


**SÖKANDE**

Brosäters Sjukhem AB, 556349-3914  
Kyrkbyn Ängsätra  
519 91 Istorp

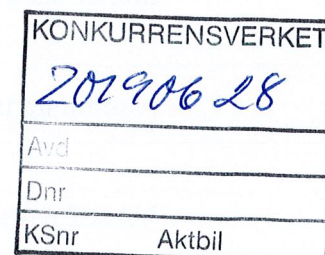
**MOTPARTER**

1. Borås kommun
2. Svenljunga kommun
3. Tranemo kommun
4. Ulricehamns kommun

Ombud för 1–4: Rasmus Lundqvist  
Borås kommun  
501 80 Borås

**SAKEN**

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


**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Brosäters Sjukhems ansökan om överprövning.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN**

Borås, Svenljunga, Tranemo och Ulricehamns kommuner genomför en upphandling av HVB-hem (dnr 2018-00058IN). Genom tilldelningsbeslut den 4 april 2019 antogs ett antal leverantörer. Brosäters Sjukhem AB hade inte kvalificerats för anbudsutvärderingen, eftersom det inte bedömdes uppfylla kravet avseende referenser.

Brosäters Sjukhem begär i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om rättelse genom en ny anbudsutvärdering, vid vilken bolagets anbud ska beaktas. I andra hand begär bolaget att förvaltningsrätten ska besluta om rät-

telse genom att bolaget får möjlighet att komplettera med saknade referenser. I tredje hand begär bolaget att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna anser att bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

#### VAD PARTERNA ANFÖR

##### *Brosäters Sjukhem*

Det framgår inte av upphandlingsdokumenten att ett uteblivet svar från en referensperson skulle medföra att en anbudsgivare inte går vidare till anbudsutvärderingen. Delen av upphandlingsdokumenten som rör referenserna har formulerats på ett oklart sätt, och otydligheten ska inte gå ut över anbudsgivarna. För att det ska vara möjligt att underkänna en anbudsgivare på en viss grund måste det tydligt framgå hur bedömningen sker.

Det har framkommit att det var Norra Hisingens stadsdelsförvaltning i Göteborg som inte svarade på de upphandlande myndigheternas frågor om Brosäters Sjukhems tidigare uppdrag. Vid kontakt med stadsdelsförvaltningen framkom att personen som skulle kontaktas varit sjukskriven. Det har inte skickats någon påminnelse vid uteblivet svar, och det fanns ingen information om att det t.ex. var möjligt att lämna en reservreferens. I upphandlingar är det vanligt att det skickas ut påminnelser och att det vidtas andra åtgärder som syftar till att minska risken för att ett uteblivet svar får långtgående konsekvenser för anbudsgivarna. Sannolikt har många anbudsgivare underkänts med anledning av hur hanteringen av referenserna gått till, vilket inte kan ha varit de upphandlande myndigheternas avsikt.

##### *Kommunerna*

Referenserna har hämtats in i enlighet med vad som anges i upphandlingsdokumenten. Frågorna som skulle besvaras skickades ut den 1 februari 2019

per e-post, och det medföljde en upplysning om att svaren skulle skickas in senast den 11 februari 2019. Av upphandlingsdokumenten framgår att referenspersonerna skulle vara vidtalade och att inga påminnelser skulle skickas ut. I dokumenten anges också att ett uteblivet svar medför att en anbudsgivare ska anses ha fått noll poäng av den referenspersonen.

Brosäters Sjukhems ena referensperson svarade inte. Bolaget fick därför noll poäng på frågorna. Det kan samtidigt konstateras att en del av en mening fallit bort i upphandlingsdokumenten. I sista meningen i avsnitt 5.3.3 ska det stå att en anbudsgivare som inte uppnår en referenspoäng på tio eller mer eller som får ett lägre betyg än tre på någon fråga av någon av referenspersonerna kommer att förkastas. Att det nu saknas uppgift om att anbudsgivaren kommer att förkastas får anses vara en uppenbar felskrivning. Det framgår också av underlaget i övrigt att kravet på referenser måste vara uppfyllt.

### **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

#### *Gällande regler*

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.

