



SÖKANDE

Jobtip AB, 559033-2648
Jobtip Group
Otterhällegatan 1 3 tr
411 18 Göteborg

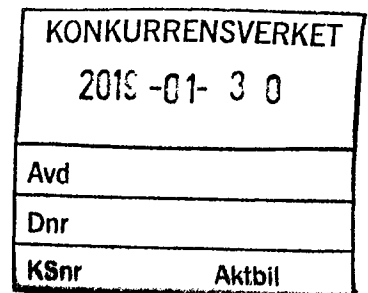
Ombud: Advokaten Tobias Bengtsson och Jur.kand. Gustav Knopp

Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPARTER

1. Borås Stad
2. Ulricehamns kommun

Ombud för 1 och 2: Juristen Rasmus Lundqvist
Borås Stad
Kungsgatan 57
501 80 Borås



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Jobtip AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

BAKGRUND

Borås Stad och Ulricehamns kommun (kommunerna) genomför en gemensam upphandling benämnd "Riktning av annonser i social media" (dnr 2018-00046IN).

I tilldelningsbeslut har Adsup AB (Adsup) antagits som leverantör. Jobtip AB (Jobtip) har ansökt om överprövning.

YRKANDEN

Jobtip yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så vis att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid Jobtip ska tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar Jobtip att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna anser att ansökningarna om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Jobtip

Intressekonflikt

Utvärderingen i upphandlingen genomfördes genom att använda mervärdesmodellen. Samtliga anbudsgivare skulle enligt punkt 1.6.2.1 i förfrågningsunderlaget presentera två referenser och till dessa ställdes fyra frågor där anbudsgivarna bedömdes mellan 1-5. Dessutom ställdes en ja- och nejfråga. Varje anbud kunde tilldelas maximalt 40 poäng. Mervärde utdelades vid poäng mellan 37-39 med 100 000 kr och vid 40 poäng med 200 000 kr. Adsup fick högsta poäng på samtliga frågor av båda sina referenser och tilldelades därmed 200 000 kr i mervärde. Jobtip fick totalt 36 poäng av sina referenser och tilldelades noll poäng i prisavdrag. Adsup offererade ett högre anbudspris än Jobtip men fick ett lägre slutligt jämförelsepris på grund av att de tilldelades högsta poäng möjliga av sina referenser. Om Adsup inte hade fått högsta möjliga poäng av båda sina referenter hade de inte tilldelats kontraktet.

Det föreligger ett nära släktförhållande mellan Adsups företrädare och företrädaren för ett av bolagen som Adsup åberopat som referent. Efter att Jobtip uppmärksammat kommunen på det nära släktbandet mellan företrädarna för bolagen drog kommunen tillbaka tilldelningsbeslutet för att undersöka misstankarna om jäv. Kommunen meddelade senare åter igen tilldelningsbe-

slut där Adsup tilldelades avtalet. Kommunen bedömde att jävsförhållandet inte påverkade kommunens handläggning av upphandlingen.

Av EU-domstolens praxis framgår att om det finns en intressekonflikt i upphandlingen, en nära anknytning mellan en anbudsgivare och den som utvärderar anbudet, kan det anses vara i strid med likabehandlings- och transparensprincipen då den upphandlande myndigheten riskerar att låta sig styras av hänsyn som inte är relevanta i förhållande till kontraktet i fråga och ger företräde åt en anbudsgivare enbart av detta skäl (se punkt 35 i EU-domstolens dom i eVigilo C-538/13).

För svenskt vidkommande definieras partiskhet bl.a. i 1 kap. 9 § Regeringsformen och kravet på att kommunerna ska iaktta saklighet och opartiskhet i sin verksamhet. Naturvårdsverket ansågs av JO ha agerat i strid med kravet på objektivitet i beslut 2010/11 s. 278 (3045-2008). Av JO-beslutet framgår att den svenska definitionen av opartiskhet går utöver vad som stadgas i jävsbestämmelserna. I beslutet konstaterade JO att det krävs en anställning hos myndigheter för att omfattas av bestämmelserna. Trots det anser JO att myndigheten brutit i grundlagens opartiskhetskrav när en konsult, som alltså inte är anställd av myndigheten, haft egenintresse i saken den utredde. Dessutom framgår av den direktivmässiga definitionen av intressekonflikt i andra stycket i artikel 24 i Direktiv 2014/24/EU att personkretsen är större än de som är anställda av myndigheten.

Likväl som att en närstående till en av kommunens anställda kan påverka ett beslut och att detta kan leda till att likabehandlingsprincipen träds för när kan även en närstående referens leda till samma konsekvens. Likabehandlingsprincipen ska säkerställa att samtliga anbud bedöms lika i utvärderingen och att inga otillbörliga hänsyn tas. Bedömningen av om det föreligger en intressekonflikt ska således göras utifrån om anbudsgivaren själv kan på-

verka utfallet genom att en till anbudsgivaren närstående kan få bestämmande inflytande över upphandlingen.

