



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

DOM
2018-12-14
Meddelad i
Göteborg

Sida 1 (10)

Mål nr
7942-18

SÖKANDE

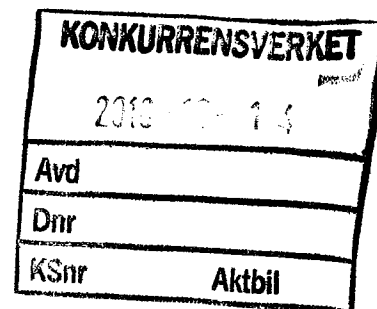
AB Varbergs Ungdomshem, 556871-1435
Hyltebergsvägen 11
433 31 Partille

MOTPART

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs Stad
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 578846

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs Stad (nämnden) genomför en ramavtalsupphandling av Hem för vård och boende, HVB, ungdomar 13-20 år, dnr 341/17, omfattande fyra delområden. Anbud kan lämnas på valfritt antal delområden.

Av tilldelningsbeslut den 25 juni 2018 framgår att andra leverantörer än AB Göteborgs Varbergs ungdomshem (bolaget) vunnit upphandlingen. Anbudet från bolaget har förkastats avseende delområdena 1-3 då kravet på referensuppdrag inte var uppfyllt samt avseende delområdena 3 och 4 även då takpriset överskridits.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att punkterna 2.5, 3.5 och 4.5 i förfrågningsunderlaget avseende referensuppdrag ska tas bort eller göras om avseende krav på *avslutat uppdrag under de senaste tre åren samt referensens betydelse i relation till anbudsgivares utgång av upphandling*. Bolaget anför bl.a. följande.

Den omständigheten att två av tre anbud har förkastats på grund av att kravet på referensuppdrag inte var uppfyllt talar för att förfrågningsunderlaget har varit otydligt och att det inte har varit transparent samt haft för högt ställda krav. Informationen till referenten är bristfällig och dennes betydelse för upphandlingen framkommer inte. Av praxis följer att förfrågningsunderlag som ger den upphandlande myndigheten fritt skön att välja mellan olika tilldelningsmodeller vid tilldelning av kontrakt inte uppfyller kraven på likabehandling och transparens. – Upphandlingsdokumenten strider mot likabehandlingsprincipen på så sätt att större verksamheter gynnas genom

att de har fler referenser medan mindre verksamheter missgynnas då en period om tre år kan anses vara för kort eftersom placeringar ofta är mellan två till tre år. Det förhållandet att bolaget har längre placeringar och färre avslutade placeringar under tidsperioden bör inte innebära att anbudet förkastas utan snarare ge en indikation på god kvalitet. Konkurrens sker alltså inte på lika villkor mellan anbudsgivarna utan är avhängig om en referens enligt för högt ställda krav kan lämnas eller inte. Förfarandet är godtyckligt och strider mot likabehandlingsprincipen. Kravet på referenser och dess påverkan på lämnat anbud är för högt då ett flertal kommuner infört en policy om att inte lämna referenser, bl.a. Göteborgs Stad. Referenstagningen används på ett sådant sätt att det inte kan anses stå i proportion till dess utfall och den saknar nära koppling till kontraktsföremålet på sätt krävs och ska därför inte utvärderas. Förfrågningsunderlaget framstår därför som rättsosäkert.

Vidare har bolaget samma referenser som Andersson-Piltz ungdomshem AB som har blivit upphandlat varför det även i denna del föreligger en rättsosäkerhet i hur upphandlingen gått till. Det ena bolaget får ramavtal, men inte det andra med samma referenser. Det är skäl till ogiltigförklarande av upphandlingen. Bolaget har även angett referenser som uppger att de inte har blivit tillfrågade av nämnden varför förfarandet kring referenstagning i upphandlingen ifrågasätts. Det har inte stått klart vilket bolag referensfrågan har avsett.

Vidare har anbudsgivaren Andersson-Piltz ungdomshem AB fått möjlighet att förtydliga ett av sina referentsvar. I svaret för AB Varbergs ungdomshem har referenten Mimmi Green uppenbarligen svarat fel i formuläret utan att nämnden begärt in en rättelse eller ett förtydligande i strid med likabehandlingsprincipen.

Bolagets två referenter (Mimmi Green och Gunilla Thorbjörnsson-Berg) ger ett medelbetyg på $(3,1 + 4,7 =) 3,9$. En av bolagets referenter har inte svarat. Ett ickesvar bör räknas bort eller inte aktivt ges ett negativt värde utanför svarmöjligheten. Betyget 0 finns inte som alternativ i mallen. Ett sådant betyg borde åtminstone vara värdeneutralt och ges ett värde som är varken lågt eller högt, dvs. 2,5 för att inte göra skada i uträkningen.

