



KLAGANDE

Dedicare AB, 556516-1501

Ombud: Bolagsjuristen Pendar Solimani

MOTPARTER

1. Katrineholms kommun, 212000-0340
2. Flens kommun, 212000-0332

Ombud för 1 och 2: Maria Serey
Telge Inköp AB

3. RentalCare Sverige AB, 559097-7111

Ombud: Shafqat Khatana
Advantage Juristbyrå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2019-02-15	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Telge Inköp AB genomför på uppdrag av Katrineholms kommun och Flens kommun en upphandling av ramavtal avseende *Bemanningsstjänster socionomer*, dnr TI 2018-1073, som öppet förfarande enligt LOU. Tilldelning sker till samtliga anbudsgivare som uppfyller ställda kvalificeringskrav. Kommunerna meddelade den 8 respektive 19 november 2018 tilldelningsbeslut som senare drogs tillbaka och ersattes av ett nytt tilldelningsbeslut som meddelades den 21 november 2018. I de första två besluten hade kommunerna beslutat att inte kvalificera RentalCare Sverige AB med motiveringen att en av de referenter RentalCare angett inte hade intygat referensuppdraget. I tilldelningsbeslutet den 21 november 2018 hade

RentalCare kvalificerats och tilldelats kontraktet jämte 21 andra kvalificerade anbudsgivare.

Dedicare AB (Bolaget), som lämnat anbud och tilldelats kontrakt i upphandlingen, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att den ska rättas på så sätt att RentalCares anbud förkastas och därmed inte upptas till prövning.

Kommunerna och RentalCare bestrider bifall till ansökan om överprövning.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Kommunerna har brutit mot likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU genom att kvalificera RentalCare trots att dess anbud inte uppfyllde obligatoriska krav i upphandlingsdokumenten.

En av de två referenser som uppgetts av RentalCare har inte kunnat intyga de ställda kraven i punkt 1.5.6. Av e-postkorrespondens mellan Telge och referenspersonen framgår förvisso klart och tydligt att referenspersonen svarade på förfrågan från Telge men även att referenspersonen inte varit vidtalad gällande uppdraget och helt saknat kännedom om uppdraget. Detta trots att Telge skickat en påminnelse och därvid uppmanat referenspersonen att besvara förfrågan.

Kommunerna gör gällande att svar inkommit i rätt tid med anledning av den e-post som skickades till RentalCare den 17 oktober 2018. Detta eftersom RentalCare då erhållit fel information om sista dag för svar. Av e-postkorrespondensen framgår dock klart och tydligt att svar erhållits från aktuell referens redan den 10 oktober 2018. I det aktuella svaret har inte

referenspersonen kunnat intyga aktuellt uppdrag. Under Frågor och svar i upphandlingen (publik fråga 12) klargjordes att kontakt med anbudsgivarna enbart skulle tas om inget svar erhålls från referenterna. Det fanns således ingen anledning till ytterligare kontakt med RentalCare då svar redan erhållits. Telge har därmed, trots svaret, valt att kontakta RentalCare på nytt och därmed brutit mot likabehandlingsprincipen.

Kommunerna framför mycket riktigt själva att ett felaktigt agerande från en upphandlande myndighet inte ska lasta anbudsgivarna. I det aktuella fallet har dock det felaktiga agerandet drabbat övriga anbudsgivare och inte RentalCare. Tvärtom har RentalCare därmed gynnats på ett otillåtet sätt genom Telges agerande medan övriga anbudsgivare har missgynnats. Kommunerna har således felaktigt och i strid mot likabehandlingsprincipen valt att pröva RentalCares anbud och därvid felaktigt utvärderat och även antagit bolagets anbud. Detta faktum styrks även av kommunernas egna första två tilldelningsbeslut.

