



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA

DOM
2011-10-13
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
4935-11 E
Enhet 1

KONKURRENSVERKET	
2011-10-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Aktiebolaget Vårlyjus, 556485-4791
Box 601
169 26 Solna

Ombud: Advokaten Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. Sara-Li
Olovsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Håbo kommun
746 80 Bålsta

KLANDRAD UPPHANDLING

Håbo kommuns upphandling av platser i hem för vård eller boende (HVB)
till ensamkommande flyktingbarn, dnr. UH-11-1.

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökningsen.

Förvaltningsrätten avslår även Håbo kommuns yrkande om att utvärderingen ska göras om.

BAKGRUND

Håbo kommun (Kommunen) har genomfört en upphandling av platser i hem för vård eller boende (HVB) till ensamkommande flyktingbarn, dnr. UH-11-1. I beslut den 12 september 2011 tilldelades Aleris omsorg AB (Aleris) kontraktet då det bedömdes som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Aktiebolaget Vårlyjus (bolaget) placerade sig på tredje plats i utvärderingen.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bolagets yrkande om att upphandlingen ska göras om men vitsordar att utvärderingen inte har gjorts i enlighet med förfrågningsunderlaget. Kommunen yrkar därför att förvaltningsrätten ska förordna om att utvärderingen ska göras om.

GRUNDER

Bolaget anför bland annat följande

Kommunen har brutit mot likabehandlings- och transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att i upphandlingen tillämpa ett förfrågningsunderlag som varit så otydligt att det inte har kunnat utläsas vad anbudsgivarna skulle offerera avseende utvärderingskriteriet tilläggstjänst för att erhålla full poäng för kriteriet i fråga.

Om bolaget på förhand hade vetat vad kommunen avsåg att tillmäta betydelse vid anbudsutvärderingen, hade bolaget kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt och offererat tilläggstjänst helt i enlighet med kommunens önskemål. Bolaget har således, till följd av kommunens överträdelse av LOU, fått väsentligt försämrade möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingen och därmed lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada. Eftersom överträdelsen rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede är en

rättelse inte tillräcklig. Otydligheterna i upphandlingen, som bolaget har lidit skada av, kan endast repareras genom att en ny upphandling med tydliga förutsättningar genomförs. Därför ska förvaltningsrätten vid val av påföljd besluta att upphandlingen ska göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47).

Utvärderingskriteriet tilläggstjänst utgjorde tjugo procent av underlaget vid anbudsutvärderingen. Av vad som framgår av förfrågningsunderlaget ska kriteriet utvärderas på grundval av huruvida anbudsgivarna kan erbjuda möjlighet till garanterad jourkapacitet överstigande de sju obligatoriska platserna som enligt skall-kraven måste erbjudas. Av "Frågor och svar" i upphandlingen framgår att betalning för utnyttjad jourplats utgår med det i upphandlingen angivna fasta priset om 1 900 kr/dygn.

Bolaget har i sitt anbud lämnat en beskrivning avseende jourplatser på ett lämpligt ungdomsboende i enlighet med de krav som gått att utläsa av förfrågningsunderlaget och därvid angett följande. *"Vi har därmed kapacitet att, utöver de sju platserna som ingår i upphandlingen, vid behov tillhandahålla upp till fyra ytterligare platser."* Efter att kommunen frågat vad bolaget avsåg med formuleringen har bolaget förtydligat sitt anbud enligt följande. *"Vi kan givetvis garantera att hålla ledig kapacitet, men detta kräver ett abonnemangsavtal på de platser ni önskar ha. Om ni överväger att träffa ett sådant avtal kan vi hålla platserna öppna för er räkning i väntan på beslut. Om ni endast vill ha möjlighet att avropa vid eventuella efterfrågetoppar kan ni köpa styckpris i mån av ledig kapacitet."*

Av tilldelningsbeslutet framgår att bolaget tilldelats noll poäng för kriteriet tilläggstjänst med följande motivering: *"Utvärderingsmodellen anger att anbudsgivare som uppfyller skall-kraven ska få två poäng på tilläggstjänster (dvs. 60 % enligt förfrågningsunderlaget) om en eller flera jourplatser garanteras utan extra kostnad."*

Det har inte någonstans i förfrågningsunderlaget eller i ”Frågor och svar” framgått att själva möjligheten att garantera jourplats för kommunen ska ske utan extra kostnad. Tvärtom antyds i kommunens svar på fråga inkommen den 5 juni 2011 kl. 14.07 att betalning kommer att utgå för åtminstone en jourplats utöver de sju platserna, oavsett om denna är belagd eller inte. Det har således varit helt oförutsebart för anbudsgivarna att garanterad jourplats skulle erbjudas utan kostnad för att poäng avseende utvärderingskriteriet tilläggstjänst skulle erhållas.

