



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-08-12
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
14130-11
14362-11
14364-11
Enhet 15

SÖKANDE

Emiwa Care AB, 556586-8600
Bremervägen 2
139 60 Värmdö

MOTPARTER

1. Nykvarns kommun
2. Salems kommun
3. Södertälje kommun

Ombud för samtliga: Telge Inköp AB
Box 633
151 27 Södertälje

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Emiwa Care AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2011-08-15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 152218

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Nykvarns kommun, Salems kommun och Södertälje kommun (kommunerna) har genom ombudet Telge Inköp AB genomfört en samordnad upphandling av bemanningstjänster, resurskonsulter för inhyrning inom Vård och Omsorg, dnr TI 2010-0156 (upphandlingen). Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU och syftar till att ramavtal ska tecknas med fem leverantörer enligt fastställd avropsordning, enligt vilken kontrakt i första hand tilldelas den leverantör som lämnat det bästa anbudet och som kan leverera den tjänst som efterfrågas vid varje tillfälle. I tilldelningsbeslut meddelat den 29 juni 2011 beslutade kommunerna, genom Telge Inköp AB, att teckna ramavtal med bl.a. Emiwa Care AB (bolaget) och därvid rangordna bolaget som nummer 2.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsprövningen görs om. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anför bolaget i huvudsak följande. För att möjliggöra utvärdering av anbuderna har kommunerna begärt referenser avseende tidigare genomförda uppdrag. Referenserna poängsätts genom utvärderingskriteriet Arbets sätt som i sin tur uppdelas i fyra olika underkriterier. Sammantagna väger dessa kriterier 40 procent i upphandlingen. Under punkten 4.1 i förfrågningsunderlaget anges att referenspersonerna kommer att kontaktas via telefon. Det anges också i förfrågningsunderlaget att i det fall information inte går att erhålla åsätts referensen sämsta möjliga utfall, 0 poäng. Av tilldelningsbeslutet framgår att bolaget har tilldelats 0 poäng avseende de kriterier som skulle utvärderas med hjälp av referenstagningen. Emellertid uppger de av bolaget angivna referenspersonerna att de aldrig har kontaktats av kommunen via telefon, telefax eller via e-post. Inte heller har bolaget självt kontaktats av kommunerna angående de påstådda kontaktproblemen. Den ena referenspersonen inledde sin semester först den 27 juni 2011 och har dessutom en telefonsvarare på vilken meddelanden kan lämnas. Dessutom går det via

mail att få kontakt med henne genom vidare hänvisning med kontaktuppgifter. Den andra referenspersonen som bolaget har angett har hela tiden fram till anbudsutvärderingen varit i tjänst och nåbar, men trots det inte mottagit något samtal från kommunerna. Inte heller med denna referensperson har några lyckade försök gjorts att söka kontakt via telefon, e-mail eller brev. Kommunerna har inte heller under utvärderingsfasen försökt nå bolaget för att lösa problemet med den uteblivna kontakten mellan kommunen och referenspersonerna. Kommunerna har inte upprätthållit de unionsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU genom hela upphandlingsprocessen. Det följer av likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen att en upphandlande myndighet ska vidta effektiva åtgärder för att inhämta referenspersonernas omdömen i och för anbudsutvärderingen. Att kommunerna i förfrågningsunderlaget uppger att de endast via telefon avser att kontakta referenspersonerna är inte förenligt med proportionalitetsprincipen. Kommunerna måste även använda andra metoder som inte kan anses orimliga för att inhämta de omdömen som behövs från referenspersonerna för att anbudsutvärderingen ska kunna genomföras konkurrensneutralt. Så har inte gjorts, vilket har skadat bolaget. Överträdelsen mot bestämmelserna i LOU, dvs. den uteblivna referenstagningen, kan enklast korrigeras genom en förnyad anbudsutvärdering.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Upphandlingen avser en tjänst med mycket stora krav på ett arbetssätt som säkerställer snabb leverans och hög kvalitet. Handläggningen kring anbudsprövningen har gått till på följande sätt. Anbudsöppning skedde den 20 juni 2011. Arbetet med att granska inlämnade anbud påbörjades. Den 27 juni 2011 fattades kvalificeringsbeslut baserat på en prövning av att anbud befunnits kompletta, att leverantören hade lämnat efterfrågade uppgifter samt att aktuell information från Soliditet och Skatteverket erhållits samt att anbudet prövats mot uppställda krav enligt

