



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2017-03-31
Meddelad i Göteborg

Mål nr
10161-16

SÖKANDE

JP Advokatfirma i Göteborg KB, 969777-7903
Götabergsgatan 20
411 34 Göteborg

MOTPART

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

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2017-03-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår JP Advokatfirma i Göteborg KB:s ansökan.

Dok.Id 463503

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

Göteborgs Stads Upphandlings AB (Upphandlingsbolaget) genomför en upphandling av Juridiska tjänster, dnr 283/15. Upphandlingen omfattar sammanlagt 13 rättsområden och syftar till att ramavtal ska ingås med minst tre advokatbyråer för vart och ett av de rättsområden som har relevans i detta mål. Upphandlingen genomförs i form av förenklat förfarande. Enligt förfrågningsunderlaget ska de anbud antas, som uppfyller kvalificeringskraven och är de ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån de angivna utvärderingskriterierna. Från ramavtalen ska avrop kunna göras av Göteborgs Stad och ett stort antal kringliggande kommuner samt Göteborgsregionens kommunalförbund, ISGR AB, Räddningstjänsten Storgöteborg, Gryning Vård AB och Stiftelsen Göteborgs sjukhem.

JP Advokatfirma i Göteborg KB (JP) lämnade anbud avseende området "Entreprenadrätt" och området "IT-rätt och immaterialrätt".

Upphandlingsbolaget meddelade tilldelningsbeslut i upphandlingen den 15 september 2016. Av tilldelningsbeslutet framgår att Upphandlingsbolaget avsåg att inom varje avtalsområde teckna kontrakt med alla anbudsgivare vars anbud bedömdes uppfylla de ställda kraven. Vidare framgår att Upphandlingsbolaget inte avsåg att teckna kontrakt med JP. I en enskild information till JP motiverades beslutet för respektive område enligt följande.

"Anbudet uppfyller inte ställda krav avseende referensuppdrag inom aktuellt avtalsområde.

Referensuppdragen stämmer ej med något uppdrag i uppdragsförteckningen, de är ingen utförligare beskrivning av tre av uppdragen i uppdragsförteckningen."

Förvaltningsrättens handläggning

Förvaltningsrätten handlägger detta mål tillsammans med mål nr 10048-16 och 10163-16 som avser samma upphandling. I mål nr 10048-16 är bl.a. avtalsområdet Entreprenadrätt föremål för förvaltningsrättens prövning men i mål nr 10163-16 inget av de områden som ska prövas i förevarande mål.

YRKANDEN M.M.*Vad JP yrkar och anför*

JP yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras inom områdena Entreprenadrätt samt IT-rätt och immaterialrätt och att JP:s anbud ska tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar JP att förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen ska göras om. JP anför i huvudsak följande.

Upphandlingsbolaget har felaktigt uteslutit JP:s anbud. I anbudet har JP som referensuppdrag beskrivit tre uppdrag som inte upptagits bland de tio uppdragen i Uppdragsförteckningen. I stället för tio uppdrag har JP således beskrivit 13 uppdrag, av vilka tre utgör referensuppdrag.

Såväl uppdragsförteckningen som referensuppdragen ska enligt förfrågningsunderlaget användas vid anbudsutvärderingen. För anbuds kvalificering för slutlig utvärdering har Upphandlingsbolaget uppställt krav som framgår av förfrågningsunderlagets tredje kapitel. Då JP:s anbud uppfyller däri angivna kvalificeringskrav ska uteslutning inte ske utan anbudet ska tas upp för utvärdering.

Oavsett om kravet bedöms vara ett utvärderingskrav eller ett kvalificeringskrav är kravet inte proportionerligt. Hade JP:s anbud tagits upp till ut-

värdering hade JP tilldelats ramavtal. JP riskerar därför att lida skada om dess anbud inte tas upp till utvärdering.