Vidare är det först i tilldelningsbeslutet det står klart att samma poäng för utvärderingskriteriet tilläggstjänst skulle komma att tilldelas den anbudsgivare som erbjuder en jourplats som den som erbjuder fyra jourplatser. Det hade varit av stort värde för bolaget att ha den vetskapen i samband med anbudsupprättande eftersom bolaget då också kunde ha hållit en garanterad jourplats (utan kostnad) och några ytterligare jourplatser med förtur för kommunen. Att garantera en plats utan kostnad jämfört med fyra platser utan kostnad är en väsentlig skillnad i risktagande och kostnad för anbudsgivarna. Bolaget har i övriga delar tilldelats de högsta poängen och hade således, om kriteriet tilläggstjänst inte hade funnits med eller bedömts lika för bolaget och övriga anbudsgivare, vunnit upphandlingen.

Kommunen anför bland annat följande

Kommunen vitsordar att utvärderingen inte har gjorts i enlighet med förfrågningsunderlaget. Den uppfattning som bolaget hade när anbud lämnades, om att fler garanterade jourplatser skulle värderas högre än endast en, är korrekt. Kommunen har dock i utvärderingsskedet gjort misstaget att tilldela högsta betyg för samtliga anbudsgivare som garanterat minst en kostnadsfri jourplats, oavsett hur många jourplatser som erbjudits. Utvärderingen ska göras om på så vis att anbudsgivare tilldelas olika poäng beroende på hur många extra jourplatser som har garanterats.

Kommunens förfrågningsunderlag, inklusive ”Frågor och svar” har varit transparent, och alla potentiella anbudsgivare har behandlats lika i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Bolaget har uppfattat förfrågningsunderlaget korrekt och har därför inte lidit skada med anledning av den information som bolaget tagit del av genom förfrågningsunderlaget och ”Frågor och svar” innan anbudsgivningen.

Kommunen har med utvärderingskriteriet tilläggstjänst haft för avsikt att få in så många garanterade jourplatser som möjligt, vilket varit tydligt för den som vill lämna anbud. I ”Frågor och svar” har kommunen förtydligat att ersättning inte kommer att utgå för obelagda extra jourplatser.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas 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.

I 16 kap. 5 § LOU anges 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Ur handlingarna i målet

I förfrågningsunderlaget, på s. 5, anges utvärderingskriteriet ”Tilläggstjänster” enligt följande.

Anbudsgivare med möjlighet att utöver de sju efterfrågade platserna, vid behov, även erbjuda fler platser på HVB-hemmet (för kvardröjande flyktingbarn med behov av längre period dygnet-runt-vård) redovisar sin kapacitet. Samma ersättning utgår för nyttjande av sådana platser som ersättning för övriga avtalade platser. Möjlighet till garanterad jourkapacitet överstigande sju platser viktläggs i utvärderingen.

”Frågor och svar” i upphandlingen finns bland andra följande frågor och svar:

Fråga 2011-07-05 kl. 10:07: Om man kan erbjuda fler än 8 platser, säg t.ex. 10- får man få betalt för dessa?

Svar: De enda platser man garanteras ersättning för är de 7 som ingår i avtalet. Har leverantören möjlighet att erbjuda ytterligare platser så kommer man enbart få ersättning för dessa platser när/om de är belagda – och då samma summa som för övriga belagda dvs 1 900 kr/dygn. Ingen ersättning kommer alltså att utgå för obelagd jourplats, och det finns inte heller några garantier för utnyttjande av jourplatser. Men om socialtjänsten får behov av att låta en ungdom på kvar längre på HVB-hemmet, trots att alla PUT-platser är fyllda och fler asylsökande aviseras från migrationsverket, värdesätts det alltså i utvärderingen (”tilläggstjänster” 20 %) att leverantören kan erbjuda en utökad kapacitet under en period.

Fråga 2011-07-06 kl. 14:07: Om man kan erbjuda fler än 8 platser, säg t.ex. 10- får man få betalt för dessa?