kapitel 2 i förfrågningsunderlaget. Den 28 juni 2011 genomfördes referenstagning med poängsättning och utvärdering av de anbud som bedömts kvalificerade i enlighet med kapitel 3 och 4 i förfrågningsunderlaget. Den 29 juni 2011 fattades beslut om tilldelning. Samtliga anbud har hanterats i enlighet med förfrågningsunderlaget och lika i alla avseenden av handläggningen och förfarandet. För samtliga kvalificerade anbud har referenstagning genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget. De i anbudet angivna referenspersonerna har kontaktats av handläggaren per telefon den 28 juni 2011 med minst tre försök om detta varit nödvändigt. Protokoll har upprättats per anbudsgivare. Vid referenstagningen säkerställs att omdömet motsvarar efterfrågad tjänst och poängen är referenspersonens omdöme. Om information inte går att erhålla eller inte motsvarar efterfrågad tjänst har 0 poäng tilldelats anbudet. De referenspersoner som angetts i bolagets anbud har inte kunnat nås och därmed har information inte kunnat erhållas. Kommunerna har iakttagit en strikt hållning avseende komplettering av referenspersoner och valt de åtgärder som bedöms mest effektiva i handläggning och förfarande. Kommunerna har inte brustit i de grundläggande principerna vid kvalificering, utvärdering och tilldelning av kontrakt. Likabehandlingsprincipen har iakttagits. Redogörelserna i förfrågningsunderlaget är tydliga och transparenta också avseende anbudsprövning och inhämtande av referenser. Åtgärder som bedöms mest effektiva och proportionerliga till förutsättningar lämnade i förfrågningsunderlaget har valts. Referenstagning har inte uteblivit utan genomförts för samtliga kvalificerade anbud inklusive bolaget, med ett resultat baserat på de förutsättningar som framgår av anbudsutvärdering och poängsättning samt av utvärderingsmetod, jämförelsetal och tilläggstal. Kommunerna yrkar därför att bolagets begäran om omprövning lämnas utan bifall. I andra hand yrkar kommunerna att rätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Kommunerna ger in och åberopar protokoll från referenstagningen till stöd för sin talan.

Bolaget genmäler bl.a. följande. Det framgick varken av förfrågningsunderlaget eller av något annat underlag att referenstagningen skulle genomföras den 28 juni 2011. Ingen av bolagets referenspersoner har kontaktats effektivt av kommunerna eller deras ombud den 28 juni 2011. Ingen kontakt har heller tagits av kommunerna eller deras ombud på annan tid och annat sätt än via telefon, trots att det hade varit möjligt att kontakta referenspersonerna och bolaget med hjälp av e-post eller genom att lämna meddelande via telefonsvarare. Kommunernas sätt att behandla anbuderna är varken affärsmässigt eller konkurrensfrämjande och uppfyller inte heller kraven i 1 kap. 9 § LOU på transparens, likabehandling m.m. Med hänsyn till att referenstagningen skulle läggas till grund för anbudsutvärderingen och att de aspekter som skulle värderas med hjälp av referenserna hade betydande tyngd vid anbudsutvärderingen har kommunerna grovt överträtt kraven i 1 kap. 9 § LOU. Likabehandlingsprincipen har inte upprätthållits eftersom bolaget inte har fått rimliga möjligheter att utnyttja sina referenspersoners omdömen vid anbudsutvärderingen. Principen om transparens har inte upprätthållits eftersom kommunerna inte har upplyst om tidpunkten för referenstagningen. Principen om proportionalitet har inte upprätthållits eftersom referenstagningen begränsats till en enda dag och ett enda sätt för att få kontakt, trots att det hade varit relativt enkelt att genomföra referenstagningen under längre tid och att ta kontakt med referenspersonerna på fler sätt än via telefon.

