



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM
2017-04-21
Meddelad i Göteborg

Mål nr
13859-16

Avd. 3

SÖKANDE

Mellansvenska Stöd AB, 556068-8300
Danmarksgatan 20
753 23 Uppsala

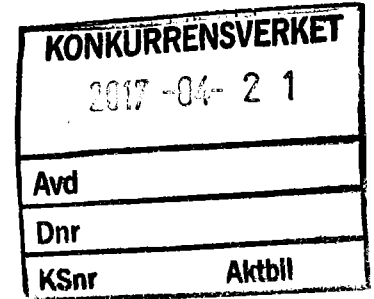
Ombud: Juristen Martin Bogg
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 464898

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	031 - 711 78 59	måndag-fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (Upphandlingsbolaget) genomför en upphandling av ramavtal avseende Städtjänster, dnr 210/16. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande enligt LOU och är uppdelad i fem delområden. Av tilldelningsbeslut den 15 december 2016 framgår att andra anbudsgivare än Mellansvenska Städ AB (Mellansvenska Städ) tilldelats kontrakt i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Mellansvenska Städ ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Mellansvenska Städ anför i huvudsak följande. För de leverantörer som har haft avtal med Göteborgs Stad har referenstagningen i korthet fungerat på så sätt att referens nr 1 som anbudsgivaren angivit har ersatts med en intern referens om sådan finns. Vilken beställare som fått svara på frågor har avgjorts genom lottning. Om denna framlottade referens gett ett genomsnittligt betyg som är lägre än 3,5 har anbudsgivaren förkastats. I efterhand kan konstateras att hela 25 uteslutningar har skett, däribland avseende Mellansvenska Städ, med hänsyn till att referensen angivit ett genomsnittligt betyg som understiger 3,5. Att så många uteslutningar skett på grund av för låga betyg är en direkt konsekvens av att anbudsgivarna inte har haft kontroll över vilken referens som kontaktats, utan att detta skett helt slumpmässigt genom lottning.

För de leverantörer som inte tidigare har haft avtal med Göteborgs Stad har situationen varit en helt annan. Eftersom det inte funnits någon intern referens har inte heller någon referens som angivits av anbudsgivaren bytts ut. Dessa anbudsgivare har således haft full kontroll över vilka som angivits som referens och kunnat säkerställa att endast sådana personer som ger anbudsgivaren höga poäng får besvara Upphandlingsbolagets frågor.

Visserligen anges det i punkt 1.3.1.7 i förfrågningsunderlaget att referenser för anbudsgivare som inte tidigare haft avtal med Göteborgs Stad kan komma att bytas ut mot en egen extern referens, men denna möjlighet har Upphandlingsbolaget inte utnyttjat, vilket framgår av e-postmeddelande från Upphandlingsbolaget daterat den 16 december 2016. Regleringen i upphandlingen har mot denna bakgrund således otillbörligt gynnat leverantörer utan interna referenser. Förfrågningsunderlagets utformning strider därför mot principerna om likabehandling och transparens och därmed mot 1 kap. 9 § LOU.

För att upprätthålla likabehandlingsprincipen måste samma metod för angivandet av referenser användas för samtliga leverantörer, oavsett om det rör sig om en extern eller intern referens. Även anbudsgivare med interna referenser skulle därmed haft möjlighet att själva ange den interna referensen, alternativt att även de externa referenserna skulle lottas fram.

Om Mellanvenska Städ hade fått ange vilken intern referens som skulle kontaktas hade bolaget erhållit högre poäng och därmed uppfyllt samtliga obligatoriska krav och tilldelats kontrakt i upphandlingen. Mellanvenska Städ har därmed lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada av Upphandlingsbolagets överträdelse av LOU.

Upphandlingsbolaget anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. LOU sätter inga hinder mot att använda interna referenser i de fall den upphandlande myndigheten har kännedom om anbudsgivaren genom tidigare uppdrag (se bl.a. Kammarrätten i Stockholms dom den 10 juni 2011 i mål nr 862-11 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 november 2010 i mål nr 2504-10). Vad gäller hur de interna referenserna utses har i nyss nämnd kammarrättspraxis uttalats att den upphandlande myndigheten kan välja interna uppdrag som ersätter externa referenser. Att som i aktuell upphandling lottas fram vilket uppdrag som ska tillämpas när det finns flera

interna referenser är därför inte godtyckligt, utan snarare en mer objektiv form än alternativet som godtagits i praxis. Samma krav vad gäller frekvens och omfattning på de interna referenserna har använts som för externa referenser. Även de frågor som ställts till de interna referenserna har varit lika. Likabehandling har därmed skett vid bedömningen av referenserna.

