



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM

2018-02-12

Meddelad i Göteborg

Mål nr

10998-17

SÖKANDE

Ostendo vård och behandling AB, 556932-7280
Erik Rödes Gata 4
253 62 Helsingborg

MOTPART

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

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, förkortad LOU

KONKURRENSVERKET	
2018-02-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Ostendo vård och behandling AB:s ansökan.

Dok.Id 523770

Postadress

Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Nämnden för inköp och upphandling (fortsättningsvis Inköp och upphandling) genomför en ramavtalsupphandling med beteckningen Konsulentstött familjehemsvård, dnr 372/16. Upphandlingen är indelad i tre delar och förenklat förfarande tillämpas. Ostendo vård och behandling AB (Ostendo) lämnade anbud avseende upphandlingens samtliga delområden.

Tilldelningsbeslut meddelades i upphandlingen den 19 september 2017. Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. att Ostendos anbud inte kvalificerades för slutlig utvärdering i delområde 1. Beslutet motiverades enligt följande. ”Ej kvalificerad pga att kraven i punkt 3.5.2 ej uppfylls”. För delområde 2 och 3 kontrollerades inte anbudet med anledning av att det fanns godtagna anbud med lägre erbjudet pris i sådan omfattning att det uppskattade behovet var tillgodosett.

Inköp och upphandling beslutade den 2 oktober 2017 att avbryta upphandlingen. Beslutet motiverades i huvudsak med att det funnits brister och otydligheter i upphandlingsdokumenten som inneburit att anbudsgivarna uppfattat ett avgörande krav på olika sätt. En anbudsgivare ansökte om överprövning av Inköp och upphandlings beslut att avbryta upphandlingen. I domen den 20 november 2017 i mål nr 11506-17 biföll förvaltningsrätten ansökan och upphävde Inköp och upphandlings beslut att avbryta upphandlingen.

Förvaltningsrättens avgörande i mål nr 11506-17 har inte överklagats och har följaktligen vunnit laga kraft.

YRKANDEN M.M.**Vad Ostendo yrkar och anför**

Ostendo yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inom delområde 1 ska rättas på så sätt att Ostendos anbud ska anses uppfylla de

obligatoriska kraven och att Ostendo ska antas som ramavtalspartner i enlighet med det erbjudna priset. Ostendo anför i huvudsak följande.

Att Inköp och upphandling inte ansåg att Ostendos anbud inom delområde 1 var kvalificerat baserades på att kravet i punkt 3.5.2 Referensuppdrag i upphandlingsdokumentet inte bedömdes vara uppfyllt. Uppgifterna i redovisningen av referensuppdrag 2 kunde enligt Inköp och upphandling inte bekräftas av den angivna referenten.

Referensuppdrag 2 var ett uppdrag som genomfördes av [REDACTED] inom Canos VoB för Tjörns kommuns räkning. Referenten var den ansvariga socialsekreteraren vid Individ- och familjeavdelningen inom socialförvaltningen i Tjörns kommun. I anbudsformuläret har Ostendo specifikt angett att ”Referensuppdrag genomförda som underleverantör åt bolaget Canos VoB AB. Genomfört i sin helhet (rekrytering, förmedling, utredning, utbildning och handledning av familjehem) av nyckelpersoner inom Ostendo vård och behandling ([REDACTED]).”

Det var även baserat på denna i upphandlingen angivna information som referenten informerades om att hon skulle agera referent för det uppdrag som genomfördes av [REDACTED] genom Canos VoB. När referenten under sin semester fick ett mejl med förfrågan från Inköp och upphandling svarade hon att hon inte kände igen detta uppdrag. I mejlet angavs inte vare sig [REDACTED] eller Canos VoB. Referenten utgick därför ifrån att det inte var fråga om det uppdrag som [REDACTED] genomfört genom Canos VoB. På Ostendos fråga, sedan bolaget inte kvalificerats, svarade referenten att hon skulle ha känt igen uppdraget om [REDACTED] eller Canos VoB omnämnts i Inköp och upphandlings förfrågan. Hon uppgav även att hon skulle ha angett att samarbetet fungerade väl, vilket framgår av e-postkonversationen.

