



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2020-02-13
Meddelad i Uppsala

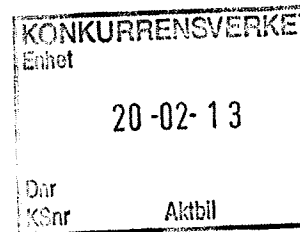
Sida 1 (10)

Mål nr
3352-19 E

SÖKANDE

Bema Elautomatik AB, 556387-1838

Ombud: Advokat Sebastian Katsinas
Advokatfirman Glimstedt Östergötland KB
Box 1234
600 42 Norrköping



MOTPART

Östhammar Vatten AB, 559099-4447
c/o Gästrike Vatten AB
Hamnleden 20
806 41 Gävle

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, LUF

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 306006

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Smedsgränd 22

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Östhammar Vatten AB (Östhammar Vatten) har genomfört en upphandling benämnd Modernisering Avloppspumpstationer Östhammar Vatten AB (projektnummer 8244). I tilldelningsbeslut den 29 maj 2019 antogs Midroc Elektro AB (Midroc) som leverantör.

Bema Elautomatik AB (Bema) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om eller att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har skett genom att Midrocs anbud i första hand inte kvalificeras för utvärdering och i andra hand att Bema tilldelas fem poäng för lämnade referenser och/eller att Midroc tilldelas noll eller högst en poäng för lämnade referenser. Till stöd för yrkandena anförs i huvudsak följande. Midrocs anbud uppfyller inte uppställt krav på referensuppdrag och borde inte ha kvalificerats för vidare utvärdering. Av Midrocs anbud framgår att två beställare angetts som referenser, dock med endast en kontakt-/referensperson. Ingen beskrivning av respektive uppdrag finns angiven i anbudet. Att enbart ange antalet levererade pumpsåp per uppdrag innebär inte att kravet på beskrivning av uppdrag är uppfyllt. Midroc har som referenser uppgett att bolaget levererat pumpsåp. Leverans av pumpsåp är inte att likställa med projektering och utförande. Den av Midroc uppgivna referenten, JL, synes vara verksam på Gästrike Vatten och inte på de två kommunala bolag som Midroc uppger i sitt anbud. Om så är fallet innehåller Midrocs anbud felaktiga uppgifter och uppfyller då inte uppställda krav på angivande av referensobjekt och referent. Godtagande av referenten JL öppnar upp för en godtycklig tillämpning om vem som kan godtas som referent. Därtill är referenten anställd i samma koncern som det bolag som gör förevarande upphandling.

Vilka faktorer eller omständigheter beträffande ett referensobjekt som konkret ska beaktas och ha betydelse för ”godkänd”, ”bra” eller ”utmärkt”

är inte angivet, vilket innebär otydlighet och risk för godtycklig och icke-transparent tillämpning. Med anledning av den bedömningsgrund som Östhammar Vatten i förfrågningsunderlaget angett ska användas, ligger det nära till hands att anta att ett referensobjekt som fullt ut uppfyller kravet på "liknande uppdrag" ska tilldelas fem poäng och bedömas som "utmärkt". Det saknas dock i förfrågningsunderlaget ledning kring vilka faktiska bedömningsgrunder eller omständigheter som ska beaktas vid bedömning av referensobjekt av "liknande uppdrag". Det är i förfrågningsunderlaget inte heller klarlagt om referent har kontaktats eller inte, och om så skett, vilka frågor som ställts till referenten och hur referentens svar har bedömts och poängsatts.

Det är högst oklart och oförståeligt på vilken grund som Östhammar Vatten tilldelat Bemas referensobjekt minsta möjliga antal godkända poäng, medan Midrocs referensobjekt tilldelats högst antal poäng. Midrocs referensobjekt borde bedömts som "undermålig" och tilldelats noll poäng, eller som mest bedömts som "godkänd" och tilldelats en poäng. Bemas referensobjekt har avsett just modernisering av avloppspumpstationer och borde således tilldelats fem poäng gällande referensobjekt.

