



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2018-11-06

Meddelad i Stockholm

Mål nr

21003-18

SÖKANDE

Elektromatik Power Generation AB, 556715-7556

Box 339

891 27 Örnsköldsvik

MOTPART

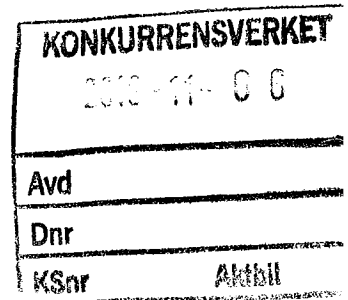
Statens Fastighetsverk

Box 2263

103 16 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Elektromatik Power Generation AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 1029385

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd33.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Statens Fastighetsverk (SFV) genomför en upphandling avseende reservelkraft i containerutförande. Upphandlingen genomförs som en säkerhets-skyddad upphandling med säkerhetsskyddsavtal nivå 2 genom öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslutet fattat den 10 september 2018 framgår att Elektromatik Power Generation AB (bolaget) inte blev antaget som leverantör i upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att utvärderingen av anbud ska göras om och att deras referens inte ska underkännas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

SFV bestrider bifall till ansökan om överprövning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bolaget anför bl.a. att det blivit underkänd som leverantör eftersom ett av dess referensobjekt inte innehöll en containerlösning. Att det inte innehåller en container stämmer, men bolaget vänder sig emot beslutet då det inte tydligt står i upphandlingen att detta är ett krav. Kravet i 2.4.5 är utformat för att beställaren ska kunna bedöma om leverantören kan utföra aktuell entreprenad. Bolaget tolkar detta som att det viktiga i referenserna är att man jobbat med reservkraftlösningar där drifttillgängligheten är det viktiga, inte utformningen av lösningen i sig. Som tillägg kan sägs att den ena av referenserna som bolaget har lämnat är av typen containerutförande.

Den ifrågasatta referensen gäller en större åtgärd på en av Sveriges mest kritiska anläggningar där det under en vecka utfördes uppdateringar och justeringar av en av bolaget tidigare levererad bergrumsanläggning, med

största krav på driftsäkerhet. Detta anser bolaget med råge uppfyller kravet på en relevant referens.

Bolagets ambition med referenserna var att visa på dess kompetens och därför valdes projekt med en komplicerad container och ett projekt för att visa att det klarar av att göra projekt där det är av yttersta vikt att upprätthålla driften på en av Sveriges mest känsliga anläggningar. Hade kravet varit utformat med ett explicit krav på containerleverans för samtliga referenser hade bolaget självklart redovisat detta. Bolaget har under aktuell tid levererat flera sådana.

Gällande uttrycket "liknande produkt" och den tolkning som SFV gör i sitt yttrande; att "en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ska förstå att med liknande produkt avses leverans av stationär reservkraft i containerutförande" innebär i förlängningen att en referens ska vara identisk med den som specificerats. Bolaget anser att SFV har varit tydliga med vad som är viktigt för referenser, vilket är angett som samhällsviktiga projekt. Bolaget således felaktigt blivit underkända gällande referenser och det har ekonomiskt skadat företaget.

SFV anför bl.a. att myndigheten delar bolagets uppfattning att det aktuella referensprojektet är av relevant typ eftersom denna leverans har skett till anläggning som utgör en samhällsviktig verksamhet.

Referenskravet anger att erfarenhet ska finnas av att leverera en liknande produkt. Av upphandlingsdokumenten framgår klart att det som nu upphandlas är en teknisk lösning med stationär reservkraft i containerutförande. Bolagets referensprojekt avser enkelt beskrivet en uppgradering av ett befintligt reservkraftsystem i ett berggrum, dvs. inte ett containerutförande. SFV anser att kravet är tillräckligt tydligt för att en rimligt informerad och

normalt omsorgsfull anbudsgivare ska förstå att med liknande produkt avses leverans av stationär reservelkraft i containerutförande.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på. Förvaltningsrätten har därmed att pröva om det på grundval av vad bolaget anfört framstår som sannolikt att staden har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU).