Till följd av kommunernas överträdelse har Bolaget lidit skada eller riskerar i vart fall att lida skada då RentalCares anbud, som är en konkurrent till Bolaget, felaktigt upptagits till prövning. Till följd av detta hamnar Bolaget i en sämre position än vad som annars hade varit fallet om kommunerna hade agerat korrekt och gjort en korrekt utvärdering. Detta innebär att Bolaget i framtiden, dvs. vid avrop från aktuellt ramavtal, kommer att försättas i en sämre position då det finns en konkurrent som felaktigt antagits som leverantör.

Kommunerna

Kommunerna har följt principen om likabehandling då referenstagningen har genomförts på liknande sätt för samtliga inkomna anbud. RentalCare har uppfyllt krav under punkt 1.5.6 i upphandlingsdokumentet.

Av Frågor och svar under upphandlingen framgår att anbudsgivaren kommer att kontaktas om inget svar erhålls från angivna referenser. Telge har skickat ut frågor till de två referenterna som angivits av RentalCare. Ett referenssvar inkom den 9 oktober 2018. En påminnelse till den andra referenten skickades den 12 oktober 2018. Den 17 oktober 2018 skickades ett mail till RentalCare, då inget svar inkommit från referenten, men Telge hade av misstag angivit ett felaktigt datum, dvs. att svar skulle lämnas senast fredagen den 19 november 2018 kl. 10.00 när det egentliga datumet skulle ha varit 19 oktober 2018 kl. 10.00. Telge uppmärksammade inte detta felangivna datumet i mailet och gick därför ut med ett tilldelningsbeslut där RentalCare uteslutits på grund av att det inte inkommit något svar på referens nr 2. Då Telge erhöll referens nr 2:s svar som avsåg RentalCare den 12 november 2018, uppmärksammades att fel datum skrivits i mailet till RentalCare.

Att Telge skrivit fel datum kan inte lastas anbudsgivaren RentalCare utan det datum som angivits måste gälla. Varmed ett slutligt upprättat tilldelningsbeslut publicerades och även RentalCare antogs som leverantör i upphandlingen. Referenten har inkommit innan den tidpunkt som angivits i mailet till RentalCare varmed det uppfyllt krav enligt punkten 1.5.6. RentalCare har följt de instruktioner som angivits av Telge vid referenstagningen. RentalCare har inte givits möjlighet till rättning utan endast en möjlighet att agera som framgick av Frågor och svar under anbudstiden.

Ramavtalet som är tänkt att tecknas utgörs enbart av förnyad konkurrens på varje uppdrag och det är ingen rangordning mellan leverantörerna. I tilldelningsbeslutet har 22 stycken leverantörer tilldelats möjligheten att delta i avtalet. Bolaget har i målet inte påvisat på vilket sätt de skulle lida skada enligt denna tilldelning.

RentalCare

Kommunerna har inte brutit mot likabehandlingsprincipen i LOU.

RentalCares anbud uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingsdokumentet.

Ett av de obligatoriska kraven i upphandlingen, punkt 1.5.6, avsåg teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet. Anbudslämnarna skulle i enlighet med kraven lämna kontaktuppgifter till två referenter, varmed referenterna skulle intyga bolagets tekniska förmåga, kapacitet och erfarenhet. RentalCare angav två referenter, varav ena referenten (Referent 2, Jessica Björn, Åstorp kommun), efter mail från Telge, lämnade referens den 12 november 2018 i enlighet med angivet datum från Telge Inköp.