Östhammar Vatten uppger att den av Midroc uppgivna referenten har bekräftat att Midrocs referenser avsett byte av PLC avloppspumpstationer. De uppgifter som lämnats av Midrocs referent och som beaktats av Östhammar Vatten är att bedöma som nya uppgifter som faller utanför området för godtagbara förtydliganden. Uppgiften om att det varit fråga om avloppspumpskåp är att bedöma som en ny otillåten sakuppgift med risk för åsidosättande av likabehandlingsprincipen.

Det finns skäl att ifrågasätta om Östhammar Vatten har behandlat leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Östhammar Vatten har i Frågor och svar i upphandlingen lämnat rekommendation på två

företag med anledning av en fråga om det finns några rekommendationer gällande elinstallatörer med lokal förankring. Ett av de av rekommenderade företagen är Midroc. Vidare finns det i upphandlingsdokumentet ett flertal bilder som innehåller namnet "Midroc Automation" samt dess logotype. Midroc Automation ingår i samma bolagskoncern som Midroc. Östhammar Vatten har därtill i sitt första tilldelningsbeslut den 25 maj 2019 tilldelat Midroc Automation upphandlingen, trots att bolaget inte ens inkommit med anbud. I det andra tilldelningsbeslutet av den 29 maj 2019 ändrades Midroc Automation till Midroc. De anförda omständigheterna väcker sammantaget sådana tvivel kring att Östhammar Vatten genomfört upphandlingen på ett transparent sätt utan otillbörlig hänsyn till någon anbudsgivare, i detta fall Midroc, och som i sig utgör tillräckliga skäl för att förvaltningsrätten ska ingripa i upphandlingen.

Östhammar Vatten bestrider ansökan och anför i huvudsak följande. Midrocs beskrivning av referensobjekt har bedömts vara tillräcklig för att uppfylla kravet på "en kort beskrivning av uppdraget". Midroc har genom sin beskrivning av referensobjekten och redovisad referent även uppfyllt kravet på att påvisa att liknande uppdrag utförts. Upphandlingen avser byte av PLC avloppspumpstation. Redovisade referensuppdrag, leverans av pumpskåp till Hofors Vatten och Älvkarleby Vatten, avser sådant byte av PLC avloppspumpstationer som efterfrågas. Detta har kunnat bekräftas genom kontakt med den referent som Midroc lämnat kontaktuppgifter till.

Poängsättningen i utvärderingen innebär att den som redovisade ett uppdrag som fullt ut uppfyller kravet på med upphandlingsföremålet liknande uppdrag skulle få fem poäng och att den som endast fick bedömningen bra eller godkänd avseende likheten mellan redovisade referenser och upphandlingsföremålet fick tre respektive en poäng. För att underlätta utvärderingen har poängstegen förtydligats i utvärderingsprotokollet enligt följande:

0 poäng undermålig eller saknas = Referenser saknas
1 poäng godkänd = Har referenser inom övrig
industriautomation
3 poäng bra = Har referenser inom VA-projekt
5 poäng utmärkt = Har referenser motsvarande det som ingår
i detta projekt, modernisering av avloppspumpstationer

Förtydligandet i utvärderingsprotokollet har gjorts för att säkerställa att anbudsgivaren får en rättvis och likabehandlande bedömning. Referenserna har, i enlighet med upphandlingsdokumentet, utvärderats utifrån dess likhet med föremålet för upphandlingen. Syftet med att ta med kontaktuppgifter till referent var för att, vid behov, kunna kontakta referent för att säkerställa att det uppdrag som redovisats utförts och för att säkerställa uppfyllandet av skall-kravet och utvärderingskriteriet att liknande uppdrag skall ha utförts.

De referenser Bema hänvisar till är alla tre kylanläggningar/kylsystem och har av det som går att utläsa av Bemas beskrivning av uppdragen ingen som helst koppling till modernisering av avloppspumpstationer. Därav har Bemas referenser bedömts till en poäng eftersom projekten varken avser avloppsverksamhet eller övrig VA-verksamhet och därmed faller in under kategorin "övrig industriautomation".