Bedömningen av referenserna är direkt avgörande för vilken anbudsgivare som kommer att antas i upphandlingen. Adsup som offererade ett högre anbudspris än Jobtip, fick en lägre jämförelsesumma efter att mervärdet dragits av. Referensen får därmed i allra högsta grad anses vara delaktig i utvärderingen och ska därför anses ha ett avgörande inflytande på kommunens beslut. Referensen ska också anses vara partisk i frågan genom det närstående förhållande till anbudsgivare som föreligger genom släktskapet mellan företagets ställföreträdare.

Kommunen har genom att tillåta en referens med nära släktband till anbudsgivaren och samtidigt med ett avgörande inflytande i upphandlingen brustit i sin opartiskhet och objektivitet enligt Regeringsformen. Anbuden riskerar att inte bedömas likvärdigt. Genom att tillåta att en anbudsgivare åberopar referens som närstående till anbudsgivaren ges en indirekt möjlighet att utvärdera sitt eget anbud, vilket även står i strid med likabehandlingsprincipen.

Endast det faktum att en sådan intressekonflikt anses föreligga är tillräckligt för att skada ska ha skett. Jobtip har därmed riskerat att lida skada då det finns en påtaglig risk att Adsups anbud borde bedömts annorlunda i utvärderingen. Hade Adsups anbud inte fått full poäng och därmed maximalt mervärde hade istället Jobtips anbud varit det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Utvärderingsmodellen

Referenserna har fått besvara fyra frågor i utvärderingen utifrån en poängskala 1-5. Hur bedömningen av fyra och två poäng gjordes definierades inte. Det saknas en transparent beskrivning gällande gränserna för poängsättningen och då särskilt vad avser under vilka förutsättningar fyra eller två

poäng ska tilldelas, av respektive anbudsgivares referenser. Detta trots att bedömningen blir helt utslagsgivande vid bedömningen av anbuden.

Den mervärdesmodell som används premierar kraftigt anbud som kan uppnå maximal poäng i utvärderingen. Med en sådan kraftig viktning av mervärdet ges priset en mindre roll. Av nödvändighet blir det därför desto viktigare att det tydligt anges vad de olika poängen innebär och hur de ska definieras för att säkerställa en enhetlig och likabehandlande bedömning. Vikten av tydlighet understryks av att det inte är kommunerna själva som gör bedömningen utan det är av tidigare kunder åt anbudsgivarna. Det går inte i efterhand att kontrollera hur dessa tidigare kunder bedömde de olika anbudsgivarna annat än utifrån den vagt utformade bedömningsgrunderna. Kommunerna har därför brutit i sin skyldighet att genomföra upphandlingen på ett öppet och likabehandlande sätt när de inte tillräckligt tydligt definierat skillnaden mellan bedömningsgrunderna för poängsättningen i utvärderingsmodellen. På så sätt har en rättvis bedömning av anbuden inte varit möjlig att genomföra. Jobtip har därmed också riskerat att lida skada genom att förfrågningsunderlaget brister i tydlighet och förutsebarhet på så sätt att rättvis konkurrens mellan anbudsgivarna inte varit möjligt.

Kommunerna

Intressekonflikt

Det föreligger inget jävförhållande och kommunernas agerande har inte inneburit något brott mot LOU.

Kraven för referenstagningen innebär att samtliga referenser får besvara samma frågor och att dessa behandlas likvärdigt. Anbudsgivarna avgör själva vilka referenser som de ska lämna kontaktuppgifter till i anbudet, under förutsättning att dessa uppfyller de krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Referenserna avgör vilka poäng anbudsgivaren ska erhålla för respektive fråga. Denna poäng har sedan legat till grund för anbudsgivarnas

mervärde, utan någon bedömning från kommunernas sida. Samtliga anbudsgivare har således behandlats på samma sätt och i enlighet med kommunernas förfrågningsunderlag. Att det föreligger ett förhållande mellan en anbudsgivare och en referens har inte med kommunernas likabehandling av anbudsgivarna att göra. Detta förhållande påverkar inte kravställningar eller bedömningar i utvärderingen och kan inte ses som att kommunerna har behandlat anbudsgivarna olika. Utifrån detta kan kommunerna inte anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen i LOU.

