

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2019-12-20

Meddelad i Stockholm

Mål nr

24781-19

SÖKANDE

Socionomkraft AB, 559011-7155

Sveavägen 98 5 tr

113 50 Stockholm

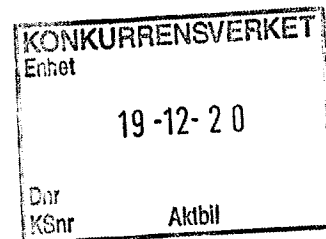
MOTPART

Sundbybergs stad

172 92 Sundbyberg

SAKEN

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Socionomkraft AB:s ansökan om ingripande med stöd av lagen om offentlig upphandling.

Dok.Id 1175826

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post: avd32.fst@dom.sewww.domstol.se/forvaltningsratt**Telefax**

-

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Sundbybergs stad (staden) genomför en upphandling av ramavtal för Bemanningstjänst Socionomkonsulter (dnr SAN – 0093/2019). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 29 oktober 2019 och avtal skulle tecknas med ett flertal leverantörer inom flera ramavtalsområden, bl.a. med Socionomkraft AB inom ett område (Försörjningsstöd och ekonomiskt bistånd) samt med Omsorgspoolen Sverige AB (Omsorgspoolen) inom fyra områden (Barn och unga, Försörjningsstöd och ekonomiskt bistånd, Biståndshandläggare LSS och socialpsykiatri, Missbruk och social problematik).

Socionomkraft AB (Socionomkraft) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att leverantören Omsorgspoolen utesluts från upphandlingen och nytt tilldelningsbeslut meddelas. Socionomkraft anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Upphandlingsdokumentet innehöll ett ska-krav på minst två godkända referenser. Omsorgspoolens två referenser har i sitt svar till staden avböjt att bekräfta referensuppdraget. Avseende referens 1 tillät staden denna att ändra sitt svar med hänvisning till anbudsgivarens återopande av ett annat företags kapacitet. Svaren i upphandlingens referensblankett är dock tydligt utformade på så sätt att frågorna rör anbudsgivaren direkt, t.ex. ska anbudsgivaren ha utfört administration på ett korrekt sätt, kommunicerat bra etc. Enligt 14 kap. 8 § andra stycket LOU får myndigheten kräva att vissa uppgifter som är avgörande för anskaffningen ska utföras direkt av leverantören själv. Referensblankettens utformning tillåter inte någon annan tolkning än att uppgifterna i referensuppdraget ska ha utförts av anbudsgivaren själv. Eftersom referensen inte kände till leverantören vid tidpunkten för referenstagningen är det tydligt att referensuppdraget inte kunde bekräftas åt anbudsgivaren. Refe-

rens 2 har i sitt svar till staden uppgett att denne inte ansvarat för socionomkonsulter under de senaste tre åren. I stället för att då underkänna referensen har staden tillåtit leverantören att komplettera sitt anbud efter anbudstidens slut med en ny referens/referensperson vilket är en väsentlig ändring av sakkuppgifter i det ursprungliga anbudet. Det ska i princip vara omöjligt att anta ett sådant anbud, se HFD 2016 ref. 37. Omsorgspoolens anbud har därmed inte uppfyllt ska-kravet rörande två godkända referensuppdrag. Anbudet borde därför uteslutas från upphandlingen. Staden har brutit mot principen om likabehandling eftersom leverantören fick möjlighet att komplettera sitt anbud efter anbudstidens slut på ett otillåtet sätt och genom att leverantören tilläts ändra sina redan inlämnade svar. Båda referenserna skulle ha underkänts och inte utvärderats vidare.

Eftersom ramavtal tilldelats en leverantör som skulle ha uteslutits från upphandlingen har tilldelningen skett i strid med LOU och upphandlingens utvärderingskriterier. Därigenom kan Socionomkraft antas lida skada. Socionomkraft ska kunna få en bättre rangordning samt tilldelas ramavtal i fler kategorier efter rättelsen.