I 20 kap. 6 § LOU anges 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 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

*Förvaltningsrättens bedömning*

I mål av detta slag bör det krävas att parten som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter den grundar sin talan på. Förvaltningsrättens prövning är mot den bakgrunden i princip begränsad till de omständigheter som parten åberopat (se RÅ 2009 ref. 69). Brosäters Sjukhem har anfört dels att det finns otydligheter i upphandlingsdokumenten, dels att hanteringen av referenser inte skett på ett riktigt sätt.

Beträffande upphandlingsdokumenten anges i avsnitt 5.3.3 att anbudsgivaren ska ha erfarenhet från tidigare utförda uppdrag av liknande art och omfattning samt att anbudsgivaren som bevis ska beskriva två referensuppdrag och ange kontaktuppgifter till referensuppdragens kontaktpersoner. Av sammanhanget måste det stå klart för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att båda referenspersonerna kommer att kontaktas och att det krävs att de båda svarar på de frågor som skickats ut. Det är i samma avsnitt noggrant beskrivet hur poängsättningen går till, och det anges att om en referensperson inte svarar, kommer anbudsgivaren att anses ha fått noll poäng av den referenspersonen.

Vad som blir konsekvensen av att en anbudsgivare tilldelas noll poäng av en referensperson framgår dock inte riktigt lika tydligt i avsnitt 5.3.3. Det anges t.ex. inte uttryckligen att konsekvensen blir att kraven inte bedöms vara uppfyllda. I stället relateras det uteblivna svaret till poängsättningen. Den sista meningen i avsnittet har följande lydelse:

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.

Kommunerna har angett att meningen är ofullständig och att delen som innehöll uppgift om att anbudsgivaren ska förkastas har fallit bort. Frågan är om detta innebär att det finns en sådan otydlighet i upphandlingsdokumenten att den kan innebära skäl för att ingripa mot upphandlingen.

Principen om öppenhet eller transparens innebär i ett upphandlingsförfarande bl.a. att samtliga villkor och bestämmelser i upphandlingsdokumenten ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt, så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dem och tolka dem på samma sätt (se t.ex. EU-domstolens dom den 2 juni 2016 i mål C-27/15, *Pizzo*, punkt 36). Även om det finns en viss otydlighet i vad som blir konsekvensen av att en anbudsgivare får noll poäng på minst en fråga, måste detta ställas mot att det tydligt framgår av avsnitt 5.3.3 att båda referenspersonerna ska svara på frågorna. Vid denna avvägning bedömer förvaltningsrätten att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare förstår att om en referensperson inte lämnar ett svar, har anbudsgivaren inte uppfyllt det obligatoriska kravet att lämna uppgifter till två referenspersoner som ska kunna besvara frågor. Upphandlingsdokumenten är således i denna del inte otydliga på ett sätt som utgör skäl för ingripande.

Det kan framstå som en något stelbent ordning att de upphandlande myndigheterna inte kontaktat anbudsgivaren vid ett uteblivet svar från någon av referenspersonerna, särskilt med hänsyn till att konsekvenserna av ett uteblivet svar blir långtgående. Samtidigt har det inte framkommit annat än att alla anbudsgivare behandlats på samma sätt. I avsnitt 5.3.3 i upphandlingsdokumenten anges också att det är anbudsgivarens ansvar att vidtala referenspersonen. Det anges även en tidpunkt vid vilken frågorna kommer att skickas ut och en sista svarsdag. En normalt omsorgsfull anbudsgivare måste i en sådan situation se till att referenspersonerna är tillgängliga under denna tid. Brosäters Sjukhem har anfört att en referensperson varit sjukskriven, men har inte lämnat någon förklaring till varför detta inte upptäcktes i samband med att referenspersonen vidtalades. Mot den bakgrunden anser förvaltningsrätten att hanteringen av referenserna inte utgör skäl för ingripande.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att det som Brosäters Sjukhem anfört inte innebär att de upphandlande myndigheterna i något avseende brutit mot de grundläggande principerna eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Brosäters Sjukhems ansökan om överprövning ska därför avslås.

### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Albert Pettersson

Förvaltningsrättsfiskalen Albert Pettersson har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Johan Molde har varit föredragande.



## 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](http://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.