



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2017-05-30
Meddelad i Jönköping

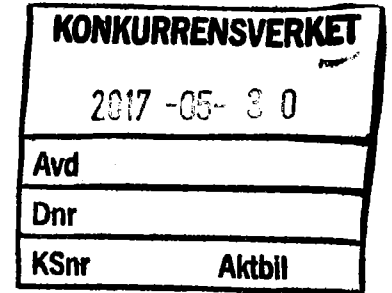
Mål nr
1740-17

SÖKANDE

S.O.O.L Personalservice AB, 556606-6071
Köpmangatan 20 B
641 30 Katrineholm

MOTPART

Gislaveds kommun
Upphandlingsenheten
Stortorget 1
332 80 Gislaved



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Gislaveds kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende bemanningstjänster av socialsekreterare (dnr: 16-181-12). Upphandlingen genomförs i enlighet med bestämmelserna om förenklat förfarande. Genom tilldelningsbeslut har andra leverantörer än S.O.O.L Personalservice AB (bolaget) antagits. Bolaget har ansökt om överprövning.

I **upphandlingsdokumentet** (förfrågningsunderlaget) anges bl.a. att kommunen kommer att anta den/de anbudsgivare som har kvalificerat sig och har lägst pris (4.0 Anbudsprövning). Vidare framgår att anbudsgivaren ska ha erfarenhet för uppdraget (4.1 Krav). Anbudsgivaren ska ange två referenser från tidigare uppdrag av liknande karaktär och de ska ha genomförts under den senaste treårsperioden. Anbudsgivaren ska lämna namn, telefonnummer och e-postadress till referenspersonen. Referenterna kommer att

Dok.Id 227233

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Hamngatan 15	Telefon 036-15 66 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag-fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	---	--------------------------------	---

kontaktas för att kontrollera att företaget utfört uppdraget enligt ställda krav i detta förfrågningsunderlag (4.2 Krav).

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Av tilldelningsbeslutet framgår att bolaget diskvalificerats på grund av att en av referenterna inte gått att nås. Bolagets bedömning är att kommunens hantering gällande inhämtning av referensuppgifter inte genomförts på ett sätt som gynnar fri konkurrens i enlighet med LOU. Hanteringen gynnar inte heller möjligheten för kommunen att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Referenstagningen har inte skett på lika villkor för anbudsgivarna. Bolaget har uppfyllt skakravet om lämnande av referenser.

Avtalstiden för avrop var ett år med möjlig förlängning ett år. Det innebär att bolaget lider ekonomisk skada för utebliven intäkt för framtida uppdrag med 22 arbetsdagar á 8 timmar per dag, 118 800 kr/månad, i händelse av att kommunen hyr in en bemanningskonsult med tjänstgöringsgrad 40/40. Hade kommunen skött referenstagningen korrekt hade bolagets anbud bedömts uppfylla skakraven och gått vidare till utvärderingsfasen där bolaget även fått tilldelning.

Aktuellt anbud skickades in den 30 januari 2017 och det var också det datum bolaget angav sina referenser. Den 15 mars 2017 meddelade kommunen

att en av de lämnade referenterna inte gick att nå. Bolaget erbjöd då en annan referent men fick till svar att en sådan komplettering inte var tillåten. Bolagets anbud blev alltså diskvalificerat eftersom en referent blivit sjukskriven 45 dagar efter att aktuellt anbud lämnades. En sjukskrivning är förstås omöjlig att förutspå när referensuppgifter lämnats så långt tidigare. Bolaget kontaktades av kommunen den 5 april 2017 och fick information om möjligheten att lämna ytterligare två referenter vilket gjordes omgående. Den 6 april 2017 kontaktades bolaget återigen av kommunen som meddelade att de inte hade lyckats få kontakt med någon av de nya referenterna och att de bedömde att de hade uttömt sina resurser i frågan. Det faktum att kommunens upphandlare ”har tur” vid sitt telefonsamtal och att chefen råkar finnas i det ögonblick upphandlaren ringer kan inte bedömas som en säker och konkurrensfrämjande referenstagning. Kommunen har även ändrat sig under processens gång gällande huruvida komplettering av referensuppgifter godkänns eller inte. Under denna period förlorade bolaget 22 dagar i referenstagningen jämfört med andra anbudsgivare.

Kommunen

Eftersom bolaget inte uppfyller skakraven i upphandlingen lider det ingen skada för utebliven intäkt. Referenstagningen har skett på lika villkor och i enlighet med likabehandlingsprincipen.