Staden bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Staden har kontaktat två referenser som angivits av Omsorgspoolen. Avseende referensuppdrag 1 har Omsorgspoolen, eftersom företaget är nystartat och inte har tillräckligt med egna referensuppdrag, åberopat underleverantörens kapacitet. Det referensmail som skickades av staden utgår från en referensmall där endast anbudsgivarens företagsnamn framgår och staden fann det därför lämpligt att påpeka att referenspersonen skulle bedöma underleverantörens uppdrag. Den upphandlande myndigheten avgör självständigt om att ställa krav på att vissa uppgifter som är avgörande för anskaffningen ska utföras direkt av leverantören själv enligt 14 kap. 8 § andra stycket LOU. I den aktuella upphandlingen har det funnits möjlighet att åberopa annat företags ka-

pacitet enligt punkt 1.5.2 Underleverantörer. Att den upphandlande myndigheten då inte skulle godta referensuppdrag avseende den åberopade kapaciteten/underleverantören skulle verka konkurrensbegränsande. Avseende referensuppdrag 2 skulle anbudsgivaren enligt p. 1.6.4. Teknisk och yrkesmässig kapacitet lämna referenser avseende två uppdrag. Ska-kravet syftade på att de efterfrågade uppgifterna i p. 1.6.4 skulle ingå i anbudet vilket Om-sorgspoolen uppfyllde genom att lämna in samtliga uppgifter. Syftet med skrivningen var att säkerställa anbudsgivarnas yrkesmässiga kunskap och kapacitet utifrån genomfört uppdrag varför referensuppdraget och inte referenspersonen hade en central roll i bedömningen. Ett byte av referensperson avseende samma referensuppdrag kan inte anses vara en avvikelse från ett obligatoriskt krav. Uppgiften från angiven referensperson i referensuppdrag 2 har bedömts som komplettering och förtydligande enligt 4 kap. 9 § LOU och inte som nya sakuppgifter.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 4 kap. 1 § LOU anges att 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. Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i bestämmelsen följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav, s.k. ska-krav, som uppställs i upphandlingsdokumenten.

I 4 kap. 9 § LOU anges i första stycket att en upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar

en sådan handling. I andra stycket anges att en åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten 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 skada eller kan komma att lida skada.

Bestämmelsen i 4 kap. 9 § LOU innebär att upphandlande myndigheter har en möjlighet att begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en handling som har getts in. Därtill framgår av förarbetena till bestämmelsen att helt nya sakuppgifter inte kan tillföras ett anbud genom en komplettering eller ett förtydligande (prop. 2015/16: 195 s. 977). Komplettering innebär att anbudsgivare ges möjlighet att förtydliga eller precisera redan inlämnade uppgifter som inte tidigare varit tillgängliga. Det handlar inte om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom att konkretisera dem på ett eller annat sätt (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 29 november 2011 i mål nr 2520–11). Eftersom bestämmelsen ska tillämpas restriktivt måste den upphandlande myndigheten vara återhållsam med att begära in komplettering. Därtill kommer att en begäran om komplettering endast får göras på initiativ av den upphandlande myndigheten (prop. 2006/07:128, s. 377).

Enligt 14 kap. 6 § LOU får en leverantör för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är därför om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget har anfört.

Förvaltningsrättens bedömning

Socionomkraft gör gällande att staden har brustit i sina rutiner för referenstagning och frångått likabehandlingsprincipen genom att godta en annan anbudsgivares två referenser trots att dessa referenser borde ha underkänts.

Såvitt avser referensuppdrag framgår av punkten 1.6.4 *Teknisk och yrkesmässig kapacitet* i upphandlingens förfrågningsunderlag bl.a. att anbudsgivaren ska lämna referenser för två uppdrag samt att referenserna kommer att kontaktas av staden efter sista anbudsdag för att besvara stadens frågor genom att ange mycket nöjd, nöjd, lite missnöjd eller mycket missnöjd. Om referensen på någon fråga svarar mycket missnöjd kommer anbudsgivaren att underkännas och inte utvärderas vidare.