Genom att formulera frågan till referenten på detta sätt, utan att nämna vare sig [REDACTED] eller Canos VoB, har Inköp och upphandling inte gett Ostendo möjlighet att få sitt anbud kvalificerat trots att det uppfyller samtliga uppställda krav enligt upphandlingsdokumentet. Enligt tilldelningsbeslutet hade Ostendo, baserat på anbudspriset, blivit tilldelat ramavtal inom upphandlingens delområde 1. Om allt hade genomförts på ett korrekt sätt av Inköp och upphandling hade även referensuppdrag 2 visat positiva referenser och Ostendo hade därmed kvalificerats och tilldelats ramavtal inom delområde 1.

Inköp och upphandlings inställning i målet

Inköp och upphandling anser att Ostendos ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

Inhämtandet av referenser har gjorts på ett korrekt sätt. Det har gjorts på samma sätt för alla anbudsgivare via e-post, som inleds med information om att personen i fråga har lämnats som referent, anbudsgivarens namn, vilken upphandling det gäller och när uppdraget genomfördes. Efter den inledande informationen har anbudsgivarens beskrivning av uppdraget kopierats in i meddelandet. Meddelandet avslutas med att Inköp och upphandling ber referenten bekräfta att lämnade uppgifter är korrekta och att uppdraget har utförts i enlighet med anbudsgivarens beskrivning.

Den aktuella referenten svarade att hon inte kunde bekräfta uppdraget, varför det inte kunde godkännas. Av upphandlingsdokumenten framgår följande.

"Leverantören ansvarar för att referenten för uppdraget är vidtalad och går att nå på angiven e-post/telefonnummer. Referenten ska ha kunskap om hur uppdraget genomförts i sin verksamhet och kunna bekräfta att uppdraget genomförts så som det angetts i beskrivningen."

För det fall Ostendo hade vidtalat referenten och upplyst henne om att hon skulle anges som referent för Ostendo hade referenten kunnat bekräfta uppdraget. Att Ostendo till referenten uppgett att hon skulle agera referent för [REDACTED] genom Canos VoB, det vill säga ett annat företag, kan inte ligga Inköp och upphandling till last. Det verkar även något märkligt att ange ett annat företags namn för uppdrag som Ostendo har utfört.

Det har inte funnits någon anledning för Inköp och upphandling att kontrollera det referensuppdraget i aktuellt fall på något annat sätt än vid de andra kontrollerna. Anledningen till att referenten inte kunde bekräfta uppdraget var att Ostendo inte varit tillräckligt omsorgsfullt när referenten vidtalades. Att referenten senare, efter att ha blivit kontaktad av Ostendo, uppger att hon kunnat bekräfta uppdraget, om [REDACTED] och Canos VoB har angetts, förändrar inte det faktum att hon inte kunde bekräfta uppdraget vid Inköp och upphandlings kontroll.

Vad Ostendo därefter anfört

Under upphandlingsdokumentets punkt 3.5.2 anges även följande.

"En leverantör som inte kan ange referensuppdrag enligt ovan, exempelvis på grund att verksamheten är nystartad, ska på annat sätt kunna visa att kravet är uppfyllt exempelvis genom att personer i ledande ställning har erfarenhet av motsvarande uppdrag införskaffade i tidigare anställning eller verksamhet."

Enligt Ostendos mening innebär ovanstående att referenten kommer att tillfrågas gällande uppdrag som genomförts av dessa personer. Referenten bör därmed även förväntas ha kännedom om personen som genomfört uppdraget men kan inte förväntas ha kännedom och kunskap om den nya verksamheten när kravet – enligt formuleringen i punkt 3.5.2 – kan uppfyllas genom tidigare uppdrag som inte utförts för Ostendos räkning. Att Inköp och upphandling bortsett från att tillfråga referenter utifrån tidigare uppdrag och i

stället endast angett den nuvarande verksamheten, som referenten inte kan förväntas ha kännedom om, är en brist i upphandlingsförfarandet från Inköp och upphandlings sida. Eftersom Ostendo till följd av detta förfarande inte haft samma möjlighet som anbudsgivare, som angett referensuppdrag från den nuvarande verksamheten, har Inköp och upphandling brutit mot likabehandlingsprincipen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta 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

Frågan i målet är om Inköp och upphandling genom att utesluta Ostendos anbud från fullständig utvärdering inom upphandlingens delområde 1 har brutit mot den grundläggande principen om likvärdig behandling av leverantörer. För att så ska vara fallet fordras att Ostendos anbud kan anses ha uppfyllt det obligatoriska kravet i upphandlingsdokumentets punkt 3.5.2 Referensuppdrag eller i vart fall att Inköp och upphandling borde ha lämnat tydligare uppgifter till den angivna referenten angående referensuppdrag 2.

