



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Sofia Lysell

DOM
2011-05-30
Meddelad i
Växjö

Mål nr
792-11

SÖKANDE

Zemrete AB, 556740-2796
Stureplan 4 A
114 35 Stockholm

Ombud: Advokat Torbjörn Borg
Öberg & Heijne Advokatbyrå
Fristadstorget 4
632 20 Eskilstuna

MOTPARTER

1. Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

2. Lessebo kommun

3. Ljungby kommun

4. Uppvidinge kommun

Ombud för 2 -4:
Växjö kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2011 -05- 3 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Växjö, Lessebo, Ljungby och Uppvidinge kommun (kommunerna) genomför en förenklad upphandling avseende bemanningstjänster sjuksköterskor. Genom tilldelningsbeslut den 24 februari 2011 antogs anbuden i följande rangordning; Dedicare AB, Deploy AB, Agito Sverige AB och COD AB. Avropsordning fastställs efter principen rangordning – bästa anbud avropas först, därefter näst bästa anbud osv.

Zemrete AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen görs om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, främst mot kraven på likabehandling, icke-diskriminering, förutsebarhet och öppenhet. Genom att upprätta ett förfrågningsunderlag som inte uppfyller dessa grundprinciper och genom att tilldela kontrakt till anbudsgivare som innebär att leveransskyldighet för dessa inte föreligger enligt kontraktet har kommunerna brutit mot LOU. Utvärdering av anbuden har skett enligt principen om "lägsta pris". Utformningen av förfrågningsunderlaget har lett till att anbudsgivare har kunnat bli placerade högt i rangordningen för olika områden utan att ha någon leveransskyldighet. Om avrop sker i en tidskategori har leverantören genom ramavtalet möjlighet att avböja leverans och istället hänvisa till nästa leverantörsföretag i rangordningen. Därmed får principen om lägsta pris inte genomslag i det enskilda fallet. Förfrågningsunderlaget innebär således att bolaget har lidit eller riskerar att lida skada. Kommunerna har genom valet av utvärderingsmodell för de aktuella ramavtalen dels inte iakttagit kravet på likabehandling, transparens och konkurrens och dels utsett en vinnare som inte kommer leverera flera av de tidskategorier som är underprissatta. Kommunerna skulle ha förkastat den i tilldelningsbeslutet utpekade vinnaren Dedicare AB och tvåan Deploy AB då deras offerter innebär konkurrensstörningar. Dedicare AB har offererat 20 kr per timme för uppdrag som ska

utföras under vardagar kvällstid mellan kl. 19.00 och 22.00. Dedicare AB kräver bara 1 kr per timme under storhelger. - Bolaget åberopar bl.a. dom från Kammarrätten i Stockholm den 18 februari 2011 i mål nr 5913-10.

Kommunerna bestrider bolagets yrkande om att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Kommunerna har krävt en skriftlig motivering till prissättning i anbud. Tillfredställande svar har erhållits och garanti om att leveranserna kommer att ske i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Kommunerna har satt tilltro till ingivna anbud och utfört värdering i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget samt förutsatt att antagna leverantörer kommer att leverera tjänster i enlighet med framtida tecknade avtal. Förfrågningsunderlaget uppfyller kraven i LOU. Kommunerna har med beaktande av 12 kap. 3 § LOU gjort bedömningen att det inte funnits skäl att förkasta Dedicare AB:s anbud. Det har inte heller funnits skäl att ifrågasätta Deploy AB:s eller övriga anbudsgivares anbud. Det finns därtill ingen skyldighet för upphandlande myndighet att förkasta ett lågt anbud. Vid upphandling av ramavtal med flera leverantörer är det naturligt att antagna leverantörer i förekommande fall kan komma att avböja uppdrag. Tilltro sätts dock till antagna leverantörers leveransplikt för samtliga tidskategorier och generell lojalitet till tecknade avtal. Kommunerna har följt förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Därtill har kommunerna begärt in motivering från Dedicare AB avseende prissättning av en tidskategori. Kommunerna har vidare bedömt att det inte funnits skäl att ifrågasätta övriga anbudsgivares prissättningar då prisvariationerna ur ett totalt perspektiv ändå bedöms ligga inom rimliga gränser. Bakgrunden i av bolaget åberopad dom från Kammarrätten i Stockholm i mål nr 5913-10 kan inte rakt av jämföras med nu aktuellt mål. Av kammarrättsdomen framgår bl.a. att samtliga vinnande leverantörer har lämnat anbudspriser som kraftigt understiger det pris som angivits av leverantören för normal arbetstid samt i vissa fall även nollanbud. Dessutom ingår bolag som lämnat anbud i samma koncern. Det framgår ej heller av kammarrätts-

domen om upphandlande myndighet har krävt in förklaringar till de onormalt låga anbuderna från anbudsgivarna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

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

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att 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.

Parterna har under skriftväxlingen hänvisat till 12 kap. LOU, trots att det är fråga om en upphandling med förenklat förfarande.

