



KLAGANDE

Agila Social Care AB, 559002-6653

Ombud: Advokaterna Tobias Bengtsson och Johan Gregow

MOTPART

Sundbybergs stad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 18 december 2018
i mål nr 10386-18, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten avslår överklagandet.
 2. Kammarrättens interimistiska beslut den 28 december 2018 upphör därmed att gälla.
-

YRKANDEN M.M.

Agila Social Care AB yrkar i första hand att kammarrätten ska besluta om rättelse på så sätt att en ny skälig frist ska anges inom vilken bolagets referenser ska ha kontaktat Sundbybergs stad och avgett de svar som krävs enligt förfrågningsunderlaget, varvid ny utvärdering ska ske för det fall bolagets anbud anses kvalificerat. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget för i huvudsak fram samma grunder och omständigheter som hos förvaltningsrätten.

Sundbybergs stad anser att överklagandet ska avslås och för i huvudsak fram följande. Anbudens giltighetstid har gått ut och något avtal i upphandlingen kommer därför inte kunna ingås. Även om bolagets anbud skulle utvärderas och kvalificeras så kan Sundbybergs stad därmed inte teckna något avtal med vare sig bolaget eller någon annan anbudslämnare. Sundbybergs stad kommer därför att göra en ny upphandling.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Det har inte kommit fram några skäl att göra någon annan bedömning än den förvaltningsrätten har gjort. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Marie Bjernelius Lundahl
kammarrättsråd
ordförande

Mona Aldestam
kammarrättsråd
referent

Ida Lönneborg
tf. assessor

Viktoria Gashi
föredragande jurist

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2018-12-18

Meddelad i Stockholm

Mål nr

10386-18

SÖKANDE

Agila Social Care AB, 559002-6653

Ombud: Advokaterna Tobias Bengtsson och Johan Gregow
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Sundbybergs stad, 212000-0175
172 92 Sundbyberg

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1048022

| | | | | |
|-------------------|---------------------|--|----------------|------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 E-post: avd33.fst@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt | 08-561 680 01 | måndag–fredag 08:00–16:30 |

YRKANDEN M.M.

Sundbyberg stad (Staden) genomför en upphandling av bemanningstjänster på socionomkonsulter (2017-143). Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lag (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut daterat den 24 april 2018 framgår vilka leverantörer som antagits.

Agila Social Care AB (Agila) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse på så sätt att ny skälig frist ska anges inom vilken Agilas referenser ska ha kontaktat Staden och avgett de svar som krävs enligt förfrågningsunderlaget, varvid ny utvärdering ska ske för det fall Agilas anbud anses kvalificerat. I andra hand yrkar Agila att upphandlingen ska göras om. Agila anför i huvudsak följande. Deras anbud diskvalificerades på grund av att svar från en angiven referens saknades. Enligt Staden har Agilas tredje referens inte kunnat nås. Staden har dock inte kontaktat Agila om detta i enlighet med den process som föreskrivs i punkten 2.7 i förfrågningsunderlaget. Staden har först den 14 februari klockan 11.20, det vill säga samma dag som svarsfristen för referenserna löpte ut, meddelat Agila att referensen inte kunnat nås. Agila har under den tid som återstod av svarsfristen inte lyckats sammankoppla referensen och den upphandlande myndigheten och har av denna anledning diskvalificerats från upphandlingen. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivarna kommer att meddelas ”i början av vecka 7”. För det fall Staden inte avhörtts senast i början av vecka 7 kan anbudsgivaren därmed utgå från att referenstagningen har fungerat. Genom Stadens underlåtenhet att kontakta Agila i början av vecka 7 har Staden frångått den procedur som anges i förfrågningsunderlaget. När Staden meddelade Agila återstod endast några timmar för att få kontakt med referensen, vilket är en orimligt kort tid. Agila har därmed inte haft samma möjligheter som övriga leverantörer att få utvärderas, rangordnas och tilldelas kontrakt. Stadens agerande är icke-

transparent och Staden har gjort avsteg från principerna om likabehandling och icke-diskriminering eftersom de behandlats på ett annat sätt än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Stadens agerande har lett till att Agila lidit skada. Det är orimligt att anse att även onsdagen inkluderas i ”början av veckan” vid kontakt med anbudsgivarna för att anbudsgivarna ska kunna få tag i dessa referenser när slutdatum för referenstagning löper ut samma onsdag. För Agila var det av särskild vikt att den av Staden i förfrågningsunderlaget angivna proceduren följdes eftersom den aktuella referensen periodvis var sjukskriven under tiden för referenstagningen, vilket därmed försvårade även för Agila att få kontakt med personen. Stadens skyldighet att kontakta anbudsgivarna vid uteblivna svar var just att anbudsgivarna skulle få en reell möjlighet att få kontakt med den aktuella referensen. Stadens agerande strider därmed mot såväl utformningen av den aktuella regleringen i förfrågningsunderlaget som syftet med den av Staden angivna proceduren. Förfrågningsunderlaget lägger en skyldighet på upphandlande myndighet att informera anbudsgivarna om en referens inte har svarat. Att det i förfrågningsunderlaget inte framgår något datum då kontakt ska tas med anbudsgivarna kan anses strida mot principerna om öppenhet och transparens eftersom anbudsgivarna inte vet vad de har att förvänta sig.

