



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM

2018-03-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr

21260-17

SÖKANDE

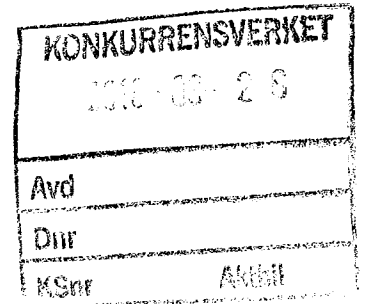
NEB – Teamet AB, 556885-7972
Alsnögatan 7, 4 TR
116 41 Stockholm

MOTPART

Nacka kommun
131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 896887

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		
		www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun (kommunen) genomför, som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. 3 § i den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), en ramavtalsupphandling av konsulentstött familjehemsvård ”Sociala omsorgsprocessen” (dnr SOCN 2016/342).

Efter att förvaltningsrätten i en dom den 1 september 2017 (mål nr 8268-17) förordnat att Nacka kommun skulle rätta upphandlingen har kommunen den 5 september 2017 meddelat rättelse av tidigare tilldelningsbeslut daterat den 27 mars 2017. Av det nya tilldelningsbeslutet framgår att Nacka kommun avser att teckna ramavtal med fem rangordnade leverantörer. Ingen av dessa är NEB – Teamet AB.

NEB – Teamet AB (NEB) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas varvid bolagets anbud ska beaktas och fyra av de antagna anbuden ska förkastas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. NEB anför i huvudsak följande. Nacka kommun har antagit fem anbud varav fyra inte uppfyller kraven avseende prismodellen. NEB har fått sitt anbud förkastat trots att bolaget uppfyller samtliga ska-krav samt har likvärdig erfarenhet och kompetens som de fyra vinnande anbuden. Nacka kommun har uppgett att NEB:s anbud diskvalificerats eftersom kommunen ansett att ”verksamhetschef” och ”verksamhetsansvarig” är underförstådda synonymer. Det finns ingen ordlista i något av upphandlingsdokumenten som stödjer denna tolkning. Ordet ”verksamhetschef” nämns en gång totalt i materialet rörande aktuell upphandling och det är ramavtalets katalogunderlag enligt frågor/svar. Enligt NEB:s uppfattning är [REDACTED] per definition ägare av bolaget. [REDACTED] är däremot inte ansvarig för vilka placeringar av barn/unga bolaget förmedlar, utan det är [REDACTED] som är ansvarig för detta område. [REDACTED] är således verksamhetsansvarig. NEB anser att

det uppfyller de ska-krav som Nacka kommun ställt upp. Om förvaltningsrätten skulle finna att NEB inte uppfyller uppställda ska-krav ska upphandlingen göras om eftersom förfrågningsunderlaget brister i transparens och därmed strider mot LOU. Av EU-domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlag ska vara utformade så att de kan förstås på samma sätt av alla normalt informerade och aktsamma anbudsgivare (se t.ex. Max Havelaar dom C-368/10). NEB anser att utformningen av det aktuella förfrågningsunderlaget brister i transparens genom att Nacka kommun använder termerna ”verksamhetschef” och ”verksamhetsansvarig” på olika ställen i förfrågningsunderlaget utan att ange att det är samma person som avses. Kommunen har därefter lagt NEB till last att den person som bolaget angett som ”verksamhetschef/ägare” inte uppfyller de krav som på en annan plats uppställts på ”verksamhetsansvarig”. Denna tillämpning har inte framgått av förfrågningsunderlaget som därför inte kan förstås på samma sätt av alla normalt informerade och aktsamma anbudsgivare. Till följd av bristen har bolaget lidit skada genom uteslutning respektive att bolaget inte har kunnat lämna sitt mest fördelaktiga anbud.

Nacka kommun anser att ansökan om överprövning ska avvisas och anför i huvudsak följande. NEB – Teamet AB har inte visat att det har lidit eller riskerar att lida skada. Bolagets anbud har förkastats mot bakgrund av att flera av de uppställda ska-kraven inte uppfyllts. Det är ostridigt mellan parterna att NEB – Teamet AB inte uppfyller kravet på att fylla i och bifoga bilaga 7. En linje som flera domstolar anslutit sig till är att en rätteligen diskvalificerad leverantör kan ha ett berättigat intresse av att få sin sak prövad om invändning görs om att samtliga vinnande anbud inte uppfyller kraven. Bolaget anför att fyra av fem vinnande anbud rätteligen skulle diskvalificerats. Detta påstående utgör inte tillräcklig grund för att NEB – Teamet AB ska anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Bolagets ansökan om överprövning ska således avvisas.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft. Enligt dess övergångsbestämmelser gäller ändå, för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet, den upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Kommunens upphandling påbörjades 2016. Därför är 2007 års lag, som i denna dom förkortas LOU, tillämplig i målet.