Nämnden anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Bolagets anbud uppfyller inte kravet på referensuppdrag och har därför rätteligen förkastats för att upprätthålla likabehandlingsprincipen. Det är av relevans för nämnden att leverantörerna kan styrka sin kapacitet genom referensuppdrag och referenstagningen följer regleringen i LOU. Användandet av referenser för att säkra en viss kapacitet hos anbudsgivande leverantörer är vedertaget och anges även uttryckligen för direktivstyrda upphandlingar i 15 kap. 11 § 2 LOU. Syftet med bestämmelsen är att ge upphandlande myndigheter möjlighet att försäkra sig om att de leverantörer som lämnat anbud har kapacitet och förmåga att leverera det som upphandlas. I bestämmelsen anges även tidsfristen tre år. Det finns ingen bestämmelse i LOU ens på det direktivstyrda området som reglerar om referensuppdrag vad gäller tjänster ska vara avslutade eller inte, utan det är en fråga som den upphandlande myndigheten styr över och anger i upphandlingsdokumentet. Av självklara skäl fyller ett avslutat uppdrag en annan funktion än ett pågående eftersom det är först sedan tjänsten levererats som det går att uttala sig om uppdragets genomförande som helhet. Kravet att uppdragen ska vara avslutade är därför ett proportionellt krav i förhållande till det syfte referenstagningen har.

Kravet i upphandlingsdokumentet att referensuppdragen ska vara avslutade vid sista anbudsdag är riktat till anbudsgivaren. Den första frågan till referenspersonen handlar om att bekräfta riktigheten i att uppdraget är

avslutat. Det finns ingen oklarhet i detta. I upphandlingen har alla leverantörer behandlats lika.

Nämnden har i kravet på referensuppdrag och i förtydligande under anbudstiden öppnat upp för möjligheter för leverantörer som inte kan ange referensuppdrag på grund av att verksamheten är nystartad att ange referensuppdrag för offererad föreståndare från tidigare tillståndspliktig verksamhet som föreståndaren har varit ansvarig för. Nämnden har alltså tillåtit att referensuppdrag kan komma såväl från annan tillståndspliktig verksamhet som från tidigare erfarenheter kopplade till den offererade föreståndaren. Såväl mindre som nystartade verksamheter har alltså kunnat lämna anbud i upphandlingen. Den omständigheten att en större aktör av naturliga skäl har utfört fler uppdrag än en mindre aktör är inget som LOU tar i beaktande eller något nämnden ska korrigera för i sin kravställning. Det ligger i sakens natur och har inget med bristande likabehandling att göra.

Vad nämnden känner till finns det ingen policy i Göteborgs Stad om att man inte ska vara referent i samband med upphandlingar. Bolaget har inte heller kommit in med något som styrker att det skulle finnas en sådan policy. Under anbudstiden har nämnden besvarat en fråga som tangerar detta förhållande och uttryckligen angett att eventuella riktlinjer angående referenstagning inte hindrar att dessa kan anges. Om någon referent inom Göteborgs Stad skulle lämnat upplysning att denne inte får vara referent har nämnden kontaktat dennes chef för att upplysa om att referenten ska besvara frågorna. Bolaget har tagit del av svaret på frågan ovan och har alltså inte varit förhindrad att lämna en referens från Göteborgs Stad.

Den omständigheten att ett flertal anbudsgivare brustit i kravuppfyllelse i förhållande till referenskravet innebär inte att kravet i sig brister i transparens. Ansvaret för anbudets utformning och att lämnade referensuppdrag uppfyller ställda krav ligger på anbudsgivaren.

Bolaget och Andersson-Piltz har lämnat samma referenser i två fall. De har båda godkänts. Skillnaden mellan bolagen är att en av bolagets ordinarie referenser och inte heller reservreferensen svarade med följd att bolagets anbud förkastats.

Det är alltid anbudsgivaren som ansvarar för att referenspersonen är vidtalad och går att nå samt bär risken för eventuella missförstånd i samband med referenstagningen. Det är inte korrekt att nämnden inte skulle ha skickat referensfrågorna till reservreferensen. Det noteras att bolaget för detta referensuppdrag använt sig av möjligheten att hänvisa till uppdrag som föreståndaren tidigare varit ansvarig för. Bolaget har också fått en motivering till varför anbudet förkastats. Bolagets medelbetyg på 2,6 poäng understiger kravet på 3 poäng.

Gunilla Thorbjörnsson Berg har angetts som referens av både bolaget och Andersson-Piltz. Referenten har på en och samma fråga för båda bolagen svarat ja/nej. Nämnden kontaktade då referenten för att få klarhet i om svaren innebar ett ja eller ett nej. Lika situationer har alltså behandlats lika.

En av bolagets referenter har betygsatt en fråga med 0 poäng. Det kan inte anses vara någon uppenbar felskrivning som ger utrymme för att begära rättelse/förtydligande från bolaget.

