



**SÖKANDE**

Psykosocial Support Familjehemsguiden Fexler Höjer AB, 556775-9328  
Box 3  
619 21 Trosa

Ombud: Tord Fexler  
V. Boulevarden 33  
291 31 Kristianstad

**MOTPART**

Sollefteå kommun  
881 80 Sollefteå

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2019-08-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

---

### BAKGRUND

Sollefteå kommun (kommunen) genomför upphandlingen Konsulentstödda familjehem, dnr UH-2019-26, av ramavtal med särskild fördelningsnyckel utan förnyad konkurrensutsättning genom förenklat förfarande. Upphandlande myndighet är Sollefteå kommun. Övriga deltagande parter är Kramfors kommun, Härnösands kommun, Timrå kommun, Sundsvalls kommun och Örnsköldsviks kommun och ramavtal tecknas separat av varje deltagande myndighet. I Sollefteå kommuns tilldelningsbeslut den 15 april 2019 har angetts ett antal leverantörer som antagits för delområdena A, B och C. Av tilldelningsbeslutet framgår även vilka inkomna anbud som diskvalificerats och inte gått vidare till utvärdering. Bland dessa finns Psykosocial Support Familjehemsguiden Fexler Höjer AB (Familjehemsguiden), som diskvalificerats med motiveringen att anbudet inte uppfyller ska-krav 1.10.

### YRKANDEN M.M.

**Familjehemsguiden** ansöker om överprövning av Sollefteå kommuns upphandling och yrkar att förvaltningsrätten upphäver kommunens beslut att diskvalificera anbudet från Familjehemsguiden. Till stöd för sin talan anför Familjehemsguiden bland annat följande.

Den 15 februari 2019 fattade kommunen tilldelningsbeslut i upphandling av Konsulentstödda familjehem med dnr UH-2018-77. Bland de leverantörer som antagits fanns Familjehemsguiden på två av tre delområden. En leverantör som inte kommit med i upphandlingen begärde överprövning och den 22 februari 2019 meddelade kommunen att upphandlingen avbrutits. Efter att kommunen justerat ett ska-krav utlystes en ny upphandling av Konsulentstödda familjehem med i princip samma innehåll. Även denna gång lämnade Familjehemsguiden in anbud. I tilldelningsbeslutet den 15 april 2019 angavs att Familjehemsguidens anbud diskvalificerades på grund av att bolaget inte hade uppfyllt ska-kravet i 1.10. Efter att Familjehemsguiden kontaktat kommunens handläggare insåg bolaget att en av de referenser bolaget

hade angett inte hade svarat inom föreskriven tid. Kravet i 1.10 innebar att anbudsgivarnas två referenspersoner skulle avge svar till kommunen senast den 8 april 2019.

Familjehemsguiden var väl medvetet om att upphandlingen med dnr UH-2019-26 formellt var en ny upphandling. Emellertid var kopplingarna till upphandlingen med dnr UH-2018-77 så stark att det var naturligt att uppfatta den senare som en repris på den första med undantag för en mindre justering som föranleddes av orsaken till att den tidigare upphandlingen avbröts. Familjehemsguiden angav samma personer som skulle lämna referenser båda gångerna. Självklart utgick Familjehemsguiden från att de skötte sina åligganden som att till exempel besvara inkommande e-postmeddelanden. Insikten om att det var problem med den andra upphandlingen fick Familjehemsguiden först i och med tilldelningsbeslutet den 15 april 2019. Det är därför förståeligt att Familjehemsguiden inte reagerade tidigare.

Av utvärderingsprotokollet framgår bland annat att det för delområde A kommit in 49 anbud. Av dessa blev 15 underkända på grund av att de inte uppfyllde ska-kravet 1.10. Motsvarande siffra för den första upphandlingen var sju stycken. Den referent som inte svarade i rätt tid har som förklaring angett att hon inte insåg att det rörde sig om en helt ny upphandling då det var samma aktörer, samma upphandlingsföremål etc. Av det e-postmeddelande som kommunen skickade till referenten framgår inte att det var en ny upphandling eller vilka konsekvenser ett uteblivet svar skulle få. En fylligare information i dessa påminnelser hade undanröjt oklarheten om att det var ett nytt anbudsförfarande. Familjehemsguidens slutsats är att referenten hade svarat inom föreskriven tid om hon hade insett att det var en ny upphandling. Även den andra referenten har bekräftat att hon först trodde att det var samma sak. Det är uppenbart att anbudsförfarandet genomfördes på ett sådant sätt att många av de som för andra gången skulle lämna referenser

inte insåg att det rörde sig om en ny upphandling, och det är troligen förklaringen till att så många inte uppfyllde ska-kravet 1.10 i den andra upphandlingen.