I förenklade upphandlingar är bl.a. hela kapitlen 1 och 16 i LOU tillämpliga, se 15 kap. 2 § LOU. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. För att en leverantör ska ha talerätt enligt LOU räcker det med att den anser sig ha lidit eller riskera att lida skada, detta framgår av lagens 16 kap. 4 §. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter den grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

NEB:s anbud har uteslutits eftersom verksamhetsansvarig saknar dokumenterad erfarenhet av socialt arbete med barn/unga från de senaste två åren och att anbudet saknar katalogunderlag. Bolaget har anfört att det är felaktigt att det inte uppfyller kravet avseende verksamhetsansvarig men har inte invänt mot att bolaget inte har bifogat katalogunderlag. Kravet på att anbudsgivare

ska inkludera bilaga 7, Katalogunderlag har enligt NEB införts av kommunen under upphandlingens gång genom svar på fråga med ID: 87668 den 26 augusti 2016. NEB har anfört att det är OK att inkludera detta som ett ska-krav, men att Nacka kommun bortser från att förkasta andra anbud som har för höga administrativa kostnader enligt ett annat svar som kommunen lämnat under upphandlingens gång.

Förvaltningsrätten finner således att det är ostridigt mellan parterna att Nacka kommun genom sitt svar på frågan med ID: 87668 förtydligat att det är ett krav att anbudsgivare till sitt anbud ska fylla i och bifoga förfrågningsunderlagets bilaga 7, Katalogunderlag och att detta varit tillåtet. Det är också ostridigt att NEB inte har bifogat detta underlag till sitt anbud. NEB kan därmed inte anses uppfylla kravet och bolagets anbud har rätteligen uteslutits.

En anbudsgivare som rätteligen har uteslutits riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. En rätteligen utesluten anbudsgivare kan dock ändå riskera att lida skada om samtliga vinnande anbud inte uppfyller kraven i upphandlingen och borde ha förkastats. Ett bifall till en invändning att en upphandlande myndighet i strid med bestämmelserna i LOU utvärderat det enda kvarvarande anbudet när det rätteligen borde ha förkastats, skulle kunna få till följd att upphandlingen görs om. Vid en ny upphandling har leverantörer en ny möjlighet att lämna anbud och en ny möjlighet att tilldelas kontrakt (jfr bl.a. EU-domstolens dom i mål C- 100/12, Fastweb SpA, Kammarrätten i Stockholms dom den 13 oktober 2015 i mål nr 5630-15 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 april 2014 i mål nr 2658–2667-13).

NEB har anfört att fyra av fem vinnande anbud borde ha uteslutits. Även om dessa anbud utesluts kvarstår dock ett godkänt anbud. Även om Nacka

kommun felaktigt godkänt de fyra anbud som NEB riktat anmärkningar mot kan bolaget inte anses ha lidit eller riskera att lida skada med anledning av kommunens agerande. Det finns således inte skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Förvaltningsrätten övergår därmed till att pröva NEB:s andrahandsyrkande att upphandlingen ska göras om på grund av bristande transparens.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 konstaterat att ett förfrågningsunderlag måste vara så klart och tydligt utformat att en leverantör kan avgöra vad som har betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara utformad så att den leder till ett rättvisande resultat. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör dock att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten har i en tidigare dom förordnat att den aktuella upphandlingen skulle rättas bl.a. då det av förfrågningsunderlaget inte tydligt framgår att begreppen ”verksamhetsansvarig” och ”verksamhetschef” är synonyma (mål nr 8268-17). Nacka kommun hade därför inte kunnat tillämpa som krav att verksamhetschefen skulle vara samma person som verksamhetsansvarig och ha de kvalifikationerna som ställdes upp för den verksamhetsansvarige.

Förvaltningsrätten bedömer dock att även om det inte tydligt framgått att begreppen ”verksamhetsansvarig” och ”verksamhetschef” är synonyma så medför inte detta att förfrågningsunderlaget ska anses vara så otydligt att upphandlingen ska göras om. Denna brist faller i stället tillbaka på Nacka kommun vid dess kvalificering av anbuderna då kommunen inte har kunnat tillämpa som krav att verksamhetschefen skulle vara samma person som den

verksamhetsansvarige. Förvaltningsrätten anser att vad NEB i övrigt har anfört inte heller visar att Nacka kommun i upphandlingen har brutit mot transparensprincipen på så sätt att NEB lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därmed inte skäl för att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (3109/1A-LOU)

Ulrika Kullman
Rådman

Hanna Hansson har handlagt målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