Av handlingarna i målet framgår att Omsorgspoolen har angett två referensuppdrag av vilka ett uppdrag avser en underleverantör till Omsorgspoolen. Staden har kontaktat båda referenserna och av e-postkonversation mellan staden och referenserna framgår följande. Avseende referensuppdrag 1 har staden fått förtydliga för kontaktpersonen att referenstagning avser en underleverantör till Omsorgspoolen. Avseende referensuppdrag 2 har staden fått information om att den angivna kontaktpersonen inte kunde styrka referensuppdraget och därför begärde staden att få uppgift om en ny kontaktperson för att styrka det angivna uppdraget.

Förvaltningsrätten anser att Omsorgspoolen har uppfyllt ska-kraven om att lämna referenser avseende två uppdrag. Staden har erhållit referensblanketter med svar från två referenspersoner avseende de i anbudet angivna referensuppdragen och ingen av stadens frågor har besvarats med betyget *Mycket missnöjd*. Ska-kravet i punkten 1.6.4 i förfrågningsunderlaget innebär att anbudsgivare ska kunna styrka referensuppdrag på ett visst sätt, dvs.

genom att referenser på uppmaning av staden ska besvara ett antal frågor om uppdraget. Att referenserna först efter visst förtydligande respektive viss kompletterande information avseende referensuppdraget besvarade ställda frågor föranleder inte rätten att göra en annan bedömning än att anbudsgivaren uppfyllt det obligatoriska kravet att lämna referenser avseende två uppdrag i enlighet med ska-kravet i punkten 1.6.4 i förfrågningsunderlaget.

Socionomkraft har beträffande referens 1 gjort gällande att staden lät referensen i sina svar på frågor hänvisa till anbudsgivarens underleverantör trots att referensblanketten tydligt utformats på så sätt att frågorna rörde anbudsgivaren direkt. Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet inte är ifrågasatt att Omsorgspoolen har åberopat ett annat företags kapacitet vilket staden har förtydligat för referensens kontaktperson i e-postkonversation. Av förfrågningsunderlagets punkt 1.5.2 *Underleverantörer* framgår att anbudsgivaren har möjlighet att anlita underleverantör för hela eller delar av uppdraget vilket också är förenligt med 14 kap. 6 § andra stycket LOU. Staden har därtill förtydligat för referensens kontaktperson att denne skulle svara på frågor utifrån underleverantören och inte anbudsgivaren. Även om det av referensblanketten framgår att frågor avser anbudsgivaren anser förvaltningsrätten att det varit klart för referensens kontaktperson att denne skulle bedöma den åberopade underleverantörens uppdrag. Sammantaget finner förvaltningsrätten att det inte framkommit skäl för att underkänna referensuppdraget avseende den åberopade kapaciteten/underleverantören.

Socionomkraft har vidare gjort gällande att Omsorgspoolen avseende referensuppdrag 2 har tillåtits komplettera anbudet med en ny referensperson efter anbudstidens utgång vilket är en väsentlig ändring av sakuppgifter genom att nya uppgifter tillförts det ursprungliga anbudet. Av e-postkonversation mellan staden och Omsorgspoolen framgår inget annat än att den nya kontaktpersonen avsåg samma referensuppdrag och det är inte visat att

denna ändring medfört någon risk för särbehandling eller konkurrensbe-
gränsning. Förvaltningsrätten anser vidare inte att det av förfrågningsun-
derlaget går att utläsa att hinder funnits mot att byta kontaktperson för ett re-
ferensuppdrag. Det framstår inte heller i övrigt som en rimlig tolkning av
förfrågningsunderlaget att byte av kontaktperson för ett referensuppdrag inte
får eller kan göras. Det har vidare inte framkommit att den nya kontaktper-
sonen skulle vara olämplig att styrka uppdraget. Det fanns således inte en-
ligt förvaltningsrättens mening skäl för staden att underkänna Omsorgspoo-
lens referens 2 på grund av byte av kontaktperson.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Socionomkraft inte har vi-
sat att Omsorgspoolen inte uppfyller ska-kravet avseende referensuppdrag i
punkten 1.6.4 i förfrågningsunderlaget eller att staden antagit ett anbud i
strid med LOU och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna.
Socionomkrafts ansökan om ingripande med stöd av LOU ska således av-
slås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Mats Mossfeldt
Rådman

Julia Amelin 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 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.

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.