt det obligatoriska kravet i punkten 2.1.4.1 i anbudsgemenskapens om att ange referenter från liknande referensuppdrag utförda med minst godkänt resultat.

I aktuell upphandling är det tretton upphandlande myndigheter som genomför upphandlingen, varav Västra Mälardalens kommunalförbund är en upphandlande myndighet och slutkund. Enligt förvaltningsrättens bedömning

kan föremålet för upphandlingen, såsom bolaget anfört, därför inte ses som ett ramavtal med en inköpscentral.

Syftet med kravet på referensuppdrag från liknande uppdrag är att säkerställa leverantörens förmåga att leverera den elkraft som efterfrågas. I definitionen av liknande uppdrag i punkten 2.1.4.1 i anbudsformuläret anges inte uttryckligen att det ska röra sig om leverans av el till slutkunder. Ett av villkoren i upphandlingen var att kontaktpersonen hos referenten skulle kunna bekräfta att uppdraget utförts med minst godkänt resultat och till full belåtenhet. Av detta följer att varken Kundkraft Sverige AB och SKL Kommentus AB, på grund av sin ställning som mellanhand vid leverans av elkraft och inte som slutanvändare, kan lämna en sådan i upphandlingen efterfrågad bekräftelse.

Mot bakgrund av ovanstående finner förvaltningsrätten att bolaget inte uppfyllt det obligatoriska kravet om att ange minst tre referensuppdrag som utförts av anbudsgivaren, alternativt ledande personal som avses användas för uppdraget inom företaget, de senaste tre åren med godkänt resultat. Det saknas därför skäl att ingripa i upphandlingen. Ansökan ska mot denna bakgrund avslås.

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



Klas Innerstedt
rådman

Målet har handlagts av föredraganden Helene Källse.