UTREDNINGEN I MÅLET

Av förfrågningsunderlaget framgår under punkten 4.1 bl.a. följande.

Referenterna kommer att kontaktas via telefon. Samtliga frågor kommer att bedömas av respektive referent. En förutsättning för att erhålla poäng är att de i anbudet angivna referenspersonerna kan nås och lämnar ett omdöme. I det fall information ej går att erhålla eller ej motsvarar efterfrågad tjänst

åsätts referensen sämsta möjliga utfall, 0 poäng. Anbudsgivaren ansvarar för att referenspersonerna är tillfrågade och har godkänt att uppdraget används som referensuppdrag. Telge Inköp förbehåller sig dock rätten att kontakta och använda egna referenter.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § LOU anges följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att det visas att sökanden har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Frågan i målet är om utformningen av förfrågningsunderlaget eller den genomförda utvärderingen, särskilt tillvägagångssättet vid kontaktförsöken med referenserna, strider mot LOU eller dess grundläggande principer.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl.a. följande. 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. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör 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.

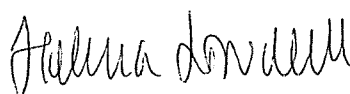
Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det generellt sett inte kan anses strida mot LOU eller någon av dess grundläggande principer att enbart ta upp referenser per telefon. Det faktum att kommunerna i förfrågningsunderlaget inte har uppgivit exakt datum och tid för referenstagning medför enligt förvaltningsrättens mening inte heller att någon av de grundläggande principerna har trätts för när. Tillvägagångssättet att tilldela 0 poäng för delkriteriet Arbetsätt i de fall referenspersonen inte kunnat nås framgår direkt av förfrågningsunderlaget och måste därför anses vara förutsebart. Detta tillvägagångssätt kan inte heller, även med beaktande av att det är fråga om semestertider, i sig anses strida mot principen att en utvärderingsmodell ska vara ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Förvaltningsrätten anser således att utvärderingsmodellen som sådan får anses vara förenlig med LOU och dess grundläggande principer.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM****DOM**

Allmänna avdelningen

Frågan är därefter om själva utvärderingen har genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget och uppfyller de grundläggande kraven på bl.a. transparens och likabehandling, dvs. om kommunerna haft fog för att tilldela bolaget 0 poäng avseende delkriteriet Arbets sätt på den grunden att det inte har gått att nå referenspersonerna. Förvaltningsrätten anser att det normalt torde ankomma på anbudsgivaren att tillse att återopade referenspersoner finns tillgängliga på angivet telefonnummer. Oaktat detta måste det dock ankomma på kommunerna att göra tillräckliga försök att nå de återopade referenspersonerna. Av protokollet avseende genomförd referenstagning framgår att kommunerna den 28 juni 2011 har försökt kontakta bolagets två referenser utan resultat. Av förfrågningsunderlaget eller LOU i övrigt kan inte utläsas någon skyldighet för kommunerna att försöka komma i kontakt med referenspersonen på andra sätt än genom angivet telefonnummer eller att kontakta bolaget vid uteblivet svar. Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att vad bolaget har anfört inte visar att kommunernas försök att nå referenspersonerna har varit otillräckliga eller att utvärderingen har genomförts i strid med förfrågningsunderlaget, LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Det faktum att referenstagningen har genomförts under endast en dag i semestertider medför ingen annan bedömning. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Helena Löwdell

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Nike Berlin.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1A LOU