



SÖKANDE

Key Assets Sweden AB, 556749-7432
Fersensväg 9
211 42 Malmö

MOTPARTER

1. Borås Stad, Upphandlingsenheten
501 80 Borås
2. Svenljunga kommun
512 80 Svenljunga
3. Tranemo kommun
514 80 Tranemo
4. Ulricehamns kommun, Upphandlingsenheten
523 86 Ulricehamn

Ombud för 1-4: Jurist Rasmus Lundqvist
Borås Stad
Kungsgatan 57
501 80 Borås

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Borås Stad, Svenljunga kommun, Tranemo kommun och Ulricehamns kommun (kommunerna) har inlett ett förenklat upphandlingsförfarande avseende konsulentstödda familjehem (2018-00057IN). Syftet med upphandlingen är

KONKURRENSVERKET	
2019-09-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

att få till stånd ett ramavtal med beräknad avtalsstart den 1 juni 2019. Upphandlingen är uppdelad i två delar: Del A - Barn och unga och Del B - Vuxna. Upphandlingen genomförs och administreras av Borås Stad.

Kommunerna har beslutat att diskvalificera det anbud som lämnats av Key Assets Sweden AB med motiveringen att bolaget inte uppfyllt kraven gällande referenser.

Upphandlingsdokumentet

I avsnitt 5 i upphandlingsdokumentet regleras krav på anbudsgivare.

Av avsnitt 5.2.3, Kontroll av Anbudsgivarens förmåga och erfarenhet, framgår bl.a. följande. Anbudsgivaren ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning under de senaste tre åren. Som bevis ska anbudsgivaren beskriva två referensuppdrag och ange kontaktuppgifter till referensuppdragens kontaktpersoner (1 kontaktperson/ referensuppdrag). Referenserna ska vara från olika uppdragsgivare. Angivna referenter ska vara vidtalade och ska kunna besvara frågor angående likvärdiga uppdrag som upphandlingen omfattar.

Av avsnitt 5.2.3 framgår vidare att referenstagningen kommer att gå till på så sätt att beställaren dagen efter sista anbudsdag, via e-post, kommer att skicka fem frågor till referenspersonerna. Referenspersonerna ska besvara varje fråga utifrån en skala mellan 1-5, där 1 är lägsta betyg och 5 högsta betyg. Svaren ska skickas till ansvarig upphandlare senast 2019-02-11. Erhålls inget svar eller om svaren kommer efter 2019-02-11 kommer anbudsgivaren tilldelas betyget 0 av den referenspersonen. Beställaren kommer inte skicka ut påminnelser till referenspersonerna. Anbudsgivare som inte uppnår en referenspoäng på 10 eller mer eller som får ett lägre betyg än 3 på någon fråga av någon av referenspersonerna eller Borås Stads interna referens kommer att förkastas.

YRKANDEN

Key Assets Sweden AB ansöker om överprövning av upphandlingen.

Kommunerna anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Key Assets Sweden AB

Genom tilldelningsbeslutet har det framkommit att Key Assets Sweden AB inte uppfyllt kravet på referenser och att det därför inte gick vidare i upphandlingen. Efter att ha kontaktat den upphandlingsansvarige fick bolaget veta att det var en av de angivna referenspersonerna som inte svarat på det mail som skickats ut.

Bolaget har gett in den information som efterfrågats och gjort det som stått i dess makt för att påverka. Det har kontaktat personer i två olika kommuner och dessa har svarat att de var positiva till att fungera som referenspersoner. Det är orimligt att kommunerna enbart går på en faktor som bolaget inte har kunnat påverka, dvs. att en referent av två inte svarat. Det faktum att 42 av 80 anbudsgivare inte uppfyllt kravet på referenser är ytterligare bevis på osäkerheten i förfarandet.

Bolaget uppfyller alla andra krav i upphandlingen och den avvägning som gjorts kan inte anses som saklig.

Kommunerna

Referenstagningen har genomförts i enlighet med upphandlingsunderlaget och det har varit tydligt för samtliga anbudsgivare hur den skulle genomföras. Av upphandlingsdokumentet framgår att referenterna ska vara vidtalade och att kommunerna inte kommer att skicka ut några påminnelser. Utifrån detta bör det anses vara anbudsgivarnas ansvar att se till att referenterna är

tillgängliga under den angivna tidsperioden. Kommunerna är medvetna om att referenspersonerna har en hög arbetsbelastning och har därför valt att genomföra referenstagningen via e-post för att ge personerna möjlighet att besvara frågorna när de har möjlighet under den angivna perioden.

Key Assets Sweden AB:s anbud förkastades eftersom kravet gällande referenser inte är uppfyllt. Kommunerna fick endast svar från en av de två angivna referenterna. Bolagets anbud tilldelades således 0 poäng på samtliga frågor från den referent som inte svarade. Med anledning av detta faller anbudet dels på att det fått lägre poäng än 3 på någon av frågorna och dels på att anbudet inte uppnår en totalpoäng om minst 10, eftersom det högsta betyg som kan uppnås med endast en referens är 6,5 poäng.

Referenstagningen har hanterats i enlighet med de förutsättningar som angavs i upphandlingsunderlaget. Kommunerna anser att dessa förutsättningar har varit transparenta, likabehandlande och proportionerliga.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

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 de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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).

Förvaltningsrättens bedömning

Av likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav som ställs i upphandlingsdokumentet. Anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav ska därför inte beaktas vid utvärderingen. Det krav på referenser som ställs i avsnitt 5.2.3 i det nu aktuella upphandlingsdokumentet är ett sådant obligatoriskt krav.

Det är ostridigt att en av de två referenter som Key Assets Sweden AB angett i sitt anbud inte har svarat på det mail som kommunerna har skickat ut. Anbudet har därmed sammantaget fått ett för lågt betyg vad gäller referenser och har därför uteslutits från upphandlingen.

Key Assets Sweden AB har bl.a. anfört att det är orimligt att bortse från dess anbud enbart på grund av en faktor som bolaget inte har kunnat påverka, dvs. att en referent av två inte har svarat.

Enligt förvaltningsrättens mening är det anbudsgivaren som bär risken för att angivna kontaktpersoner inte lämnar referenser. Av upphandlingsdokumentet framgår att det inte kommer att gå ut några påminnelser till referenterna. Det finns inte heller något krav i LOU på att upphandlande myndighet ska skicka ut påminnelser till referenter som inte har svarat.

Förvaltningsrätten bedömer i likhet med kommunerna att det klart och tydligt framgår av upphandlingsdokumentet hur referenstagningen skulle gå till och under vilket tidsperiod referenspersonerna skulle kontaktas. Anbudsgivarna har haft möjlighet att anpassa sig efter det och säkerställa att referenter är tillgängliga under den aktuella perioden. Kommunernas agerande vid referenstagningen kan därmed inte anses oproportionerligt eller på annat sätt strida mot LOU.

Förvaltningsrätten bedömer således att det har varit korrekt av kommunerna att inte ta upp Key Assets Sweden AB:s anbud till utvärdering. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Upplysningsvis har förvaltningsrätten denna dag avslagit en ansökan om överprövning från Swea Familjehem AB (mål nr 2417-19) avseende samma upphandling.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Annette Spjuth

Rådmannen Annette Spjuth har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Emmi Unnerfors.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

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.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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.