De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vidare ska upphandlingar genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Av 4 kap. 1 § LOU följer även en princip om transparens som innebär att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Av RÅ 2002 ref. 50 framgår emellertid att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. EU-domstolen har uttalat att förfrågningsunderlag ska vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00 SIAC Construction, punkt 42).

Av de administrativa föreskrifterna – förfrågningsunderlaget – framgår följande angående referensprojekt.

”2.4.5 Tidigare åtaganden

Anbudsgivare ska genom beskrivning av två (2) relevanta* referensprojekt, avslutade de senaste fem (5) åren, alternativt pågående (och ha varit det i minst två (2) år, visa att man har kompetens, resurser och erfarenhet av att med godkänt resultat, leverera liknande produkter, (om anbudsgivare åberopar annat företags tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska även bevis som styrker detta bifogas anbudet). Med godkänt resultat menas att SFV genom referenstagning (se ”4 Referensblad – Företag”) kan få verifierat, att anbudsgivare på ett professionellt sätt bidragit till leveransens utförande och därtill kopplade förväntningar uppnåtts i referensprojekten. SFV kommer via telefon kontrollera inlämnade referensuppgifter. Om SFV efter upprepade försök och inom skälig tid (7 arbetsdagar räknat från dag då första försök gjordes) inte kommit i kontakt med lämnad referensperson kommer poängen 0 (=kunde ej besvaras) att erhållas för det aktuella referensprojektet.

Med godkänt resultat menas att genomsnittspoängen som erhålls ska vara lägst tre (3). Erhålls omdöme ett (1) på någon fråga/punkt är man ej längre kvalificerad även om genomsnittspoängen blir tre (3) eller högre.

* Med relevanta referensprojekt avses leveranser utförda för skydd av samhällsviktig verksamhet i bemärkelsen att ett bortfall av eller en svår störning i verksamheten kan ensamt eller tillsammans med motsvarande händelser i andra verksamheter på kort tid leda till att en allvarlig kris inträffar i samhället. Exempel på sektorer där samhällsviktig infrastruktur förekommer är: energiförsörjning, finansiella tjänster, polis, kriminalvård, handel och industri, hälso-/ sjukvård, information och kommunikation, kommunalteknisk försörjning, offentlig förvaltning och transporter.

För att kunna beakta den egna erfarenheten kan SFV komma att ta egna (interna) referenser för anbudsgivare. Kravet på referensobjekt och sättet på vilket referensen avges och kontrolleras är lika övrig referenstagning. Den från den egna erfarenheten erhållna referenspoängen kommer sedan att ersätta den av anbudsgivaren inlämnade referens som lämnat den lägsta referenspoängen.”

I avsnitt 2.4.5 definieras vad som avses med relevanta referensprojekt. Enligt förvaltningsrättens mening kunde en specificering i avsnittet av vad som avses med ”leverera liknande produkter” ha varit av värde. Avsnittet måste dock bedömas utifrån förfrågningsunderlaget i dess helhet. I avsnitt 1.2.2 ”Översiktlig information om leveransen” anges således vissa uppgifter som

tjänar som orientering. Där framgår att upphandlingen avser leverans av ett stationärt reservverk i containerutförande. I avsnitt 2.6.1 "Utvärdering av anbud" anges också bl.a. "Summa för containerelverk". De Administrativa föreskrifterna – förfrågningsunderlaget – är härtill rubricerat Reservkraftverk i containerutförande. Förfrågningsunderlaget ger enligt förvaltningsrättens mening inte något utrymme för tvivel om vad som ska levereras. När avsnitt 2.4.5 anger "visa att man har kompetens, resurser och erfarenhet av att med godkänt resultat, leverera liknande produkter" kan, enligt förvaltningsrättens bedömning, detta inte förstås som att anbudsgivare ska ange referensobjekt enbart för att visa att de jobbat med reservkraftlösningar där drifttillgängligheten är det viktiga. En rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kan inte förstå avsnittet på annat sätt än att kravet också ställs i förhållande till det som efterfrågas i upphandlingen, dvs. leverans av ett stationärt reservkraft i containerutförande. Kravet på transparens är således uppfyllt. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Lars-Åke Johansson
Chefsrådman

Förvaltningsrättsnotarien Jenny Jansson har handlagt målet.



Hur man överklagar

FR-05

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

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.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den 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 för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, 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.

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

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.