



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2017-10-03  
Meddelad i Linköping

Mål nr  
4053-17

**SÖKANDE**

Polstjärnan i Sverige AB, 556863-4488  
Smedjegatan 32  
131 54 Nacka

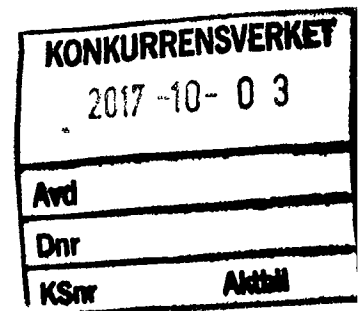
**MOTPART**

Norrköpings kommun  
Rådhuset  
601 81 Norrköping

Ombud: Kommunalförbundet Fjärde storstadsregionen  
Upphandlingscenter  
Slottsgatan 118  
602 22 Norrköping

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 300712

**Postadress**  
Box 406  
581 04 Linköping

**Besöksadress**  
Brigadgatan 3

**Telefon**  
013-25 11 00  
**E-post:** [forvaltningsrattenilinkoping@dom.se](mailto:forvaltningsrattenilinkoping@dom.se)  
[www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se](http://www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se)

**Telefax**  
013-25 11 40

**Expeditionstid**  
måndag–fredag  
08:00–16:00

**YRKANDEN M.M.**

Norrköpings kommun (Kommunen) genomför upphandling av ”Drift av särskilda boenden enligt socialtjänstlagen ” med dnr UH-2016-313. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande och Kommunen kommer att teckna avtal med den leverantör som har lämnat anbud med lägst pris.

Polstjärnan i Sverige AB (Bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att en rättelse görs på så sätt att Bolagets anbud ska kvalificeras och utvärderas. I andra hand yrkas att hela upphandlingen görs om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning.

**VAD PARTERNA HAR ANFÖRT**

**Bolaget**

I kvalificeringskravet för nyetablerade företag avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet anges att två personer under de tre senaste åren ska ha varit varaktigt verksamma i företagsledningen. I anbudssvaret, under avsnittet med referenser för nyetablerade företag, har Bolaget angivit företrädare enligt kraven i förfrågningsunderlaget. Den namngivna personen har arbetat inom en kommun och varit varaktigt anställd i rollen som tf socialchef under de tre senaste åren och ingår nu i Bolagets ledning räknat från den sista anbudsdagen. Ledningsgruppen i en kommun går att likställa med ledningsgruppen i ett företag. Det finns inte en exakt angivelse i tid motsvarande två års drift av verksamhet för kvalificering för nyetablerade företag, till skillnad från referensuppdrag som är genomförda hos anbudsgivarens företag.

Kommunen har i förvaltningsrätten betonat ordet ”varaktigt” verksam. Den som har en fast anställning i efterfrågad ledande ställning måste anses som varaktigt verksam. Att betona ordet varaktigt öppnar också möjligheten för en subjektiv och icke-transparent tolkning av kvalificeringskraven.

Efter tilldelningsbeskedet har Bolaget flera gånger efterfrågat förtydligande av varför referensuppdragen inte har godtagits. Frågan ställdes upprepade gånger tills ett förtydligande kom från Kommunen. I förtydligandet hänvisades endast till texten i förfrågningsunderlaget, vilket inte är en fullständig underrättelse. I tilldelningsbeslutet angavs inte heller information om avtals-spärr.

I förvaltningsrätten har Kommunen framfört ny information som inte har angetts i tilldelningsmeddelandet om varför Bolaget inte är kvalificerat att utvärderas. Kommunen har anfört att Bolaget inte är ett nyetablerat företag. Detta borde inte beaktas eftersom Kommunen inte meddelade detta i sitt tilldelningsbeslut. Det saknas proportionalitet i beslut och tilldelning. För att klargöra att Bolaget är ett nyetablerat företag har möjligheten att använda företrädare för företaget åberopats, då verksamheten inom drift av ”särskilda boenden” är en nystartad del i Bolaget sedan hösten 2016.