Staden anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Staden har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU och eftersom ingen överträdelse av LOU föreligger kan inte Agila lida skada. Staden har inte angett något specifikt datum för när referenserna kan komma att kontaktas. Anbudsgivaren ansvarar själv för att deras lämnade referenser är nåbara samt lämnar in referensbetyg med sista datum den 14 februari. Staden har försökt kontakta samtliga referenser den 5 februari via telefon, den 6 februari via mail samt den 13 februari via mail. Därefter kontaktades de anbudsgivaren vars referenser fortfarande inte hade inkommit med referensbetyg. Agila har inte påvisat att det var det snäva tidsfönstret när de

fick informationen som avgjort eller ens medverkat till att referensen inte kunde nås. Samtliga referenser har blivit kontaktade på samma sätt samt samma dag. Likabehandlingsprincipen har inte trätts förnär.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 20 kap. 6 § LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

Av principerna om tranparens och likabehandling följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och tranparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte trätts för när (RÅ 2002 ref. 50). Av EU-domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så

att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00, SIAC Construction Ltd).

I förfrågningsunderlaget anges i punkt 2.7 *Teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet* följande.

Anbudsgivaren ska ha tillräcklig teknisk förmåga och kapacitet för att kunna genomföra det uppdrag som upphandlingen avser samt erfarenheter av liknande uppdrag. Som bevis ska anbudsgivaren redovisa minst tre (3) st referensuppdrag från det senaste tre (3) åren, motsvarande denna upphandling, med tillhörande kontaktuppgifter.

Referensuppdragen behöver inte specifikt ha avsett samma område/-n som anbudsgivaren avser att lämna anbud på i denna upphandling. Anbudsgivaren ska lämna referenser på tre uppdrag oavsett hur många anbudsområden som anbudsgivaren avser att lämna anbud på. Staden kommer att kontakta referenser under vecka 6 och i början av vecka 7 via telefon och via e-post om referensen ej lyckas nås via telefon.

Om referens inte går att nå kontaktas berörd anbudsgivare via e-post i början av vecka 7, som i sin tur ansvarar för att referensen ska kontakta Staden innan 14e februari.

Förvaltningsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska redovisa minst tre referenser som kommer att kontaktas av Staden under vecka 6 och i början av vecka 7. Staden har i förfrågningsunderlaget meddelat att om en referens inte går att nå kontaktas berörd anbudsgivare i början av vecka 7, som i sin tur ansvarar för att referensen ska kontakta Staden innan den 14e februari.

En av Agilas referenser har inte besvarat Stadens frågor då referensen inte kunnat nås. Staden har sökt aktuell referens en gång per telefon och två gånger per e-post utan svar. Staden har därefter kontaktat Agila onsdagen den 14 februari och meddelat detta.

Agila gör gällande att formuleringen ”i början av vecka 7” inte inkluderar onsdagen i veckan medan Staden menar att så är fallet. Förvaltningsrätten

finner att formuleringen ”i början av vecka 7” inte kan tolkas som att anbudsgivarna skulle kontaktas någon specifik dag. Även om formuleringen inte framstår som optimal borde en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare ha kunnat uppfatta att formuleringen är avsedd att undanta den del av veckan som infaller efter onsdagen, som var den sista dagen att lämna referenser till Staden. Att Agila inte förrän vid lunchtid den aktuella onsdagen kontaktades och informerades om att en referens inte svarat strider således inte mot förfrågningsunderlaget. Något stöd för att tidpunkten för kontakten utgjort avsteg från principerna om likabehandling och icke-diskriminering har inte framförts av Agila utöver att bolaget skulle ha behandlats på annat sätt än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Mot den bakgrunden och med beaktande av vad Staden anfört om att samtliga anbudsgivares referenser kontaktats på ett likartat sätt vid samma tidpunkter har det inte genom vad Agila har anfört framkommit att Staden gjort avsteg från principerna om transparens och likabehandling. Inte heller framkommer det mot Stadens bestridande att Stadens agerande, såsom Agila gjort gällande, strider mot syftet med proceduren. Då svar från tre referenser utgjort ett skall-krav har Staden haft rätt att utesluta Agila från utvärderingen. Skäl att besluta om rättelse på sätt som Agila yrkat saknas således.

Det har inte genom vad Agila i övrigt har anfört framkommit att Staden gjort avsteg från principerna om transparens och likabehandling eller att någon annan bestämmelse eller grundläggande princip enligt LOU trätts förnär. Skäl att besluta att upphandlingen ska göras om har således inte framkommit.

Sammanfattningsvis har det inte genom vad Agila anfört och åberopat framkommit skäl för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Eva Blom

Rådman

Jeanette Green-Jeppsson har föredragit målet.



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 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.



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 (söndagsregeln).

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 (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner 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 upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e 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.