För att kvalificera sig i upphandlingen krävs erfarenhet för uppdraget och detta ska påvisas genom två referenter. Sista anbudsdag var den 14 februari 2017 och representant från kommunen började kontakta referenter den 27 februari 2017. Kommunen återkopplade den 15 mars 2017 till anbudsgivare vars referenser inte varit nåbara och sedan fortsatte referenstagningen fram till den 24 mars 2017. Kommunen fick in en kompletterande referent från bolaget. Kompletterande referenter kunde inte godtas eftersom det bedömdes som en otillåten komplettering. När kommunen sökte bolagets referent fick kommunen först som svar att referenten inte var tillgänglig och

sedan att referenten var sjuk. Dock framgick inte av informationen att referenten var sjukskriven under en längre period. Efter tilldelningsbeslutet den 31 mars 2017 fick kommunen mail från bolaget om att deras referent varit sjukskriven under tiden för referenstagningen. Kommunen beslutade då att fortsätta ringa referenten. Vid detta tillfälle var referentens telefon öppen men trots försök vid flera tillfällen under flera dagar fick kommunen inget svar. Meddelanden lämnades på telefonsvarare och via mail. Som en sista möjlighet för bolaget att inkomma med referens för att bekräfta erfarenhet i uppdraget gavs bolaget möjlighet att försöka nå sin referent och be denne kontakta kommunen. Något sådant samtal mottogs aldrig. Referenstagningen har skett vid ett flertal tillfällen under perioden 27 februari 2017–24 mars 2017. Det är anbudsgivarens ansvar att informera angivna referenter om att de kommer bli kontaktade och säkerställa att de finns tillgängliga.

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. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

I 20 kap. 6 § LOU anges att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Högsta förvaltningsdomstolen har i rättsfallet HFD 2013 ref. 5 uttalat bl.a. följande. Domstolsprocessen i ett upphandlingsmål inleds genom en ansökan och processen avser en överprövning av den upphandling som klandras i ansökningen. Överprövningen tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU. Vid bifall ska domstolen besluta antingen att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan den har rättats.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (se RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det som huvudprincip bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på. Den prövning en domstol har att göra är begränsad till de grunder en part åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har anfört att kommunens hantering gällande inhämtning av referensuppgifter genomförts på ett sätt som begränsar möjligheten för kommunen att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet samt att referenstag-

ningen inte skett på lika villkor för anbudsgivarna. Bolaget har vidare anfört att referenser har lämnats och att bolaget därmed uppfyllt skakravet.

Av upphandlingsdokumentet framgår att anbudsgivaren ska lämna kontaktuppgifter till två referenspersoner samt att referenterna kommer att kontaktas för att kontrollera att företaget utfört uppdrag enligt ställda krav. Det är ostridigt att bolaget har lämnat kontaktuppgifter till två referenspersoner i enlighet med upphandlingsdokumentet. En av de angivna referenserna har dock inte varit nåbar under den tidsperiod som referenstagningen genomfördes.

Om inget annat anges i upphandlingsdokumentet bör det normalt ankomma på en anbudsgivare att se till att angivna referenspersoner finns tillgängliga på de kontaktuppgifter som lämnats. Det bör även krävas att en upphandlande myndighet gör tillräckliga försök att komma i kontakt med de referenspersoner som angivits, särskilt i situationer när någon referenstagnings-tidpunkt inte har specificerats. I målet har framkommit att kommunen inledde sin referenstagning den 27 februari 2017 och att kommunen den 15 mars 2017 informerade bolaget om att en av referenspersonerna inte varit nåbar. Enligt kommunen uppgav bolaget först den 31 mars 2017 att deras referent varit sjukskriven under tiden för referenstagningen. Kommunen beslutade då att fortsätta ringa referenten men trots försök vid flera tillfällen under flera dagar fick kommunen inget svar. Som en sista möjlighet för bolaget att inkomma med referent för att bekräfta erfarenhet i uppdraget gavs bolaget möjlighet att försöka nå sin referent och be denne kontakta kommunen.

Förvaltningsrätten anser att det visserligen legat utanför bolagets kontroll att en av de angivna referenspersonerna blivit sjukskriven. Bolaget fick dock drygt två veckor innan tilldelningsbeslutet besked från kommunen att referenspersonen inte gått att nå. Det har inte framkommit att bolaget vid denna tidpunkt undersökt varför referenspersonen inte varit nåbar eller att försök

gjorts för att nå denne. Mot denna bakgrund och med beaktande av att kommunen gjort flera försök både före och efter tilldelningsbeslutet att på olika sätt komma i kontakt med referenspersonen, informerat bolaget om att denne inte gått att nå samt uppmanat bolaget att försöka få referenspersonen att kontakta kommunen anser förvaltningsrätten att kommunen gjort tillräckliga försök att nå angiven referens.

Förvaltningsrätten finner inte, utifrån vad bolaget anfört, att kommunens referenstagning på ett otillåtet sätt begränsat möjligheterna att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller att referenstagningen strider mot likabehandlingsprincipen. Genom de omständigheter bolaget anfört har därmed inte gjorts sannolikt att kommunen brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Det saknas således grund för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Eveline Johansson

Förvaltningsrättsfiskalen Eveline Johansson har avgjort målet. Förvaltningsrättsnotarien Max Blidberg har varit föredragande.