Det framgår ingenstans att endast RentalCare tillåtits att inkomma med referens. Anbudsgivarna skulle förmedla kontaktuppgifter till referenter varefter Telge eventuellt skulle ta kontakt med referenterna för att få referens samt för kontroll. Detta har Telge gjort med samtliga lämnade referenter där behov av kontroll har funnits. Telge har den 17 oktober 2018 skickat e-post till RentalCare då det inte fått något svar från angiven referent. I e-posten har Telge efterfrågat referens senast den 19 november 2018 kl. 10.00. Angivet datum har varit felaktigt. Telge Inköp uppmärksammade dock inte det felangivna datumet och gick därför ut med ett tilldelningsbeslut där RentalCare utslöts på grund av att referens inte inkommit. Den 12 november 2018 erhöll Telge Inköp referens från RentalCares referent varvid det även uppmärksammades att fel datum hade angivits. Ett nytt tilldelningsbeslut fattades således enligt vilket RentalCares anbud godtogs. Det finns inget hinder för kommunerna att vidta en sådan rättelse på egen hand.

Det framgår ingenstans att referentpersonen inte varit vidtalad gällande uppdraget och helt saknat kännedom om uppdraget samt att denne inte kunnat intyga uppdraget i enlighet med de obligatoriska kraven i punkt 1.5.6. Det framgår av e-postkorrespondensen att referenten besvarat de ställda frågorna angående uppdraget, om än kortfattat. Att svaret varit kortfattat tyder dock inte på att referenten inte haft kännedom om uppdraget eller att referenten inte varit vidtalad gällande uppdraget. E-posten avslutas med att referenten anger att hon är mycket nöjd med samarbetet med RentalCare och den utskickade konsulten samt att ny bokning gärna sker om behov uppstår, vilket torde indikera att referenten haft god kännedom om uppdraget och att hon varit vidtalad gällande uppdraget.

Vidare, enligt artikel 56.3 i LOU-direktivet ska leverantören, vid en begäran från den upphandlande myndigheten, ges en "lämplig tidsfrist" att lämna, komplettera, förtydliga eller färdigställa relevant information eller dokumentation. Kravet på lämplig tidsfrist anges inte i paragrafen. Det ligger dock i sakens natur att myndigheten behöver ange en tidsfrist i sin begäran.

Att Telge har skrivit fel datum kan inte belasta RentalCare, det angivna datumet är det datum som måste gälla. Referenten har inkommit med referens inom det datum som angivits och RentalCare har följt de angivna instruktionerna från Telge. Att Telge begärt in referens genom påminnelse har inte inneburit möjlighet till rättelse, i vart fall inte i den bemärkelse att RentalCares anbud ändrats i sak och därigenom medför att ett nytt anbud lämnas efter att tidsfristen gått ut. Således har kommunerna inte heller brutit mot likabehandlingsprincipen eftersom det av likabehandlingsprincipen följer att anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för anbud har löpt ut. Kommunerna har inte särbehandlat RentalCare genom att inhämta kontrolluppgifter från referent och har inte heller underlåtit att diskvalificera RentalCares anbud. Genom att begära referensen har Telge

endast fullgjort vad det angivit i upphandlingsdokumentet, dvs. kontrollerat att RentalCare uppfyller punkt 1.5.6 i upphandlingsdokumentet.

Förfarandet har inte heller inneburit någon skada för Bolaget såsom Bolaget angivit. Bolaget har vidare felaktigt anfört att RentalCare inte uppfyller alla obligatoriska krav i upphandlingsdokumentet samt att en av RentalCares lämnade referenter inte har kunnat intyga något gällande uppdraget och inte varit vidtalad gällande uppdraget och helt saknat kännedom om uppdraget.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bolaget har i målet gjort gällande att kommunerna borde ha diskvalificerat RentalCare med anledning av att RentalCare inte uppfyller ett obligatoriskt krav enligt punkten 1.5.6 *Teknisk förmåga, kapacitet och erfarenhet* i upphandlingsdokumentet.

Av punkten 1.5.6 framgår följande:

Anbudsgivaren ska ha dokumenterad erfarenhet av leverans av bemanningsuppdrag avseende socionomer.

Som bevis ska anbudsgivaren redovisa två st. referensuppdrag från de senaste två åren, där bemanning av socionomuppdrag utförts.