För det fall förvaltningsrätten anser att ny anbudsutvärdering inte kan ske uppfyller förfrågningsunderlaget inte kraven på förutsägbarhet och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. I förfrågningsunderlagets kapitel 3 anges de krav som ställs för att ett anbud ska kvalificera sig till utvärdering. Kraven som Upphandlingsbolaget ställer för undvikande av uteslutning framgår inte av vad förfrågningsunderlaget anger utgöra kvalificeringskrav. Att tillämpa andra krav utöver de angivna ger Upphandlingsbolaget ett skönsmässigt utrymme i strid med principen om förutsägbarhet och transparens.

Det av Upphandlingsbolaget ställda kravet om att angivna referensuppdrag ska utgöras av tre uppdrag från uppdragsförteckningen är inte heller proportionerligt som krav för uteslutning. Det fel som JP:s anbud är behäftat med är av rent formell natur och innebär inte att JP skulle få någon som helst fördel i förhållande till andra anbudsgivare. Faktum är att JP endast lämnat viss överskottsinformation som Upphandlingsbolaget utan risk för särbehandling hade kunnat bortse från.

I anslutning till kravet på angivande av referensuppdragen har i förfrågningsunderlaget uttryckligen angetts att referensuppdragen ska användas för utvärdering. Detta kan inte tolkas som annat än ett krav för att uppnå viss utvärderingspoäng. Kravet utgör då inte ett kvalificeringskrav, som kan leda till uteslutning, utan ett krav som ger möjlighet att uppnå viss nedsättning av det angivna anbudspriset i utvärderingsfasen. Eventuella brister i referensuppdragen kan således enligt förfrågningsunderlaget endast påverka utvärderingen av anbudspriset, inte kvalificeringen av anbudet. En annan tillämpning av förfrågningsunderlaget strider mot principen om förutsägbarhet och transparens. JP antecknar i detta sammanhang att de av Upphandlings-

bolaget åberopade rättsfallen (Högsta förvaltningsrättens avgöranden i mål nr 555-15 och 2691-15) tar sikte just på obligatoriska krav för kvalifikation.

Upphandlingsbolagets inställning i målet

Upphandlingsbolaget anser att JP:s ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

JP:s anbud uppfyller inte det obligatoriska kravet på att de tre referensuppdragen ska utgöras av tre av uppdragen i uppdragsförteckningen. Det har därmed varit korrekt att förkasta JP:s anbud på denna grund. Upphandlingsbolaget har även haft en skyldighet att förkasta JP:s anbud för att inte – i strid med likabehandlingsprincipen – behandla JP mer förmånligt än andra anbudsgivare.

I förfrågningsunderlaget finns dels generella krav som gäller för alla delområden, dels krav för respektive delområde. I avsnitten "Entreprenadrätt" och "IT-rätt och immaterialrätt" finns krav på uppdragsförteckning och referensuppdrag (punkterna 6.2.6 och 6.2.7 respektive 10.2.6 och 10.2.7).

Det framgår tydligt under respektive delområde i förfrågningsunderlaget att lämnade referensuppdrag ska utgöras av en mer utförlig beskrivning av tre av uppdragen som angetts i uppdragsförteckningen. Aktuella krav är obligatoriska krav, vilket innebär att anbuden måste innehålla efterfrågade uppgifter. Det är med andra ord fråga om obligatoriska krav både att bifoga bilagorna och att utforma dem i enlighet med kraven. Upplýsningen om att anbudsgivarnas beskrivningar i bilagorna kommer att användas vid utvärderingen innebär enbart att förfrågningsunderlaget blir mer tydligt och transparent.

Av de administrativa bestämmelserna i förfrågningsunderlaget, punkten 2.1.1 framgår bl.a. följande. ”Leverantören ska i anbudet visa att den uppfyller förutsättningarna och kraven i förfrågningsunderlaget. Obligatoriska krav på Leverantören och tjänsten måste uppfyllas.”

JP:s konstruerade resonemang om att krav som inte anges under rubriken ”Kvalificeringskrav” inte behöver uppfyllas skulle innebära att inget av övriga krav i förfrågningsunderlaget behöver uppfyllas. Det skulle i sin tur innebära att anbudsgivarna inte behövde uppfylla något av kraven på underlag för utvärderingen av det i anbudet erbjudna priset. Resonemanget faller, förutom utifrån lagstiftning och praxis, på sin egen orimlighet.

