



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 20

DOM

2019-03-22

Meddelad i Stockholm

Sida 1 (8)

Mål nr
4229-19

SÖKANDE

Kontorsstädning AB, 556079-8448
Box 3004
161 03 Bromma

MOTPART

Stockholms Stad, Utbildningsnämnden
Box 22049
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2019-03-22	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 1078592

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: avd20.fst@dom.se

www.domstol.se/forvaltningsratt

Expeditionstid

måndag–fredag

08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Stockholms Stad (staden) genomförde två upphandlingar av lokalvårds-tjänster för kommunala grund och gymnasieskolor och övriga verksamheter som ligger under utbildningsförvaltningen – en upphandling avseende söderort (dnr 2.4.2-7875/2018) och en upphandling avseende västerort (dnr 2.4.2-7874/2018). Vardera upphandling genomfördes som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut i upphandlingen avseende västerort fattades den 12 februari 2019. Kontorsstämning AB (bolaget) ansågs inte uppfylla samtliga kvalificeringskrav varför bolagets anbud förkastades.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen avseende västerort och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Bolaget har tilldelats noll poäng avseende referensuppdrag eftersom svar från angiven referens saknats vid utvärderingen. Detta beror på att referenspersonen hos Sätterskolan endast har besvarat en enkät när det var två enkäter som skulle besvaras – en för västerort och en för söderort. Bolaget har i enlighet med krav i anbudsformuläret angivit såväl e-postadress som telefonnummer till referenspersonerna. Bolaget har därmed lämnat ett i alla delar korrekt och fullständigt anbud. En lämplig åtgärd för att minska risken för uteblivna svar hade varit att ge bolaget tillräcklig information för att kunna förvarna och påminna referenspersonen om enkäten samt att följa upp att denna besvarats.

Sätterskolans kontaktperson godkände att vara referens för både söderort och västerort. Sedan gick kontaktpersonen på semester och bolaget fick information om att enkäten inte besvarats. Skolan skulle lösa detta genom att en kollega skulle besvara enkäten tillsammans med den kontaktperson som bolaget uppgivit i anbudet. Bolaget fick senare besked om att enkäten

var besvarad från skolan. Bolaget skickade ett e-postmeddelande till kontaktpersonen för upphandlingen och frågade om alla enkäter kommit in. Bolaget fick aldrig något svar. Hade bolaget fått svaret att Sätterskolan inte besvarat en enkät hade bolaget självfallet agerat. Eftersom Sätterskolan svarade på en enkät hade svaren med största sannolikhet varit desamma som i den enkät som inte besvarades. Då endast en enkät inkom borde staden ha förstått att ett misstag begåtts. Det är orimligt att hela ansvaret läggs på anbudsgivaren. Bolaget anser att staden har brustit i sina rutiner för referenstagning och att staden frångått likabehandlingsprincipen. Om enkäten hade besvarats hade bolaget kommit med i utvärderingen och blivit tilldelat kontrakt för ett område i västerort. Det får således anses visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada till följd av den konstaterade bristen. Det föreligger därmed grund för ingripande enligt LOU.

Staden bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Av avsnitt 2.1.5 i upphandlingsdokumentet framgår som ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren ska lämna *två* referensuppdrag och att anbudsgivarens yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet ska bekräftas i web-enkätsvar från respektive kontaktperson för återoppat referensuppdrag. Vidare framgår att det är anbudsgivarens ansvar att se till att referenterna är vidtalade och att deras kontaktuppgifter är korrekta. Det framgår även att om en referent inte besvarat frågorna när web-enkäten efter sju dagar stängts får anbudsgivaren noll poäng för den referensen. Staden har inte åtagit sig att påminna referenter som efter denna tid inte fyllt i enkäten att göra detta. Tvärtom har det lika tydligt för samtliga anbudsgivare framgått att angivna referenter endast haft sju dagar på sig att fylla enkäten samt att ansvaret för detta legat på anbudsgivarna själva.

Den 12 december 2018 skickade staden ut länkar till web-enkäterna till de angivna referenterna. Staden underströk då att personen ifråga skulle *”fylla i båda enkäterna så fort som möjligt då det är två separata upphandlingar”*.

Av respektive enkät har det framgått vilken upphandling den avser. Den 7 januari 2019, dvs. två dagar innan svarstiden skulle gå ut, skickade staden en påminnelse till berörda anbudsgivare med upplysning om att inget eller för få svar från angivna referenter kommit in. Ett sådant meddelande skickades även till bolaget. Av bolagets svar på meddelandet framgår dessutom att bolaget känt till vilket av enkätsvaren som då inte kommit in. Vid stängning av web-enkäterna hade bolagets ena referens endast fyllt i en av enkäterna – den för söderort. Eftersom det saknats en ifylld enkät från en av bolagets referenser för västerort har bolaget tilldelats noll poäng i denna del, varför anbudet avseende västerort förkastades.

