

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 21

DOM
2019-08-22
Meddelad i StockholmMål nr
13749-19**SÖKANDE**

Agila Social Care AB, 559002-6653

Ombud: Michael Blomberg
Torkel Knutssonsgatan 24
118 49 Stockholm**MOTPART**Tyresö kommun
135 81 Tyresö**SAKEN**

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-08-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Tyresö kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal för bemanningstjänster socionomer (dnr 2018/KSUH 0130). Upphandlingen genomförs genom ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 3 juni 2019. Av tilldelningsbeslutet framgår att Agila Social Care AB (bolaget) inte har kvalificerat sig för utvärdering med motiveringen att kontaktpersonen för ett av bolagets referensuppdrag inte har bekräftat omfattningen på uppdraget. Kommunen har därför utvärderat andra anbud än bolagets.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Det förkastade referensuppdraget uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. Referensuppdraget omfattar minst två avropsuppdrag på ett avtal som varit gällande i mer än ett år. Under perioden har regelbunden förmedling av bemanning skett. Kommunen har i sin kontakt med referenten inte inkluderat den information som tillkommit genom dokumentet ”Frågor och svar” där det framgår att referensuppdragen ”får avse uppdrag levererade via ramavtal eller liknande samarbetsformer”. Hade kommunen inkluderat aktuell information till bolagets kontaktperson hade denne svarat annorlunda och bolaget hade kvalificerat sig för utvärdering. Kommunens agerande har lett till att bolaget har lidit skada eftersom bolagets anbud inte blivit föremål för utvärdering och inte fått möjlighet att tilldelas kontrakt. Bolaget har även riskerat att lida skada genom att förfrågningsunderlaget brister i tydlighet och förutsebarhet eftersom rättvis konkurrens mellan anbudsgivarna varit omöjlig.

Kommunen bestrider ansökan och yrkar att den ska avslås. Kommunen anför bl.a. följande. Kommunen har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU vid

genomförandet av upphandlingen. Vid referenstagningen fanns vissa oklarheter kring omfattningen av ett av bolagets referensuppdrag. Kommunen begärde därför in ett förtydligande från bolagets kontaktperson gällande referensuppdragets omfattning. Enligt kontaktpersonen omfattade uppdraget inte ett ramavtal eller minst två avropsuppdrag som varit gällande i mer än ett år, utan endast en tillsättning via en direktupphandling. Referensuppdraget uppfyller således inte det obligatoriska kravet och anbudet gick därmed inte vidare till utvärdering. Bolaget kan inte anses ha lidit någon upphandlingsrättslig skada då bedömningen av anbudet inte på något sätt har varit felaktig. Kommunen har med beaktande av EU-rättsliga principer om likabehandling, transparens och förutsebarhet klart och tydligt angett vad som efterfrågas för att ge en rättvis uppfattning om vad som bestämmer utgången och vad som leder till tilldelning av kontrakt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens bedömning

Om en upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU 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. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka

omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att ta ställning till om det finns skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget har anfört och om detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Relevanta delar av upphandlingsdokumenten

Av avsnitt 2.3.5 under rubriken ”Krav på anbudsgivare” i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

”Leverantören ska ha förmåga och kapacitet att utföra tjänsten med den omfattning och komplexitet som framgår av kravspecifikationen. Anbudsgivaren ska därför ange tre (3) referenser från tidigare ramavtal av liknande karaktär som ska ha genomförts under den senaste tvåårsperioden från sista anbudsdag med en varaktighet på minst ett (1) år. Med ramavtal av liknande karaktär avses regelbunden förmedling av personal till kommunal verksamhet för genomförande av handläggning och utredning av ärenden som socialsekreterare och/eller biståndshandläggare. Anbudsgivaren ska ha tillsatt minst två avropsuppdrag under referensuppdragsperioden.”

”Kontaktpersonen ska vid tidpunkten för uppdragets genomförande arbetat hos den kommunen som referenserna avser samt haft god insyn i uppdraget”

Av svar på fråga 14 och 16 i dokumentet ”Frågor och svar” framgår följande.