Enligt LOU ska kontrollen inte vara mer långtgående än vad som krävs för uppdraget och stå i relation till proportionalitetsprincipen. Kommunen bör vidare välja olika alternativ som försäkrar att en leverantör uppfyller villkoren och bör eftersträva det minst exkluderande sättet. Avgörande är om leverantören uppfyller kraven. Det saknar därför betydelse om kraven klaras med liten eller stor marginal. De formella kraven är inget som ifrågasätts, utan det är Kommunens tolkning i tilldelningen som ifrågasätts, där Kommunen inte enbart pekar på det som under rubriken 4.0 gäller för nyetablerade företag. Genom att utesluta Bolaget från kvalificering i aktuell upphandling kan Bolaget komma att lida skada.

### Kommunen

Kommunen har genomfört upphandlingen i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och övriga bestämmelser i LOU samt i enlighet med förutsättningarna som anges i förfrågningsunderlaget. Bolaget har därför inte lidit skada och kan inte komma att lida skada. Bolaget uppfyller inte kvalificeringskraven avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet för nyetablerat företag. Den ena personen som åberopas har varit anställd som personalchef från 2012. Mellan åren 2012 och 2015 har samma person varit anställd som tf socialchef. Personen har således haft två anställningar under samma period. Kommunen har gjort bedömningen att anställningen som tf socialchef inte är att likställa med kravet på att ha varit *varaktigt* verksam som representant i ett företag som beskrivs i förfrågningsunderlagen. Den andra personen som åberopas har varit anställd som vikarierande socialchef sedan november 2016. Detta är inte att likställa med kravet att ha varit *varaktigt* verksam som representant i ett sådant företag som beskrivs i förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte visat att personerna besitter eller når upp till efterfrågad kunskap och erfarenhet som korresponderar mot kvalificeringskraven i upphandlingen.

Eftersom Bolaget inte uppfyllde samtliga uppställda kvalificeringskrav har Bolaget via ett särskilt meddelande underrättats om att anbudet kommer att förkastas. Kommunens bedömning är tydlig och förutsebar och kan inte anses vara oproportionerlig. Tilldelningsbeslutet ska i första hand stå fast på denna grund.

Bolaget är inte ett nyetablerat företag enligt kvalificeringskraven. Vid kontroll framgår att Bolagets nuvarande firma är registrerad den 25 november 2011. Bolaget har därför valt fel sätt att styrka uppställt kvalificeringskrav och borde ha inkommit med ”referensuppdrag, intyg och sanningsförsäkran”. I och med att detta inte har gjorts finns det anledning att även på

denna grund förkasta Bolagets anbud. Tilldelningsbeslutet ska i andra hand stå fast på denna grund.

Det bestrids att Kommunen i tilldelningsbeslutet inte har angivit information om avtalsspärr. Vidare underrättades Bolaget om skälen till varför anbudet förkastades via ett särskilt meddelande. I meddelandet anges att de aktuella personernas kvalifikationer inte överensstämmer med kvalificeringskraven i Skakravsbilagan avsnitt 4.0. Då Bolaget ställt frågor om varför anbudet har förkastats har det hänvisats till det nämnda meddelandet.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Förfrågningsunderlaget

#### 4.0 Kvalificeringskrav – Teknisk och yrkesmässig kapacitet

En kontroll kommer göras av huruvida anbudsgivaren har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att fullgöra uppdraget i aktuell upphandling, drift av särskilda boenden och dagverksamhet enligt socialtjänstlagen (SoL). Anbudsgivaren ska därför styrka att denne under de tre (3) senaste åren, räknat från sista anbudsdag, minst har utfört två (2) eller har två (2) pågående driftentreprenader, med minst två (2) års drift, omfattande minst 30 platser vardera. En (1) av de två (2) driftentreprenaderna ska avse särskilt boende med demensinriktigt och den andra driftentreprenaden ska avse särskilt boende utan specifik inriktning.

Anbudsgivaren ska även säkerställa att personal som arbetar i dagverksamheten har minst ett (1) års erfarenhet under de tre (3) senaste åren, räknat från sista anbudsdag, av arbete i dagverksamhet för personer med demenssjukdom.