Vid en eventuell kontroll av respektive referens ska referenten intyga följande:

- *Att leverans har skett enligt avtal och överenskommelse*
- *Att samarbetet med leverantören varit god och att leverantören varit tillmötesgående vid problem som uppstått*
- *Att kompetensen hos och samarbetet med inhyrd konsult varit god*
- *Att bemanningsuppdraget utförs de senaste två åren och pågått i minst tre månader.*

Av Frågor i svar i upphandlingen framgår, såvitt här är relevant, följande:

12 Publik fråga

[...]

Fråga 2: Kommer Telge Inköp att kontakta anbudsgivaren om ni ej erhåller svar från angivna referenser, så att anbudsgivaren har möjlighet att agera i en sådan situation?

Datum: 2018-09-14 13:40

Till: Alla

Publikt svar

[...]

Svar på fråga 2: Anbudsgivaren kommer att kontaktas om inget svar erhålls från angivna referenser.

Datum: 2018-09-14 13:40

Till: Alla

Vad först beträffar innebörden av det obligatoriska krav som kommunerna ställt i punkten 1.5.6 i upphandlingsdokumentet konstaterar förvaltningsrätten att det av nämnd punkt framgår dels att anbudsgivaren ska redovisa två referensuppdrag från de senaste två åren, där bemanning av socionomuppdrag utförts, dels att respektive referens som anbudsgivaren angett vid en eventuell kontroll ska intyga vissa i den aktuella punkten förtecknade förhållanden. Eftersom obligatoriska krav inte kan ställas på andra än anbudsgivarna får den sistnämnda delen av kravet anses innebära att anbudsgivaren ska se till att angivna referenser inger intyg med efterfrågat innehåll.

Något tidsspänn inom vilken en referens måste inkomma med uppgifter till Telge framgår inte av punkten 1.5.6. Vad som däremot framkommer av Telges svar på publik fråga 12 under Frågor och svar, som är en del av upphandlingsdokumenten, är att bristen på svar från en referens inte automatiskt leder till att anbudsgivaren kan bedömas brista i uppfyllelse av kravet enligt punkten 1.5.6, utan att anbudsgivaren i en sådan situation ska kontaktas av Telge, vilket då får anses ske i syfte att anbudsgivaren får en möjlighet att på annat sätt se till att Telge förses med efterfrågade uppgifter.

Enligt förvaltningsrätten avser uttrycket ”*inget svar erhålls från angivna referenser*” i Telges svar på publik fråga 12 att inget svar i sak, dvs.

avseende de i punkten 1.5.6 förtecknade förhållandena som referensen skulle intyga, ska ha inkommit till Telge efter begäran om intygande skickats till referensen.

I det aktuella fallet har RentalCares andra referens inte lämnar något svar i sak inom den tid Telge angett (den 11 oktober 2018 och ”omgående”), varefter Telge, i enlighet med den ordning som anbudsgivarna i svaret på publik fråga 12 informerats om, har haft att vända sig till RentalCare för att bereda bolaget möjlighet att förse Telge med efterfrågat intyg. Mot redovisad bakgrund har kommunerna, genom att kontakta RentalCare efter det att referensen inte inkommit med svar i sak och bereda RentalCare möjlighet att förse Telge med efterfrågat intyg, inte agerat i strid med upphandlingsdokumentet eller likabehandlingsprincipen.

Eftersom efterfrågat intyg från referensen sedan har inkommit inom den tid Telge angett, dvs. senast den 19 november 2018, har således grund saknats för att diskvalificera RentalCare med hänvisning till uppfyllelsen av kravet enligt punkten 1.5.6. Att Telge i skrivelsen med RentalCare angett längre tid än vad Telge avsett är i relevant avseende, dvs. vid bedömningen om RentalCare uppfyllt det aktuella kravet, utan betydelse.

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att skäl att förordna om ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU utifrån det Bolaget gjort gällande i målet inte har påvisats. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Magnus Wickström
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



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.