Bolagets beräkning avviker från förutsättningarna i upphandlingen där det är tydligt att tre medelbetyg läggs ihop och divideras med tre (antal referenter) och blir ett medelbetyg. Detta oavsett vilka poäng respektive referens-

tagning har genererat.

Sammantaget har bolaget inte anfört något som innebär att bedömningen av bolagets anbud är felaktig. Det är därmed ostridigt att bolaget inte uppfyllt samtliga kvalificerande krav i upphandlingen. Anbudet har därmed rätteligen förkastats.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav ska förkastas (jfr HFD 2016 ref. 37 I och II).

Upphandlande myndigheter ska 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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in

av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Åtgärderna ska vara förenliga med principerna om likabehandling och öppenhet.

Bolaget anser att upphandlingen ska göras om alternativt att den ska rättas utan krav på referensuppdrag eller att kravet omarbetas vad avser krav på avslutade referensuppdrag inom viss tidsperiod. Vidare gör bolaget gällande att utvärderingen står i strid med likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrättens bedömning

Proportionalitetsprincipen ska upprätthållas genom hela upphandlingsprocessen. Av principen följer att kvalifikationskraven måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Kraven ska vara relevanta och vara av inte oväsentlig betydelse. En upphandlande myndighet har, så länge det inte strider mot proportionalitetsprincipen, stor frihet att i förfrågningsunderlaget ställa obligatoriska krav. De krav som ställs på tidigare erfarenhet bör dock inte vara mer långtgående än vad som är motiverat av uppdraget.

Genomförandet av uppdraget ställer krav på att leverantörerna har erfarenhet av att bedriva/utföra uppdrag beslutade av socialtjänsten enligt socialtjänstlagen och lagen med särskilda bestämmelser om vård av barn och unga. Syftet med kravet på referensuppdrag har endast varit att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras och därigenom äventill att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Varken LOU eller praxis ställer upp hinder mot att en upphandlande myndighet ställer upp krav på att angivna referensuppdrag ska vara avslutade. För att möjliggöra för små eller nystartade verksamheter har nämnden tillåtit att referensuppdrag kan komma från såväl annan

tillståndspliktig verksamhet som från tidigare erfarenheter kopplade till den offererade föreståndaren. Kravet att anbudsgivarna ska redovisa avslutade referensuppdrag under den senaste treårsperioden kan därför inte i sig anses vara oproportionerligt. Den omständigheten att ett flertal anbudsgivare brustit i kravuppfyllelse i förhållande till referenskravet medför inte heller att kravet i sig brister i transparens. Inte heller innebär det förhållandet att större aktörer kan ha fler referenser att kravet står i strid med likabehandlingsprincipen. Av upphandlingsdokumenten framgår inte heller annat än att frågorna till referenterna har varit klart och tydligt utformade.

Vidare är det enligt praxis anbudsgivarnas ansvar att referenspersonerna är vidtalade och går att nå samt bär risken för eventuella missförstånd vid referenstagningen. Bolaget har inte förmått visa att nämnden inte har skickat referensfrågorna till referenterna eller reservreferenten. Vidare framgår det för en vidtalad referensperson tillräckligt klart av utskicket både vilken upphandling och vilken leverantör referenstagningen avser. Nämnden har haft fog för att endast göra en referenstagning då samma referensperson och ”externa” uppdrag har angetts för flera bolag. Det är inte heller visat att nämnden har beräknat bolagets medelbetyg avseende referenser på annat sätt än som anges i upphandlingsdokumenten. En beräkning på sätt bolaget förespråkar skulle stå i strid med de grundläggande principerna, främst de om likabehandling och öppenhet.

Bolaget gör även gällande att annan leverantör har tilldelats ramavtal men inte bolaget trots att båda bolagen har lämnat samma referenser. Bolagets anbud har dock inte antagits eftersom dels en ordinarie referent, dels en reservreferent inte har svarat. Det är alltså inte fråga om att lika situationer har behandlats olika. Vidare kan en referents betygsättning 0 poäng på en fråga inte anses vara en felskrivning. Något utrymme för att ge bolaget tillfälle till rättelse har då saknats. Likabehandlingsprincipen har sålunda inte trätts för när på det sätt bolaget gör gällande.

Vidare saknar bolaget stöd för sitt påstående att det finns en policy i Göteborgs Stad som anger att anställda i staden inte får vara referenter i upphandlingar. Det noteras att nämnden under anbudstiden i Frågor och svar angett att oavsett hur det förhåller sig därmed så finns det inget hinder mot att lämna en referens från Göteborgs Stad.

Sammanfattningsvis har bolaget inte förmått visa att nämnden har genomfört upphandlingen i strid med LOU. Skäl för ingripande med stöd av denna lag saknas därmed. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Ann Rittri
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



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, 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.

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 rätts-tillämpningen.
- 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.