Uppfyllda Ostendos anbud kravet i punkten 3.5.2 Referensuppdrag?

I upphandlingsdokumentet, punkten 3.5.2, ställs som ett obligatoriskt krav att ”leverantören (ska) redovisa totalt två separata familjehemsuppdrag varav en kan vara en pågående placering” för att styrka sin erfarenhet.

I samma punkt anges också att ”en leverantör som inte kan ange referensuppdrag enligt ovan, exempelvis på grund att verksamheten är nystartad, ska på annat sätt kunna visa att kravet är uppfyllt exempelvis genom att personer i ledande ställning har erfarenhet av motsvarande uppdrag införskaffade i tidigare anställning eller verksamhet”.

Som framgår ovan är huvudregeln för det uppställda kravet, att anbudsgivaren ska redovisa två separata referensuppdrag som företaget genomfört eller – för högst ett uppdrag – fortfarande genomför. I punkten anges också en undantagsregel som gäller för det fall att leverantören inte *kan* ange referensuppdrag enligt kravet, exempelvis på grund av att verksamheten är nystartad. Enligt förvaltningsrättens uppfattning måste anbudsgivaren rimligen visa eller åtminstone upplysa om att företaget inte kan ange två referensuppdrag för att undantagsregeln ska bli tillämplig. I annat fall får kravet anses innebära att två referensuppdrag som anbudsgivaren genomför eller genomfört ska redovisas.

Ostendo redovisade i anbudet den formella bakgrunden till referensuppdrag 2 på följande sätt.

Leverantör: Referensuppdrag genomförda som underleverantör åt bolaget Canos VoB AB. Genomfört i sin helhet (rekrytering, utredning, utbildning och handledning av familjehem) av nyckelpersoner inom Ostendo Vård och Behandling (Alexander Bakir). Även verksamhetsansvarig Maria Månsson har stor erfarenhet av denna typ av uppdrag genom sitt arbete i bolaget Canos VoB AB.

Uppdraget har således redovisats som ett uppdrag som Ostendo utfört som leverantör (underleverantör). Uppdraget kan följaktligen inte anses ha redovisats som ett uppdrag som har utförts av en person som vid tidpunkten för uppdraget ingick i annan verksamhet än Ostendo. Förutsättningar för att ett sådant referensuppdrag skulle kunna medföra kvalificering av bolagets anbud för slutlig utvärdering framgår inte heller av de uppgifter som Ostendo har lämnat.

Enligt förvaltningsrättens uppfattning har Inköp och upphandling mot denna bakgrund inte haft anledning utforma sin förfrågan till den angivna referenten på annat sätt än som framgår av Inköp och upphandlings yttrande i målet. I målet har heller inte framkommit annat än att denna förfrågan varit utformad på samma sätt som för övriga anbudsgivare. Inköp och upphandlings förfarande i detta skede av upphandlingen får därmed anses uppfylla kraven på likabehandling. Eftersom den angivna referenten uppgav att hon inte kände igen det beskrivna referensuppdraget har Inköp och upphandling haft sakliga skäl för att inte godta uppdraget som grund för kvalificering till slutlig utvärdering av Ostendos anbud.

Av punkten 3.5.2 Referensuppdrag framgår också att det är ”Leverantören som ansvarar för att referenten är vidtalad” och att ”Referenten ska ha kunskap om hur uppdraget genomförts i sin verksamhet och kunna bekräfta att uppdraget genomförts så som det angetts i beskrivningen”. Enligt förvaltningsrättens uppfattning borde den angivna referenten ha kunnat känna igen det i Inköp och upphandlings förfrågan beskrivna uppdraget om Ostendo på förhand lämnat tillräcklig information om uppdraget.

Med hänvisning till ovanstående anser förvaltningsrätten att Inköp och upphandling inte på det sätt som Ostendo gör gällande har brutit mot den grundläggande principen om likabehandling i 4 kap. 1 § LOU. Inte heller har

Ostendo visat att Inköp och upphandling brutit mot någon annan bestämmelse i LOU. Förutsättningar för ingripande med stöd av 20 kap. 6 § LOU. Ostendos ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV 3109/1 B LOU)

Karin Leidzén
Rådman

Föredragande jurist i målet har varit Per Olofsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