Familjehemsguiden befinner sig nu i en besvärlig situation då man är utesluten från marknaden i dessa kommuner under avtalstiden. Kommunens passivitet då man inte reagerade på den låga svarsfrekvensen bland de som skulle komma in med referenser är anmärkningsvärd. Kommunen kunde med små medel undanröja den osäkerhet som förelåg om att det var ett helt nytt anbud eller inte. Detta genom att skicka en kopia till anbudsgivarna med det sista påminnelsemeddelandet till de referenter som inte hört av sig. Merarbetet för kommunen hade varit försumbart. Vid en prövning enligt proportionalitetsprincipen av beslutet att underkänna Familjehemsguidens anbud ska det prövas om den skada som har åsamkats bolaget står i rimlig proportion till den vinning kommunen gjorde genom att underkänna Familjehemsguidens anbud. Med hänsyn till vad som kommit fram kring referenstagningen finns det tillräckliga skäl för att bifalla Familjehemsguidens framställan.

**Kommunen** bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Referenstagningen är inte en repris då kommunen i upphandlingen UH-2019-26 skärpt kraven på referenstagning. För den avbrutna upphandlingen med dnr UH-2018-77 hade kommunen inget krav att anbudsgivare skulle bifoga någon särskild bilaga vilket är fallet i upphandlingen med dnr UH-2019-26. Det är ovidkommande att jämföra upphandlingarna med varandra. Kommunen har varit tydlig i ska-krav 1.10, Administrativa föreskrifter 4.1 och bilaga 7 att referenstagning skulle ske under veckorna 13 och 14 och enbart via e-post, samt med förutsättningarna vid eventuellt uteblivet svar från referenspersonerna. Kommunen har även besvarat en inkommen fråga i e-avrop beträffande referenstagning, som alla anbudsgivare tagit del av.

Den förvirring som Familjehemsguiden beskriver när det gäller att lämna referenser för de två referenspersonerna uppfattar kommunen som att de inte blivit vidtalade. Det torde ligga på Familjehemsguidens ansvar att informera referenspersonerna om att en ny referenstagning skulle ske på grund av avbrytande av upphandlingen med dnr UH-2018-77. Då kommunen skickade e-post till referenspersonerna tog kommunen för givet att detta var uppfyllt och att referenspersonerna var väl medvetna om att det handlade om en ny referenstagning för den aktuella upphandlingen. Familjehemsguiden har också intygat i bilaga 7 att de var vidtalade.

Kommunen har tydligt angett hur kommunen kommer att förhålla sig till eventuella uteblivna svar. Eftersom kommunen har gjort eftersök av svaren tre gånger anser kommunen inte att det föreligger passivitet. Detta har också tydligt angetts i de allmänna föreskrifterna. För att inte bryta mot likabehandlingsprincipen kan kommunen inte utöver detta göra ytterligare efterfrågningar.

För ett ingripande av förvaltningsrätten krävs att kommunen har brutit mot LOU i något avseende samtidigt som den sökande riskerar att lida skada. Eftersom Familjehemsguiden inte uppfyllt ska-krav 1.10 för att kvalificera sig för utvärdering saknas grund för ingripande i form av rättelse. Kommunen anser också att förfrågningsunderlaget och tillhörande bilagor är tillräckligt tydligt och klart för anbudsgivarna så att de vet vad som efterfrågas. Därmed saknas också grund för ingripande även i det hänseendet.

**Familjehemsguiden** har härfter i huvudsak vidhållit sin talan.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### *Bestämmelser*

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 § 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. 4 och 6 §§ LOU).

*Utredningen i målet*

Det obligatoriska kravet 1.10 Krav på bilaga lyder som följer:

”Referenser över minst två likvärdiga uppdrag enligt ställda krav, inom offentlig sektor ska lämnas enligt bilaga 7 och bifogas anbudet.

Referenserna får inte ha avslutats tidigare än två (2) år före sista anbudsdag. Referenstagning sker via mejl under veckorna 13 och 14. Se Administrativa föreskrifter punkt 4.1 Övriga villkor för referenstagning.”

I Administrativa föreskrifter 4.1 Referenser anges bland annat följande:

”Anbudsgivaren ska ange två referenser från de senaste två åren som motsvarar detta uppdrag.

Ange myndighet, kontaktperson, e-postadress, i bilaga 7 som ska bifogas anbudet.