Ett krav på beskrivning av tre av de tio uppdragen i uppdragsförteckningen som referensuppdrag kan svårligen ses som oproportionerligt. Syftet med kravet är dels att kunna jämföra och utvärdera inkomna anbud på lika villkor, dels att förenkla både för utvärderingsgrupperna och för anbudsgivarna. Den fördel som uppnås genom kravet står i rimlig proportion till den skada kravet kan orsaka anbudsgivare. Om redogörelse för referensuppdragen hade varit överskottsinformation som Upphandlingsbolaget kunde bortse från, hade några godtagbara referensuppdrag inte funnits beskrivna i anbudet. Det skulle ha inneburit att kravet inte heller i sådant fall skulle ha varit uppfyllt.

Ett anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav ska läggas åt sidan och det är den upphandlande myndigheten som ansvarar för att garantera en objektiv jämförelse mellan anbuden och att inte gynna eller missgynna någon anbudsgivare. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i två nyligen avgjorda mål konstaterat att förfrågningsunderlaget utgör en central del i upphandlingsförfarandet och att det krävs att anbudsgivare kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprättshålls under hela

förfarandet. I annat fall fyller inte förfrågningsunderlaget sin konkurrensuppsökande funktion (se HFD:s avgöranden i mål nr 555-15 och 2691-15).

I aktuellt fall har det inte heller varit möjligt att låta JP förtydliga eller komplettera sitt anbud för att kravet skulle bli uppfyllt eftersom JP då varit tvunget att byta ut angivna uppdrag, antingen i uppdragsförteckningen eller i referensuppdragsbilagorna. Att låta en anbudsgivare ändra uppgifter i sitt anbud på ett sådant sätt efter anbudstidens utgång är inte tillåtet eftersom ett förtydligande eller en komplettering endast får innebära att redan lämnade uppgifter konkretiseras, inte att de ersätts.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

I målet är LOU i dess lydelse före den 1 januari 2017 tillämplig.

Efter ansökan från en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (16 kap. 4 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada 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 § LOU).

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).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har i målet att pröva om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som JP åberopat. Frågan i målet är således om Upphandlingsbolaget kan anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen genom att inte låta JP:s anbud gå vidare till upphandlingens utvärderingsfas. För att ett ingripande ska bli aktuellt fordras också att JP lidit eller kan komma att lida skada till följd av Upphandlingsbolagets förfarande.

JP åberopar som grund för sina yrkanden dels att förfrågningsunderlaget med hänsyn till Upphandlingsbolagets förfarande inte varit transparent och förutsägbart när det gäller vilka krav som skulle uppfyllas för kvalificering till utvärdering, dels att Upphandlingsbolaget brutit mot principen om proportionalitet genom att av angivna skäl utesluta JP:s anbud från slutlig utvärdering.

Frågan om transparens

I förfrågningsunderlagets punkter 6.2.7 Referensuppdrag och 10.2.7 Referensuppdrag anges följande. ”Leverantören ska i Bilaga Referensuppdrag lämna en mer utförlig beskrivning av tre (3) av uppdragen i uppdragsförteckningen, en bilaga per referensuppdrag.”

Förvaltningsrätten konstaterar att kravets utformning visar att det är fråga om ett obligatoriskt krav och att redovisningen i anbudet måste utformas i enlighet med anvisningen.

Enligt 16 kap. 6 § LOU fordras för ett ingripande av förvaltningsdomstol dels att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU, dels att detta *medfört* skada eller risk för skada för leverantören. Det ska således finnas ett orsakssamband mellan den brist i upphandlingsförfarandet som åberopas och den skada eller risk för skada som uppstått för att ett ingripande ska kunna bli aktuellt.

Det står klart och är ostridigt i målet att JP:s anbud inom de två aktuella rättsområdena avviker från nyss redovisat krav i förfrågningsunderlaget. Det råder heller ingen oenighet mellan parterna om att det aktuella kravet var tydligt formulerat, vilket förvaltningsrätten instämmer i. Att JP:s anbud inte uppfyllde det nyss angivna kravet berodde således inte på att kravet var otydligt eller kunde tolkas på olika sätt. Orsaken torde i stället ha varit förbiseende eller bristande noggrannhet hos anbudsgivaren.