Svar: Förfrågan gäller utförandet av dygnetruntvård i HVB-hem med tre asylplatser, fyra platser för barn med permanent uppehållstillstånd (PUT) samt en jourplats (1). Totalt sett behövs beredskap för minst sju platser. Samma ersättning utgår för nyttjande av sådana platser som ersättning för övriga platser. Möjlighet till garanterad jourkapacitet utöver sju platser viktläggs i utvärderingen, men ersättningen utgår endast om kommunen har avropat platsen i fråga, och då bara under den tidsrymd som den specifika förfrågan avser.

Fråga 2011-07-06 kl. 14:07: Är det rätt uppfattat att man max kan få betalt för sju obelagda platser?

Svar: Nej, man kan få betalt för 7 x 1 900 kr (belagd plats) + för den jourplats man angivit i sitt anbudssvar.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har tilldelats noll poäng för utvärderingskriteriet tilläggstjänst, då bolaget inte ansetts uppfylla kravet genom att erbjuda att en eller flera jourplatser garanteras utan extra kostnad. Till stöd för sin ansökan om överprövning har bolaget för det första anfört att det inte framgick av förfragningsunderlaget samt ”Frågor och svar” att garanterandet av jourplats skulle ske utan extra kostnad. För det andra har bolaget anfört att det inte

heller av samma underlag framgick att samma poäng för det aktuella utvärderingskriteriet skulle tilldelas den som garanterade en plats som den som garanterade fler platser.

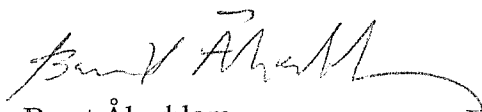
Handlingarna utvisar att bolaget tilldelades noll poäng på grund av att det inte erbjöd någon garanterad jourplats alls utan extra kostnad. Inledningsvis ska därför denna del av utvärderingskriteriet prövas av förvaltningsrätten.

Förvaltningsrätten finner att det av utvärderingskriteriet framgår att ersättning ska utgå för *nyttjande* av jourplatserna. Med nyttjande förstås rimligtvis att platserna är belagda. Vidare framgår av utvärderingskriteriet att möjlighet till *garanterad jourkapacitet* vikt läggs i utvärderingen. Med garanterad jourkapacitet bör förstås kapacitet som alltid finns tillgänglig om behov skulle uppstå.

I ”Frågor och svar” har kommunen i de två förstnämnda av de ovan redovisade svaren med all tydlighet klargjort att ingen ersättning utgår för obelagd jourplats. Den enda uppgift i materialet som skulle kunna leda till en annan uppfattning är svaret på den sistnämnda av de redovisade frågorna. Frågan, och som en följd därav även svaret, är tvetydigt formulerade och kan läsas både som fråga/svar på vad som är den maximala ersättningen som en leverantör de facto kan erhålla och vad som är den maximala ersättningen som en leverantör kan erhålla för *endast obelagda* vårdplatser. Förvaltningsrätten finner emellertid att den senare tolkningen, som bolaget gjort, mot bakgrund av förfrågningsunderlaget och de övriga frågorna och svaren, inte framgår med sådan tydlighet att den rimligen kan förleda en normalt aktsam anbudsgivare att tro att ersättning avsågs utgå även för obelagda jourplatser. Någon otydlighet i detta avseende har således inte förelegat. Kommunen har därför inte, genom att tilldela bolaget noll poäng för det aktuella utvärderingskriteriet, brutit mot LOU.

Vid angiven bedömning finner förvaltningsrätten vidare att bolaget inte kan ha riskerat att lida skada av kommunens vitsordat felaktiga utvärdering gällande poängtilldelning för de bolag som faktiskt erbjöd garanterad jourkapacitet utan extra kostnad. Förvaltningsrätten saknar därför enligt 16 kap 5 § LOU möjlighet att, med anledning av detta, förordna om någon åtgärd i upphandlingen. Av detta följer även att det saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva själva tilldelningen av poäng för de bolag som anses uppfylla det aktuella utvärderingskriteriet. Överklagandet ska således avslås. Även kommunens yrkande om att förvaltningsrätten ska förordna om att utvärderingen ska göras om ska, av de anledningar som framgår ovan, avslås.

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



Bernt Åkerblom
rådman

Målet har föredragits av Erik Edström



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

