



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2018-12-14
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
7689-18

SÖKANDE

Positivum Vård och Behandling AB, 559084-8445
Skalldalsvägen 18
436 52 Hovås

MOTPART

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs Stad
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE 2018-12-14

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2018-12-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 578316

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–16:00
---	---	--	-----------------------------------	---

BAKGRUND

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs Stad (nämnden) genomför en ramavtalsupphandling av Öppenvårdsinsatser för barn, ungdomar och familjer, dnr 344/17, omfattande fyra delområden. Anbud kan lämnas på alla eller delar av dessa.

Av tilldelningsbeslut den 21 juni 2018 framgår att andra leverantörer än Positivum Vård och behandling AB (Positivum) har vunnit upphandlingen. Anbudet från Positivum har förkastats då kravet på referensuppdrag inte var uppfyllt.

YRKANDEN M.M.

Positivum ansöker om överprövning och anför bl.a. följande.

I upphandlingen ställs krav på att lämna tre referensuppdrag på annan tillståndspliktig verksamhet. Bolaget har lämnat tre referensuppdrag och en reservreferens. Två av de tre referensuppdragen avsåg stödboende och ett familjehem. Bolaget missade att familjehem inte godkändes som annan tillståndspliktig verksamhet. Däremot avsåg reservreferensen stödboende. Nämnden har dock angett att man skulle kontakta denna referens endast om någon av de ordinarie referenserna inte svarar. Om en av referenserna inte uppfyller kraven är ju samma sak som att referensen inte svarar. Att bolaget missar ett ramavtal på grund av att nämnden väljer att inte kontakta reservreferensen kan inte vara förenligt med proportionalitetsprincipen. Bolaget önskar därför att nämnden kontaktar deras reservreferens och därefter inkluderar bolaget i upphandlingen.

Nämnden anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Anbudet från Positivum uppfyller inte kraven på referensuppdrag och har därför rätteligen förkastats för att upprätthålla likabehandlingsprincipen.

Det är ostridigt att ett av Positivums ordinarie referensuppdrag inte uppfyller kraven i upphandlingen. Av kravet på referenser framgår vilken tillståndspliktig verksamhet som accepteras som referensuppdrag och har även förtydligats under anbudstiden i Frågor och svar. – Det är tydligt reglerat i upphandlingsdokumenten när reservreferensen ska kontaktas. Av kravet på referenser framgår bl.a. följande: ”Anbudsgivaren har möjlighet att ange en reservreferens som endast kommer att kontaktas i de fall någon av de tre angivna referenterna inte besvarar frågorna under svarsperioden”. Anledningen att anbudsgivarna getts möjlighet att ange en reservreferens är att det i många upphandlingar uppstår problem på grund av att referenterna inte svarar när de blir kontaktade och att det har inneburit att anbud då måst ha förkastats. Skrivningen innebär inte att en anbudsgivare kan lämna ett ordinarie referensuppdrag som inte uppfyller samtliga krav och att nämnden sedan kan läsa anbudsgivarens anbud genom att använda reservreferensen istället för den felaktiga ordinarie referensen. – Det framgår alltså tydligt av kravet att reservreferensen endast kommer att kontaktas i det fall någon av de tre ordinarie referenterna inte svarar på frågor under svarsperioden. EU-domstolen har i flera avgöranden uttalat att likabehandlingsprincipen innebär att en upphandlande myndighet har att följa de kriterier som den själv har fastställt. Nämnden kan därför inte välja att använda reservreferensen i andra situationer än den angivna. Ett sådant agerande skulle strida mot likabehandlingsprincipen och det skulle inte heller vara transparent vid vilka situationer reservreferensen kan användas. Alla anbudsgivare måste ges samma möjligheter när de utformar sina anbud och samma anbudsvillkor måste gälla alla anbudsgivare. Nämnden har inte brutit mot de upphandlingsrättsliga principerna eller LOU i övrigt.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i den aktuella upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i LOU.

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se RÅ 2009 ref. 69). Ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav ska förkastas (se HFD 2016 ref. 37 I och II).

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 § LOU 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. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är ostridigt att det av upphandlingsdokumenten framgår klart i vilka situationer som den upphandlande myndigheten kan välja att använda reservreferensen. Den omständigheten att ett av de tre ordinarie

referensuppdragen inte uppfyller samtliga krav är inte en sådan situation som anges för att istället använda reservreferensen. Nämnden, som strikt genom hela upphandlingen har att upprätthålla sina uppställda krav, har då inte kunnat välja att använda reservreferensen utan att så hade skett i strid med såväl likabehandlingsprincipen som transparensprincipen. Förfarandet strider inte heller mot proportionalitetsprincipen. Nämnden har därmed rätteligen förkastat Positivums anbud. Skäl för ingripande med stöd av LOU saknas därmed. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



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.