Oavsett om förfrågningsunderlaget kan anses brista i tydlighet, när det gäller vilka krav i förfrågningsunderlaget som ska betraktas som obligatoriska kvalificeringskrav, kan detta inte anses ha medfört att JP i de nu diskuterade avsnitten utformade sitt anbud på ett sätt som avvek från instruktionerna i förfrågningsunderlaget. Det är således inte fråga om brister som medfört skada eller risk för skada för JP. Enligt förvaltningsrättens mening har eventuella brister i förfrågningsunderlagets tydlighet därmed inte någon relevans för den fortsatta bedömningen i målet.

Frågan om kvalificeringskrav eller utvärderingskrav

Förvaltningsrätten har härefter att ta ställning till om det förhållandet, att JP:s anbud inte uppfyllde kravet på redovisning av referensuppdrag i enlighet med förfrågningsunderlaget, också utgjorde grund för att utesluta anbudet från fortsatt utvärdering eller om det bara borde ha inverkat på resultatet av denna utvärdering.

Det står klart att kraven i punkterna 6.2.7 och 10.2.7 i förfrågningsunderlaget är utformade som obligatoriska krav. Det innebär att om kraven inte uppfylls måste det få konsekvenser för anbudsgivaren – antingen på så sätt att dess anbud inte får delta i den slutliga utvärderingen eller att det bortses från de lämnade uppgifterna i den del av utvärderingen där uppgifterna i anbudet inte uppfyller uppställda krav.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning är det vanligt förekommande i offentliga upphandlingar att förfrågningsunderlaget utformas på så sätt att anbud som inte på det anvisade sättet anger uppgifter, som efterfrågas som underlag för pris- och kvalitetsvärdering, ska uteslutas från fortsatt utvärdering. En anledning till ett sådant förfarande är att det kan vara svårt för den upphandlande myndigheten att på ett rättvisande sätt genomföra en utvärdering när uppgifterna i de olika anbuden inte är jämförbara. Det kan också på förhand vara svårt att förutse vilka konsekvenser det kan få för slutresultatet, om anbud får delta i vissa avsnitt av pris- och kvalitetsutvärderingen men inte i andra. Det finns därför i allmänhet goda skäl för att från fortsatt utvärdering helt utesluta anbud, som inte uppfyller obligatoriska krav på uppgifter som ska lämnas för utvärdering av pris och kvalitet.

I detta fall konstaterar förvaltningsrätten också att de krav som i förfrågningsunderlaget särskilt anges för respektive rättsområde, här i avsnitt 6 och 10, också i stor omfattning utgörs av krav på formella meriter och kompetens hos den personal som leverantören erbjuder. Även om uppgifterna, som efterfrågas i förfrågningsunderlaget, ska ligga till grund för utvärdering respektive anbud, utgör de begärda uppgifterna också en kontroll av att anbudsgivaren uppfyller bestämda krav på leverantören. Rubriken för de punkter som är aktuella i målet, i första hand 6.2.7 och 10.2.7, är därtill 6.2 Krav och 10.2 Krav.

Sammanfattande bedömning

Mot bakgrund av det ovan sagda anser förvaltningsrätten sammantaget att kravet i förfrågningsunderlagets punkt 6.2.7 och 10.2.7 är att betrakta som sådana obligatoriska krav som måste vara uppfyllda för att ett anbud ska tas upp för fullständig utvärdering. Upphandlingsbolagets kan då inte anses ha brutit mot principen om proportionalitet genom att utesluta JP:s anbud från den fortsatta utvärderingen och inte heller mot någon annan bestämmelse i LOU. Skäl för ingripande med stöd av 16 kap. 6 § LOU har därmed inte framkommit. JP:s ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1 B LOU)

Susanne Nilsson
Tf chefsrådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Per Olofsson.



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.