”Referenser får avse uppdrag levererade via ramavtal eller liknande samarbetsformer, förutsatt att övriga krav på referensuppdragen enligt avsnitt 2.3.5 är uppfyllda. Med liknande samarbetsformer avses regelbunden förmedling av personal till kommunal verksamhet för genomförande av socionomuppdrag. Referensuppdragen ska avse skyldighet att besvara regelbundna förfrågningar om socionomuppdrag och minst två avropsuppdrag ska vara tillsatta under perioden. Referenser ska avse hela perioden och under denna period tillsatta/nekade förfrågningar, inte ett specifikt avropsuppdrag.”

”Referensuppdragen ska avse ramavtal eller liknande regelbunden förmedling av personal till kommunal verksamhet för genomförande av socionomuppdrag. Anbudsgivaren ska ha tillsatt minst två avropsuppdrag under referensuppdragsperioden. Om erfarenhet finns från likvärdigt uppdrag av ovan efterfrågad omfattning i de i avsnitt 1.1.1 angiven avropsberättigade kommunerna ska det uppdraget anges som ett av tre likvärdiga uppdrag i referensförteckningen. Om ett referensuppdrag utfördes inom ramen av ramavtal med fler kommuner får referenser avse en eller flera av de kommunerna, förutsatt att kontaktpersonen har god insyn i referensuppdraget av angiven omfattning (se avsnitt 2.3.5) Syftet med referenstagningen är att säkerställa att anbudsgivare har kapacitet att regelbundet tillsätta kontinuerligt avropade socionomuppdrag. Om erfarenhet från leverans till en eller flera avropsberättigade kommuner finns men inte motsvarar i avsnitt 2.3.5 ställda krav på referenser bedöms det att anbudsgivaren inte har erfarenhet av uppdrag av liknande omfattning i någon av de avropsberättigade kommunerna. Tre referensuppdrag från andra verksamheter får i så fall anges.”

Förvaltningsrättens bedömning

I målet är ostridigt vilket svar kommunen har fått från bolagets kontaktperson gällande det aktuella referensuppdraget. Vad bolaget har anfört tar sikte på den information kontaktpersonen har haft tillgång till vid sitt svar samt tydligheten av referenskravet så som det är utformat i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar att det visserligen förekommer språkliga skillnader mellan förfrågningsunderlaget och dokumentet ”Frågor och svar” avseende vilken typ av avtal angivna referensuppdrag ska utgöras av. I förfrågningsunderlaget anges begreppet ”ramavtal av liknande karaktär” och i dokumentet ”Frågor och svar” anges begreppet ”ramavtal eller liknande samarbetsformer”. Enligt förfrågningsunderlaget avses ”regelbunden förmedling av personal till kommunal verksamhet för genomförande av handläggning och utredning av ärenden som socialsekreterare och/eller biståndshandläggare”, medan det som avses enligt dokumentet ”Frågor och svar” är ”regelbunden förmedling av personal till kommunal verksamhet för genomförande av

socionomuppdrag”. Förvaltningsrätten bedömer att skillnaderna mellan dokumenten är marginella samt att de inte är sådana att begreppen i de båda upphandlingsdokumenten kan anses ha olika innebörd. Förvaltningsrätten finner därför att bolaget inte har visat att kommunen, vid sin kontakt med bolagets referent, har utelämnat information som varit av betydelse eller att kommunen på annat sätt har brutit mot någon av de grundläggande principerna enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner vidare, även med beaktande av vad bolaget har anfört i övrigt, att det saknas anledning att komma till någon annan slutsats än att referenskraven i förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydliga och förutsebara till sin utformning. Förvaltningsrätten finner därför att referenskravet inte kan tolkas på annat sätt än att referensuppdraget ska utgöras av ett ramavtal eller av ett avtal som motsvarar ett ramavtal. Bolagets kontaktperson har till kommunen uppgett att det refererade uppdraget avser en direktupphandling. Med hänsyn härtill samt med beaktande av att kontaktpersonen enligt förfrågningsunderlaget ska ha god insyn i referensuppdraget, finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att deras anbud uppfyller referenskraven i förfrågningsunderlaget. Bolagets anbud har därmed rätteligen uteslutits från utvärdering i upphandlingen och bolaget kan därför inte anses ha lidit skada eller riskerat att lida skada i den mening som avses i LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att kommunen har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU genom att utesluta bolagets anbud från utvärdering i upphandlingen. Bolaget har inte heller visat att de har lidit eller riskerat att lida skada på grund av att de uteslutits från utvärdering. Det saknas därmed skäl för ingripande i upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR- 05).

Leif Nilsson
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Karin Nyberg 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 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.

