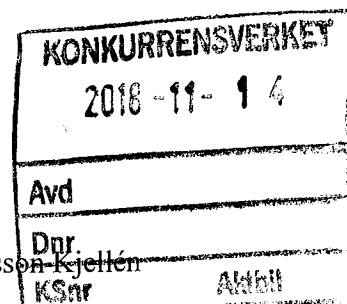




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2018-06-14
Meddelad i Malmö

Mål nr
2442-18



KLAGANDE

WSP Sverige AB, 556057-4880

Ombud: advokat Per-Owe Arfwedson och advokat Lina Håkansson-Kjellen
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Skeppsbron 32
111 30 Stockholm

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår WSP Sverige AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 437900

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
Telefax
040-97 24 90
E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se
www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Malmö Stad genomför en upphandling av tekniska konsulttjänster, ”Ramavtal 097 Tekniska konsulttjänster: Gata-mark samt detaljprojektering av flera teknikområden”. Enligt tilldelningsbeslutet har Malmö stad tilldelat tio olika bolag kontrakt. Anbudet från WSP har hamnat på elfte plats och inte tilldelats kontrakt i ramavtalet.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

WSP ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Som grund för talan anförs i huvudsak följande.

WSP har, i enlighet med instruktionerna i förfrågningsunderlaget, gett in tio referenser varav sammanlagt sju referensuppdrag som utförts under Malmö stads tidigare ramavtal, två som utförts i förhållande till Malmö stad och ett referensuppdrag som utförts åt annan beställare. Malmö stad valde ut referensuppdraget ”Kvarteret Tyfonen” och grundade betygssättningen och utvärderingen enbart på detta referensuppdrag. WSP erhöll, av oklar anledning endast och 28 poäng och därmed ett prispåslag om 250 kr i förhållande till anbudssumman. WSP har därigenom placerat sig på elfte plats och inte tilldelats något ramavtal.

Förfarandet att Malmö stad ensidigt avgör vilka referensuppdrag som ska ligga till grund för utvärderingen samt på oklara grunder väljer ut vilket referensuppdrag som ska ligga till grund för utvärderingen strider mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU och i synnerhet likabehandlings- och transparensprincipen. Malmö stad har ensidigt styrt vilka referensuppdrag som anbudsgivaren skulle ange. Det prispåslag om 250 kr som ges för referensuppdrag som endast erhåller 30 poäng eller lägre innebär i praktiken att anbudet aldrig kan komma ifråga för ramavtal eftersom an-

budsgivarens timpris (anbudssumma) då kommer att öka så pass mycket att anbudet inte kan konkurrera med övriga anbud. Utvärderingen av egenreferenser har således fått en avgörande betydelse för utfallet i upphandlingen.

Det är inte anbudsgivarens själv som fritt fått bestämma vilka referensuppdrag som ska få återopas, utan detta har styrts av Malmö stad via kravet att utvärderingen i första och andra hand skulle grundas på egenreferenser. I WSPs fall har kravet inneburit att utfallet i upphandlingen enbart avgjorts i förhållande till ett referensuppdrag där Malmö stad själva betygsatt WSPs tjänsteleverans. Genom Malmö stads betygssättning har WSPs anbud i praktiken uteslutits från att erhålla ramavtal i upphandlingen. Det ska i sammanhanget noteras att det även är Malmö stad som ensidigt valt ut det enda referensuppdrag som utvärderingen grundats på, bland de sammanlagt nio referensuppdrag som WSP utfört åt Malmö stad, vilket givetvis ökat godtycket i förfarandet. Det är oklart varför Malmö stad just valde referensuppdraget "Kvarteret Tyfonen" att grunda utvärderingen på. WSP har med därför ställt en fråga till Malmö. Malmö stad har besvarat frågan i e-post och bland annat uppgett att deras val av referensuppdrag i första hand skulle ske i förhållande till uppdrag som utförts under det tidigare ramavtalet. Detta är också naturligt givet utformningen av utvärderingsmodellens prioriteringsordning i de administrativa föreskrifterna. Malmö stad har dock valt att frånga denna ordning. Om en upphandlande myndighet angett i förfrågningsunderlaget i vilken ordning som referenser ska anges och därmed angett en prioriteringsordning för urval av det referensuppdrag som ska ligga till grund för utvärderingen får denna ordning inte frångås. Detta gäller i synnerhet som den upphandlande myndigheten i efterhand, efter att anbuderna lämnats in, bekräftat till anbudsgivarna i vilken ordning som referenserna utvärderats.

Förfrågningsunderlaget anger inte att Malmö stad slumpmässigt kunde välja ut ett uppdrag bland de tio referensuppdragen. Underlaget anger en klar och

tydlig prioritetsordning. Utvärderingen präglas av godtycke och har inte skett på ett transparent och likabehandlande sätt.

Det kan vidare finnas anledning att anta att utvärderingsmodellens utformning ger anledning att befara att flera anbudsgivare inte följt Malmö stads anvisningar att i första hand ange referensuppdrag som utförts åt Malmö stad under tidigare ramavtal, i andra hand referensuppdrag som utförts åt Malmö stad, i tredje hand referensuppdrag åt offentliga beställare och i sista hand privata beställare. Detta innebär att utvärderingsresultatet med stor sannolikhet skulle sett annorlunda ut om alla anbudsgivare uppgivit uppdrag som utförts åt Malmö stad eller andra offentliga beställare.