Av 1 kap. 2 § andra stycket första punkten LOU framgår att endast 15 och 16 kap. LOU tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster). - Tjänstekontrakt avseende hälsovård omfattas av bilaga 3.

Enligt 2 kap. 24 § LOU gäller definitionen av förenklat förfarande endast 15 kap.

Eftersom det är fråga om en upphandling med förenklat förfarande av tjänstekontrakt avseende hälsovård bör rätteligen 15 kap. LOU vara tillämpligt och inte 12 kap. LOU.

Enligt 15 kap. 17 § LOU får en upphandlande myndighet förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet.

Rättspraxis

Förvaltningsrätten i Stockholm har i dom den 5 oktober 2010 i mål nr 34687-10 bifallit en ansökan om överprövning av en upphandling avseende ramavtal för bemanningstjänster inom hälso- och sjukvården och förordnat att upphandlingen ska göras om.

Den upphandlande myndigheten överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Stockholm, som genom dom den 18 februari 2011 i mål 5913-10 avslog myndighetens överklagande med bl.a. följande motivering. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering av anbuderna sker enligt "lägsta pris". För respektive område anges att det anbud kommer att antas som där har sammantaget lägst utvärderingspris. Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren för varje område ska lämna anbud inom samtliga kategorier av arbetstider. Enligt ramavtalet ska avropande enhet för respektive område välja den leverantör som följer av rangordningen, men undantag från denna kan ske t.ex. om leverantören inte klarar av att för tillfället leverera det som efterfrågas och inte kan erhålla rätt resurs för uppdraget. Utformningen av förfrågningsunderlaget i de angivna avseendena har lett till att anbudsgivare kunnat bli placerade högt i rangordningen för olika områden utan att ha någon leveransskyldighet. För det fall avrop sker i en tidskategori för vilken leverantören lämnat ett mycket

lågt anbud har härigenom skapats möjlighet för leverantören att avböja leverans och i stället hänvisa till nästa företag i rangordningen. Principen om lägsta pris får därmed inte genomslag i det enskilda fallet. Förfrågningsunderlaget får med hänsyn härtill anses stå i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och inneburet att leverantör har lidit eller riskerar att lida skada.

Kammarrättens dom synes inte vara överklagad till Högsta förvaltningsdomstolen.

Utredningen i aktuellt mål

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Upphandlingen genomförs enligt reglerna för en förenklad upphandling enligt LOU. Upphandlande myndigheter avser att sluta ramavtal med tre eller flera bemanningsföretag och avröpsordning kommer att fastställas efter principen att bästa anbud avropas först. De anbud med lägst pris kommer att antas.

Timpris skulle lämnas i fem olika kategorier; vardag 06.00 – 19.00, vardag kväll 19.00 – 22.00, vardag natt 22.00 – 06.00, fredag 19.00 – måndag 06.00 samt storhelg.

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), 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

också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Bolaget anför dels att kommunerna brutit mot grundläggande principer vid upprättande av förfrågningsunderlaget, dels att kommunerna borde ha förkastat anbudet från två av anbudsgivarna eftersom priset är onormalt lågt.

Förvaltningsrätten prövar först frågan om förfrågningsunderlagets utformning strider mot grundläggande principer i LOU.

Det ramavtal som kommunerna avsett att teckna med leverantörerna synes inte vara ömsesidigt förpliktande för parterna. Kommunerna har under skriftväxlingen hos förvaltningsrätten uttalat att det ligger i sakens natur att antagna leverantörer i förekommande fall kan komma att avböja uppdrag. Någon leveransskyldighet kan således inte anses föreligga för tänkta leverantörer.

Förvisso är det så att omständigheterna i aktuellt mål, såsom kommunerna påpekat, skiljer sig i flera avseende från omständigheterna i ovan nämnda kammarrättsdom. Den principiella frågan, huruvida lägsta pris får genomslag i enskilda fall, är dock densamma.

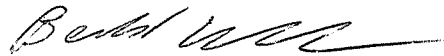
Leverantörer skulle i aktuell upphandling lämna timpris i fem olika kategorier. Det fanns möjlighet för leverantörer att lägga ett mycket lågt pris för en eller flera kategorier. Det innebär, i likhet med ovan nämnda kammarrättsdom, att leverantörer kunde bli placerade högt i rangordningen för olika områden utan att ha någon leveransskyldighet. För det fall avrop sker i en kategori i vilken en leverantör lagt ett lågt anbud skulle leverantören kunna avböja uppdraget. Det får till följd att i det enskilda fallet får principen om lägsta pris inte genomslag. Härav följer att förfrågningsunderla-

get är behäftat med sådana brister som avses i 16 kap. 5 § LOU. Detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada och därmed finns grund för åtgärd enligt LOU.

Eftersom bristerna är hänförliga till förfrågningsunderlaget är inte rättelse en tillräcklig åtgärd. Bolagets ansökan om överprövning ska därför bifallas på så sätt att den aktuella upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten har därmed inte anledning att ta ställning till frågan om kommunerna borde ha förkastat anbud som påstås vara orimligt låga.

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



Bertil Idarsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 uppgive 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 3109/1D LOU