Frågan om jäv vid en offentlig upphandling ska bedömas utifrån den eller de individer hos den upphandlande myndigheten som är inblandade i beslutet och förhållandet mellan den och dessa individer och anbudsgivaren. Det hade handlat om en intressekonflikt i det fall en av kommunerna anlitad konsult, för framtagning av krav eller hjälp under utvärderingen, hade haft ett släktförhållande med en av anbudsgivarna. I detta fall är det dock inte tillämpligt. Det handlar inte om någon som är anlitad av kommunerna. Det handlar heller inte om en person som har varit inblandad i varken kravskrivningen eller utvärderingen, eller i någon annan del av upphandlingen. Det föreligger således inte jäv i förhållande till anbudsgivaren hos någon individ hos kommunerna som har varit inblandade i beslutet. I detta fall är det ifrågasatta förhållandet mellan en individ hos anbudsgivaren och en individ hos ett företag som lämnar referenser åt anbudsgivaren. Ingen av dessa individer har varit inblandade i kommunernas beslut i den aktuella upphandlingen. Referenten kan med andra ord inte anses ha påverkat kommunens bedömning utan har endast besvarat de frågor kommunen ställt under referenstagningen. Detta kan inte anses medföra att det föreligger en intressekonflikt som innebär att kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen.

Utvärderingsmodellen

Det fanns endast beskrivningar för poängen 0, 3 och 5 i upphandlingen. Kommunerna anser att detta är tillräckligt för att demonstrera hur bedöm-

ningen var tänkt att genomföras. Övriga poäng är att se som en del i skalan och tänkta att användas om referenserna anser att anbudsgivaren placerar sig någonstans emellan dessa nivåer.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Om en upphandlande myndighet 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 enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Jobtip har fört fram är visat att kommunerna har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och om detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Intressekonflikt

LOU saknar uttryckliga bestämmelser om jäv och otillåtna intressekonflikter. I förarbetena till lagstiftningen har angetts att förvaltningslagens regler om jäv med råge täcker de situationer som enligt direktiven anses ligga inom området för otillåtna intressekonflikter (prop.2015/16:195 s. 471 f). Med jäv avses bl.a. att det finns någon särskild omständighet som är ägnad att rubba förtroendet till någons opartiskhet i ett ärende. Jävsreglerna omfatt-

tar inte endast beslutsfattare utan alla som har sådan befattning med ärendet att han eller hon kan tänkas inverka på utgången. Det innebär att det vid en bedömning av om likabehandlingsprincipen har iakttagits i ett upphandlingsärende kan alla som deltagit i upphandlingen omfattas och inte endast de som fattat beslut (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 14 maj 2018 i mål nr 6449-17).

Förvaltningsrätten noterar att det inte föreligger någon form av beroendeställning mellan den av Adsup åberopade referensen och kommunerna, exempelvis i form av ett anställnings- eller konsultförhållande. Enligt förvaltningsrättens mening kan den åberopade referenten därmed inte heller anses ha agerat på kommunens vägnar och därigenom anses medverkat i utvärderingen av anbudet eller på annat sätt anses ha haft bestämmande inflytande över upphandlingen. Det föreligger därmed ingen intressekonflikt i LOU:s mening.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att en bakomliggande tanke med att referenser ska lämnas är att dessa ska ge en rättvisande och objektiv bild av hur leverantören tidigare har utfört liknande uppdrag. En god skicklighet i jämförelse med en mindre god skicklighet i uppdragets utförande är utan tvekan ett mervärde för kommunerna. Enligt förvaltningsrättens mening måste det främst ankomma på den upphandlande myndigheten att i förfrågningsunderlaget avgöra vilka krav som ska ställas på referenserna för att syftet med referenstagningen ska anses uppfyllt. Anbudsgivare har vidare i förevarande fall haft möjlighet att lämna referenser på lika villkor utifrån de kriterier som den upphandlande myndigheten ställt upp. Det har därmed inte framkommit annat än att referensupptagningen och utvärderingen har skett på ett objektivt och likvärdigt sätt. Vad bolaget har anfört i denna del visar således sammanfattningsvis inte att kommunen i denna del har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU.

Utvärderingsmodellen

Av upphandlingsdokumenten punkt 1.6.2.1 framgår följande. Två vidtalade referenser kommer att besvara nedanstående frågor. Frågorna 1-4 kommer att bedömas enligt en skala från 0-5 poäng, där 5 poäng är högst och fråga 5 besvarar referenserna endast genom ja eller nej. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare hur poäng kommer att bedömas av referenser gällande noll, tre och fem poäng. Noll poäng avser låg nivå, under förväntan. Tre poäng avser godtagbar nivå, enligt förväntan och fem poäng avser hög nivå, över förväntan. Förvaltningsrätten delar kommunernas uppfattning att poängen är en del av en skala och att övriga poäng är tänkta att användas om referenserna anser att anbudsgivaren placerar sig någonstans emellan dessa nivåer. Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår därmed med tillräcklig tydlighet hur frågorna ska poängsättas för att ge en likabehandlande och enhetlig bedömning. Utvärderingsmodellen är således rimligt förutsägbar, transparent och likabehandlande. Skäl för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed inte heller på denna grund.

Sammanfattning

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad Jobtip har anfört inte utgör omständigheter som visar att kommunerna har genomfört upphandlingen i strid med LOU eller de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Jobtips ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Veronica Lindström

Rådmannen Veronica Lindström har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



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 nyårs-afton, 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 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.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