Flera anbudsgivare har angett uppdrag som inte följer prioriteringsordningen i det obligatoriska kravet, vilket fått till följd att utvärderingen genomförts på ett olikartat sätt. Utfallet hade sett annorlunda ut om anbudsgivarna följt det obligatoriska kravet. Anbuderna skulle inte ha tagits upp till utvärdering. I vissa fall har Malmö stad, av oklar anledning, inte utvärderat angivna referensuppdrag som utförts under det tidigare ramavtalet, trots att sådana avtal angivits av anbudsgivarna.

Malmö Stad bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Kommunen köper tekniska konsulttjänster till ett stort värde varje år. Konsulten tar fram förfrågningsunderlag som sedan ligger till grund för entreprenadupphandlingar. Kommunen har ansett det viktigt att premiera offereerade nyckelpersoners yrkesmässiga kvalitet. Kommunen har därför valt att i utvärderingsmodellen i aktuell upphandling inkludera referenstagning. Att anbudsgivaren ska lista tio referensuppdrag beror på att kommunen i största mån vill undvika att anbudsgivaren ska kunna styrka vilken bild av dem som visas. Med ett större antal listade referensprojekt ökar sannolikheten att den verkliga levererade kvaliteten speglas oavsett karaktär. Genom att i

första hand ange att anbudsgivaren ska lista uppdrag utförda åt kommunen har kommunen velat säkerställa att intern erfarenhet ska få genomslag i ett framåtsyftande perspektiv eftersom det funnits och finns problem med kvalitetsnivån i leveranser från de tekniska konsulterna. Detta kan inte anses oproportionerligt eller strida mot likabehandlingsprincipen. Att ställa krav på att viss typ av referenser ska anges i första hand är inte på något sätt oförenligt med LOU och det har varit lika förutsättningar för alla anbudsgivare.

Hur referenstagningen skulle gå till har också varit tydligt beskrivet i förfrågningsunderlaget. Kommunen har vid urval av referensuppdragen valt ut av anbudsgivarna listade uppdrag som utförts åt Malmö stad, gatukontoret, såväl efter avrop på det tidigare ramavtalet som efter ett separat upphandlingsförfarande. Om de kontrollerade referensuppdragen är avropade på ramavtal eller upphandlade i annan ordning spelar enligt kommunens uppfattning ingen roll för utfallet eftersom uppdragen är likvärdiga och utförda till samma beställare. Urvalen har skett slumpvis och utifrån tanken att man ska få en spridning bland de referenspersoner som angivits av anbudsgivarna. Kommunen har således inte, som WSP gör gällande, styrt referenstagningen på något otillbörligt sätt. I sammanhanget är det också viktigt att påpeka att kommunen valt ut en referens som WSP själv listat i sitt anbud och det finns ingen anledning att ifrågasätta de poäng WSP erhållit. Frågorna och den poängskala referenspersonerna har haft att förhålla sig till har varit kända för samtliga anbudsgivare.

WSP har också invänt att ett anbud som får prispåslag aldrig kan komma i fråga för ramavtalet. Så är naturligtvis inte fallet eftersom detta beror på utfallet i utvärderingen. Men naturligt kommer ett anbud med prispåslag på en lägre rankning. Detta ligger också i linje med vad kommunen vill uppnå, nämligen att anbud med högre kvalitet ska premieras i rangordningen.

Vad gäller alternativet att söka andra referensuppdrag i enlighet med vad som beskrivs i förfrågningsunderlaget är detta en möjlighet för kommunen. I den mån anbudsgivarna listat interna referensuppdrag har kommunen inte sett att det funnits anledning att söka efter ytterligare uppdrag. Vad gäller de anbudsgivare som inte listat några interna referensuppdrag har kommunen sökt efter sådana uppdrag i tillgängliga system men i de fall likvärdiga interna uppdrag inte kunnat hittas har urval skett bland listade externa referensuppdrag.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen, och på talan av leverantör, som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan en rättelse gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

WSP har gjort gällande att Malmö stad brutit mot LOU genom att inte hämta in referenser enligt den prioriteringsordning som Malmö stad angett i de administrativa föreskrifterna.

Förvaltningsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget anger att anbudsgivare ska bifoga en referensförteckning över de tio viktigaste uppdragen liknande nu aktuellt uppdrag. Det anges vidare att referens inhämtas från ett uppdrag.

Förvaltningsrätten anser inte att förfrågningsunderlaget brister i transparens. Förfrågningsunderlaget beskriver tydligt hur referenstagningen kommer att gå till. Något hinder mot att använda egenreferenser finns inte så länge det framgår att referenstagningen sker på ett objektivet sätt så att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens träds för när (se Kammarrätten i Göteborgs den 18 november 2010 i mål nr 2504-10). Av kravet framgår inte att Malmö stad måste kontakta referenserna i den ordning som anbudsgivaren angett. Det har inte framkommit annat än att Malmö stad agerat i enlighet med förfrågningsunderlaget vid utvärderingen.

Mot bakgrund härav, och då det inte heller av andra skäl som åberopas, finns grund för ingripande enligt LOU ska ansökan avslås.

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

Bertil Idarsson

Ulrika Skogler har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

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

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I 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 får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.