Midroc har i sitt anbud uppgett att deras referensobjekt avser leverans av pumpskåp till VA-bolagen Hofors Vatten respektive Älvkarleby Vatten. Med den av Midroc lämnade uppgiften i anbudet kan pumpskåpen antingen avse pumpstationer för dricksvatten eller pumpstationer för avlopp. För att försäkra sig om att Midrocs anbud skulle bedömas korrekt fick referenten därför frågan om referensobjekten avsåg avloppspumpstationer, vilket skulle ge fem poäng, eller om referensobjekten avsåg dricksvattenpumpstationer och därmed skulle få tre poäng i bedömningen. Referenten kunde bekräfta att projekten avsåg avloppsverksamhet, varför Östhammar Vatten tilldelade Midrocs anbud fem poäng för redovisade referensobjekt. Midroc har inte tillåtits att ändra någon uppgift i sak i det inlämnade anbudet och

Östhammar Vatten bedömer att det förtydligande som gjordes genom kontakt med referenten är tillåtet enligt LUF. I händelse av att förvaltningsrätten gör bedömningen att Midrocs anbud felaktigt har tilldelats fem poäng för referenser i utvärderingen, och istället borde ha tilldelats tre poäng, så har den eventuella bristen i utvärderingen inte påverkat utfallet vid utvärderingen av inkomna anbud. Bema har därför inte lidit eller riskerat att lida skada av den bristen, eftersom Midroc vunnit upphandlingen även utan referentens förtydligande.

Östhammar Vatten har under företags platsbesök fått flera frågor om det finns några lokala elinstallatörer som rekommenderas. Östhammar Vatten valde, på förfrågan, att rekommendera de två företag som Östhammar Vatten kände till och tidigare hade anlitat. Östhammar Vatten har inte haft kontakt med vare sig Midroc Automation eller Midroc i framtagande av förfrågningsunderlaget. Att Östhammar Vatten i det första tilldelningsbeslutet råkade uppge ett företag som ingår i samma koncern som Midroc som vinnare, kan inte tolkas som att Östhammar Vatten har styrt upphandlingen så att Midroc skulle vinna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande bestämmelser m.m.

Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen på de grunder Bema anför.

Om den upphandlande enheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LUF besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlande enheter ska enligt 4 kap. 1 § LUF behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Anbudet från Midroc – uppfyllelse av obligatoriska krav

I upphandlingsdokumentets avsnitt 4.5, *Erfarenhet och kompetens*, anges följande.

Anbudsgivaren skall kunna påvisa att liknande uppdrag utförts. Minst två referensobjekt av liknande uppdrag skall redovisas, ge en kort beskrivning av uppdraget. Referensobjekten bör inte vara äldre än fem år. Namn och telefonnummer till referent skall anges.

Bema har anfört att Midrocs anbud inte uppfyller kravet på referensobjekt då det saknas en beskrivning av uppdragen i Midrocs anbud samt att Midroc som referens uppgett att bolaget levererat pumpsåp, vilket enligt Bemas uppfattning inte är att likställa med projektering och utförande. Bema anser vidare att det finns skäl att ifrågasätta den av Midroc angivna referenten.

Midroc har i sitt anbud redovisat fyra referenser och uppgett att referenserna avser leverans av ett i anbudet angivet antal pumpsåp till Hofors vatten samt Älvkarleby Vatten. Midroc har även lämnat namn och telefonnummer till referenten JL.

Östhammar Vatten anser att Midroc genom sin beskrivning av referensobjekten och redovisad referent uppfyllt kravet på att påvisa att liknande uppdrag utförts. Med hänsyn till hur kravet på referensobjekt utformats i upphandlingsdokumentet finner förvaltningsrätten inte skäl att göra någon annan bedömning. Förvaltningsrätten anser heller inte att det, mot bakgrund av vad Bema anfört, finns skäl att ifrågasätta den av Midroc angivna referenten. Bema har därmed inte visat att Östhammar Vatten

agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att utvärdera Midrocs
anbud. Det saknas därför skäl för ingripande mot upphandlingen i denna del.

Utvärderingsmodellen

I upphandlingsdokumentets avsnitt 4, *Bedömning av anbud*, anges följande.

Anbudet kommer att bedömas enligt följande:

Fast pris enligt förfrågan 60 %

Teknisk lösning 30 %

Referenser 10 %

Teknisk lösning och Referenser kommer var för sig att
bedömas enligt nedanstående betygsskala:

0 poäng undermålig eller saknas

1 poäng godkänd

3 poäng bra

5 poäng utmärkt

Bema har anfört att det i upphandlingsdokumentet inte är angivet vilka
faktorer eller omständigheter beträffande ett referensobjekt som konkret ska
beaktas och ha betydelse för ”godkänd”, ”bra” eller ”utmärkt” och menar att
det innebär otydlighet och risk för godtycklig och icke-transparent
tillämpning.