Likabehandlingsprincipen innebär inte att det inte får ske skiftande procedurer för referenstagning. Av naturliga skäl kan en intern referens inte tillämpas för leverantörer som inte tidigare utfört uppdrag åt Göteborgs Stad. Det är också så likabehandlingsprincipen fungerar, endast lika fall ska behandlas lika. Någon "referensbank" för respektive anbudsgivare för att genomföra lottning för externa referenser finns inte, varför annan metod av naturliga orsaker inte varit aktuell.

Tanken med referenser är inte att leverantören ska kunna presentera en viss bild av företaget utan i stället att referenserna ska ge en rättvisande och objektiv bild över hur leverantören tidigare utfört uppdrag. Det är alltså varken i strid med LOU eller likabehandlingsprincipen att tillämpa ett förfarande där leverantörerna inte har full kontroll över referensuppdragen. Förutsättningarna för referenstagningen har också varit tydliga i förfrågningsunderlaget.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Utredningen

Av förfrågningsunderlaget kan bl.a. utläsas följande.

1.3.1.7 Referensuppdrag

Leverantören ska redovisa referensuppdrag enligt nedan. Referenser ska endast skickas in för det/de delområden som anbudet avser.

För de fall Göteborgs Stad **inte har eller inte haft avtal** med Leverantören eller någon av angivna underleverantörer under de senaste tre (3) åren, kan Upphandlingsbolaget komma att använda sig av en (1) egen extern referens. Den egna referensen kommer i så fall att ersätta Leverantörens angivna referensuppdrag nr ett (1). Detsamma gäller för underleverantörens referensuppdrag.

För de fall Göteborgs Stad **har eller har haft ett avtal** med Leverantören eller någon av angivna underleverantörer under de senaste tre (3) åren, kommer Upphandlingsbolaget att använda sig av en (1) egen intern referens. Den interna referensen kommer att ersätta

Leverantörens angivna referensuppdrag nr ett (1). Detsamma gäller för underleverantörs referensuppdrag.

Förvaltningsrättens bedömning

Mellansvenska Städ har bl.a. anfört att leverantörer som inte tidigare haft uppdrag för Göteborgs Stad har haft full kontroll över vilka som angivits som referens, till skillnad från de leverantörer som tidigare har haft avtal med Göteborgs Stad, vilket otillbörligt gynnat leverantörer utan interna referenser. Mellansvenska Städ gör mot denna bakgrund gällande att förfrågningsunderlagets utformning strider mot de upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att för de leverantörer som har eller har haft uppdrag för Göteborgs Stad så kommer den interna referensen att ersätta leverantörens angivna referensuppdrag nr 1. Av frågor och svar framgår att den interna referensen kommer att utses genom lottning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det inte finns något hinder mot att en upphandlande myndighet använder sig av egna referenser så länge referenstagningen sker på ett objektivt sätt och inte strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. I förevarande fall har Upphandlingsbolaget tillämpat lottning i de fall då det funnits flera interna referenser. Förvaltningsrätten anser inte att en sådan lottning kan anses strida mot de upphandlingsrättsliga principerna och LOU.

Mellansvenska Städ har vidare anfört att samma metod för angivandet av referenser måste användas för samtliga leverantörer, oavsett om det rör sig om en extern eller intern referens. Mellansvenska Städ menar vidare att anbudsgivare med interna referenser därför skulle haft möjlighet att själva ange den interna referensen eller så skulle även de externa referenserna ha lottats fram.

Likabehandlingsprincipen innebär att lika situationer inte får behandlas olika och att olika situationer inte får behandlas lika, såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan likabehandlingsprincipen inte tolkas på ett sådant sätt att det är otillåtet med ett förfarande där anbudsgivare med interna referenser inte har möjlighet att själva välja vilken referens som ska användas, till skillnad från anbudsgivare som saknar interna referenser. Såvitt framkommit i målet har alla leverantörer som varit i samma situation behandlats lika i upphandlingen, dvs. alla leverantörer som tidigare har utfört uppdrag för Göteborgs Stad har behandlats på samma sätt i upphandlingen. De leverantörer som däremot inte har utfört sådana uppdrag, och därmed befunnit sig i en annan situation, har sinsemellan behandlats på samma sätt. Detta är enligt förvaltningsrättens mening tillräckligt för att principen om likabehandling ska anses ha upprätthållits. Det faktum att flera anbud har förkastats på grund av att otillräckliga poäng erhållits vid den interna referenstagningen medför inte att det finns anledning att ifrågasätta att kravet på likabehandling iakttagits.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Mellansvenska Städ inte har visat att Upphandlingsbolaget har överträtt någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Med hänsyn till detta har Mellansvenska Städ inte heller visat att bolaget på grund av några brister i den aktuella upphandlingen har lidit eller riskerat att lida någon skada. Det saknas därför anledning att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

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

Susanne Nilsson

Tf chefsrådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Ingeli Lindell.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

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 beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.