#### NYETABLERAT FÖRETAG

För anbudsgivare som har ett nyetablerat företag under 2014 eller senare gäller följande kvalificeringskrav. Minst två (2) personer i det nyetablerade företagets ledning ska under de tre (3) senaste åren, räknat från sista anbudsdag, ha varit varaktigt verksamma som representanter i företagsledningen i ett företag som bedrivit yrkesmässig verksamhet omfattande särskilt boende enligt SoL och dagverksamhet för dementa och i övrigt i allt väsentligt liknar nu aktuellt avtal. Bevis kan utgöras av arbetsbetyg, arbetsgivarintyg eller annat likvärdigt bevismedel vad gäller uppställt kvalificeringskrav.

#### **Tillämpliga bestämmelser m.m.**

Tillämplig lagstiftning i målet är lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) som numera är upphävd men som gäller för upphandlingar som påbörjats före ikraftträdandet av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling.

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I 15 kap. 18 och 19 §§ LOU finns bestämmelser om den upphandlande myndighetens skyldighet att anteckna skälen för sina beslut samt att underätta anbudsgivarna om sina beslut och skälen för besluten.

#### **Förvaltningsrättens bedömning**

Bolaget har gjort gällande att Kommunen har brutit i fråga om att redovisa skälen för tilldelningsbeslutet samt att Kommunen har underlåtit att informera om avtalsspärren. Förvaltningsrätten konstaterar att Kommunen i ”Skäl till att anbud förkastas” har angett på vilken grund Bolagets anbud har förkastats samt att avtalsspärren framgår av Kommunens tilldelningsbeslut. Det som Bolaget har anfört i denna del innebär inte att det finns skäl för att ingripa mot upphandlingen med stöd av LOU.

Bolaget ifrågasätter inte det ställda kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet så som det är utformat i förfrågningsunderlaget. Bolaget gör däremot gällande att de åberopande personerna uppfyller de ställda kraven. Frågan förvaltningsrätten inledningsvis har att pröva är således om Kommunen brutit mot LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principerna genom att förkasta anbudet från Bolaget på den grunden att det inte uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet för nyetablerat företag.

Enligt avsnitt 4.0 Kvalificeringskrav – Teknisk och yrkesmässig kapacitet ska minst två personer i det nyetablerade företags ledning ha varit varaktigt verksamma som representanter i företagsledningen i den typ av verksamhet som stipuleras i kravet.

Bolaget har åberopat intyg för två personer till styrkande av att Bolaget uppfyller kvalificeringskraven. Den ena personen som åberopas har varit anställd som vikarierande socialchef i en kommun sedan november 2016, under ordinarie socialchefs föräldraledighet. Den andra personen har varit anställd som personalchef i en kommun från och med september 2012 till och

med februari 2016 samt varit tf socialchef i samma kommun från och med oktober 2012 till och med den 20 november 2015.

Kommunen har anfört att de åberopade personernas erfarenheter i allt väsentligt inte liknar de erfarenheter som uppställt kvalificeringskrav stipulerar. Kommunen har därvid betonat ordet varaktigt i uttrycket ”varaktigt verksam”.

Någon närmare förklaring till vad varaktigt verksam innebär framgår inte av förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser i och för sig att ordalydelsen ”varaktigt verksam” är ett vagt begrepp som lämnar öppet för flera tolkningar när det gäller tidsperiod. Däremot ligger enligt förvaltningsrättens mening i kravet att det inte räcker att personen ifråga har innehaft befattningen tillfälligt. Den ena av de av Bolaget åberopade personerna har under en period varit vikarierade socialchef och den andra har under en längre period varit tillförordnad socialchef. Kännetecknande för både vikarierande och tillförordnad är emellertid att det är fråga om tillfälliga förordnanden eller uppdrag. De av Bolaget åberopade personernas socialchefsförordnanden kan härmed inte anses ha varit varaktiga. Kravet på att minst två personer i Bolagets ledning ska ha varit varaktigt verksamma på angivet sätt är därmed inte uppfyllt. Det fanns därmed skäl att förkasta aktuellt anbud.

Eftersom förvaltningsrätten bedömt att Kommunen har haft rätt att förkasta Bolagets anbud på den först åberopade grunden finns inte skäl att pröva Kommunens i förvaltningsrätten framförda andrahandsgrund för att förkasta Bolagets anbud.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Kommunen inte på de av Bolaget anförda skälen har agerat i strid mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Ansökan ska därför avslås.



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

Kristina André Lilja  
Rådman

Föredragande har varit Såma Kader.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 rättens 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 rättens 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.