Av principerna om likabehandling och transparens i 4 kap. 1 § LUF följer
att den upphandlande enhetens krav ska anges på ett sådant sätt att varje
leverantör, med utgångspunkt i upphandlingsdokumenten, ska kunna skapa
sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. EU-
domstolen har uttalat att tilldelningskriterierna ska vara utformade på ett
sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla
leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. EU-domstolens
avgörande den 18 oktober 2001, C-19/00 SIAC Construction). EU-
domstolen har i ett senare avgörande (se dom den 14 juli 2016, C-6/15 TNS
Dimarso) uttalat att en upphandlande myndighet, i en upphandling av
tjänster, inte är skyldig att i upphandlingsdokumenten upplysa anbudsgivare

om den bedömningsmetod som myndigheten avser att tillämpa när den värderar och konkret kvalificerar anbuden enligt de tilldelningskriterier och den relevanta viktningen av dessa kriterier som tidigare fastställs i berörda upphandlingslagar.

Östhammar Vatten har i upphandlingsdokumentet redogjort för vilka tilldelningskriterier som ska tillämpas vid utvärderingen samt vilken vikt respektive tilldelningskriterium har. Även om det i upphandlingsdokumentet saknas en närmare beskrivning av vad som ligger till grund för den upphandlande enhetens poängsättning av kriteriet referenser anser förvaltningsrätten en anbudsgivare genom upphandlingsdokumentets utformning har haft tillräckligt god möjlighet att förutse vilka faktorer som skulle tillmätas betydelse vid poängsättningen. Att Östhammar Vatten i samband med anbudsutvärderingen konkretiserat poängsättningen genom att närmare specificera vad som krävs för en viss poäng, får anses ligga inom ramen för den upphandlande enhetens utrymme att värdera och bedöma anbuden och innebär inte enligt förvaltningsrättens mening ett avsteg från den i upphandlingsdokumentet beskrivna utvärderingsmodellen. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att den utvärderingsmodell som har använts i upphandlingen inte strider mot de unionsrättsliga principerna eller den upphandlingsrättsliga lagstiftningen i övrigt. Det saknas därmed grund för ingripande i upphandlingen även i denna del.

Poängsättning av referensuppdrag

Bema har även gjort gällande att Östhammar Vatten tilldelat Bemas referensobjekt en för låg poäng samtidigt som Midrocs referensobjekt enligt Bemas uppfattning tilldelats en för hög poäng. Förvaltningsrätten anser emellertid att Bema inte förmått visa att Östhammar Vattens bedömning av de båda leverantörernas referensobjekt varit felaktig. Såvitt framgår av handlingarna har Bemas referensobjekt ingen koppling till modernisering av

avloppspumpstationer och referensobjektet har därför tilldelats en poäng av Östhammar Vatten. Midrocs referensobjekt avsåg leverans av avloppspumpstationer och har därför tilldelats fem poäng av Östhammar Vatten. Att Midrocs referent bekräftat att bolagets referensobjekt avsett byte av avloppspumpstationer är enligt förvaltningsrätten inte att betrakta som en enligt LUF otillåten komplettering. Det är således inte visat att Östhammar Vatten agerat i strid likabehandlingsprincipen varför förutsättningar för ingripande saknas.

Sammanfattande bedömning

Förvaltningsrätten gör således bedömningen att Bema inte visat att Östhammar Vatten agerat i strid med någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LUF eller någon annan bestämmelse i den lagen. Vad Bema anfört i övrigt ifråga om förekomsten av bilder i upphandlingsdokumentet, Östhammar Vatten rekommendation gällande elinstallationer samt den upphandlande enhetens felskrivning i det första tilldelningsbeslutet medför inte att förvaltningsrätten gör någon annan bedömning. Skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LUF saknas därmed. Ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Per-Erik Nistér
tf. rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Petra Hedin.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafteon, julafton eller nyårsafteon, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.