Referenspersonerna ska finnas tillgängliga via mejl under veckorna 13 och 14 och avge svar via mejl senast 190408.

Viktigt att anbudsgivaren i förväg säkerställer att kontaktuppgifter till referenser är riktiga och att referenterna accepterar att svara på frågor om anbudsgivaren.

Referensperson/referent får inte förekomma i mer än ett referensuppdrag. Om eftersök av referent med slutligt krav på återkoppling skett 3 gånger utan att kontakt etablerats kommer anbudsgivaren att diskvalificeras. Om referenten ej vill svara, diskvalificeras anbudsgivaren.”

I dokument ”Referenstagning av leverantör” anges de frågor referenten ska besvara om anbudsgivaren. Vidare anges:

”Svar ska vara oss tillhanda via mejl senast 190408.

*Referenspersonerna ska finnas tillgängliga via mejl under veckorna 13 och 14 för referenstagning.*

*Om eftersök av referent med slutligt krav på återkoppling skett 3 gånger utan att kontakt etablerats kommer anbudsgivaren att diskvalificeras. Om referenten ej vill svara, diskvalificeras anbudsgivaren.”*

Under anbudstiden har följande fråga (ID: 162135) ställts:

”Om ni pratat med referenterna i det tidigare anbudet och de är desamma, kommer ni att kontakta dem igen?”

På denna fråga har kommunen har den 20 mars 2019 svarat ”Ja.”

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär omprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad sökanden har anfört till stöd för sin talan (jfr RÅ 2009 ref 69).

Familjehemsguiden har anfört att kommunens inhämtning av referenser brutit mot LOU då referenspersonerna inte uppfattat att det var fråga om en ny referensupptagning eftersom referenser lämnats i en tidigare avbruten upphandling gällande samma upphandlingsföremål. Familjehemsguiden har därvid anfört att kommunen borde ha underrättat anbudsgivarna när referenspersonerna inte inkom med referenser och att den skada familjehemsguiden lider av att ha diskvalificerats i upphandlingen varit oproportionerlig i förhållanden till den vinning kommunen gjorde genom att underkänna anbudet.

Av principen om likabehandling följer att anbudsgivarna ska ges lika möjlighet att utarbeta sina anbud och att de ska behandlas lika när anbuden prövas av den upphandlande myndigheten. Förfrågningsunderlaget ska vara utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Varje leverantör ska därmed med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kunna bilda sig en uppfattning av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlingen med dnr UH-2018-77 har avbrutits och att den upphandling som överprövas i detta mål är en ny upphandling med dnr UH-2019-26.

Förvaltningsrätten anser att det ifrågavarande obligatoriska kravet avseende referenser och hur dessa skulle inhämtas är utformat på ett sådant sätt att det måste ha varit tydligt för leverantörerna vad som efterfrågades i detta avseende. Att en person som en anbudsgivare angett som referent trots flera påminnelser från kommunen inte uppfattade att ett nytt svar krävdes, medför inte annan bedömning. Vad Familjehemsguiden anfört medför inte att det kommit fram att kommunen brutit mot principen om likabehandling då referenstagningen genomfördes.

Vad gäller proportionalitetsprincipen så tar den sikte på att obligatoriska krav som den upphandlande myndigheten valt att ställa på leverantörerna ska vara proportionerliga i förhållande till de eftersträlvade syftena med kraven. Prövningen av om ett obligatoriskt krav är proportionerligt tar således inte, så som sökanden anför, sikte på eventuell skada som en diskvalificerad leverantör lider i förhållande till en eventuell vinning som uppstår för en upphandlande myndighet som diskvalificerar ett anbud. Sammantaget anser förvaltningsrätten att ett obligatoriskt krav att anbudsgivare ska lämna referenser på sätt som anges i förevarande förfrågningsunderlag inte kan anses



vara oproportionerligt. Vad sökanden anfört visar således inte att kommunen vid genomförandet av upphandlingen brutit mot proportionalitetsprincipen.

Familjehemsguiden har yrkat att förvaltningsrätten ska upphäva beslutet att diskvalificera Familjehemsguidens anbud i upphandlingen. Förvaltningsrätten kan endast förordna att en upphandling ska rättas på visst sätt eller att den ska göras om. Då det emellertid inte utifrån vad Familjehemsguiden anfört kommit fram att kommunen under upphandlingsförfarandet har brutit mot någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling eller i övrigt mot LOU, föreligger inte grund för förvaltningsrätten att förordna om rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Ansökan ska därför avslås.

---

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (FR-05).

Kerstin Widmark  
rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



## 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 avisar 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](http://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.