Att en svarsenkät från en av bolagets angivna referenser, efter de givna instruktionerna, helt utelämnats kan inte ses som en uppenbar brist som kan förtydligas med stöd av 4 kap. 9 § LOU. Att tillåta bolaget att komplettera sitt anbud med en handling från ett anbud i en annan upphandling skulle strida mot likabehandlingsprincipen, vare sig kompletteringen skulle göras av staden eller av bolaget med stadens tillåtelse. Åtgärden skulle innebära en otillåten ändring av anbudet i sak. Den omständigheten att staden inte har kompletterat eller erbjudit bolaget att komplettera sitt anbud med nämnda enkätsvar kan inte anses utgöra en brist i upphandlingen. Bolaget har inte visat att upphandlingen genomförts i strid med LOU.

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.

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

Bolaget gör gällande att staden har brutit i sina rutiner för referenstagning och att staden frångått likabehandlingsprincipen. I målet är ostridigt att bolaget endast inkommit med ett enkätsvar från de angivna referenspersonerna i upphandlingen avseende västerort. Förvaltningsrätten har att ta ställning till om staden, genom att förkasta bolagets anbud på grund av det uteblivna svaret, har brutit mot LOU.

Avsnitt 2 i upphandlingsdokumentet innehåller de krav som staden ställt på leverantören, det vill säga kvalificeringskraven. Av punkten 2.1.5 "Kontroll av lämnade referensobjekt" framgår att anbudsgivaren ska lämna två referensuppdrag och att anbudsgivarens yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet ska bekräftas av respektive kontaktperson för åberopat referensobjekt. Detta ska ske genom att referenspersonerna ska svara på ett antal angivna frågor.

I samma punkt anges att det är anbudsgivarens ansvar att se till att referenspersonerna är vidtalade och att kontaktuppgifterna är korrekta. Vidare anges att referenspersonerna ska besvara enkäten inom sju dagar och att om en referensperson inte har besvarat frågorna när web-enkäten stängs så får referensen noll poäng. För att en leverantör ska kvalificera sig ska poängsumman för varje lämnat referensobjekt uppgå till lägst åtta poäng för "Ledning och kompetens", lägst sex poäng för "Städkvalitet" och lägst sex poäng för "Samarbete och agerande vid fel och brister". Om något av referensobjekten uppvisar lägre poäng anges att anbudet kommer att förkastas.

Förvaltningsrätten anser att det av kravet i punkt 2.1.5 är tydligt att det är anbudsgivaren som har ansvaret för att svar från båda referenspersonerna ges in. Det framgår även uttryckligen vad som kommer att ske om svar inte ges in inom den angivna tiden. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att staden inte har brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU genom att förkasta bolagets anbud till följd av att bolaget endast inkommit med ett svar.

Bolaget anser att staden borde ha förstått att ett misstag hade begåtts när endast en enkät inkom och att det är orimligt att bolaget måste ta hela ansvaret. Förvaltningsrätten konstaterar dock att staden varken enligt upphandlingsdokumentet eller LOU varit skyldig att kontrollera huruvida ett

misstag skett. Bestämmelsen i 4 kap. 9 § LOU innebär endast att upphandlande myndigheter har en möjlighet, inte en skyldighet, 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). En helt utelämnad handling kan inte ses som en uppenbar felskrivning som kan rättas till eller som kan kompletteras med stöd av 4 kap. 9 § LOU eftersom det skulle innebära att nya sakuppgifter tillförs. Av upphandlingsrapporten framgår vidare att bolaget inte är den enda anbudsgivare som förkastats till följd av att endast ett referenssvar kommit in. Staden kan därmed inte anses ha brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inte ge bolaget möjlighet att komplettera sitt anbud.

Vad gäller bolagets kritik mot modellen för referenstagningen som sådan noterar förvaltningsrätten att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sitt upphandlingsdokument. Även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade kan godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte överträds (se RÅ 2002 ref. 50). Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget inte visat att den valda modellen eller upphandlingsdokumentet i övrigt strider mot någon av de grundläggande principerna i LOU.

Förvaltningsrätten gör sammanfattningsvis bedömningen att bolaget inte har visat att staden har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag. Det saknas därmed skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget anfört. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Anna Karin Andersson
Rådman

Louise Ljöstad 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 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.