

LÄNSRÄTTEN I
ÖSTERGÖTLANDS LÄN

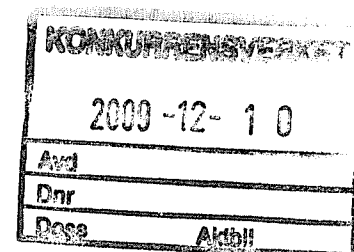
DOM
2009 -12- 09
Meddelad i
Linköping

Mål nr
3135-09
Rotel 8

SÖKANDE

Carema Orkidén AB, 556470-1901
Box 1565
171 29 Solna

Ombud: Chefsjurist Catharina Piper
c/o Carema Vård och Omsorg AB
Box 1565, Vretenvägen 13
171 29 Solna



MOTPART

Linköpings kommun
581 81 Linköping

Ombud: Kommunjurist Jenny Björkholm
Linköpings kommun
Juridikgruppen
581 81 Linköping

SAKEN

Offentlig upphandling

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår framställningen.

Länsrättens beslut den 2 oktober 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 87278

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 10 00
E-post: lansratteniostergotland@dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00 - 12:00
13:00 - 15:00

YRKANDE M.M.

Linköpings kommun (kommunen) genomför en upphandling av ramavtal gällande verksamhet i bostäder med särskild service för personer med psykisk funktionsnedsättning vid Fogdegatan i Skäggetorp samt Kanberget, dnr On 2009-70. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). – Kommunen har i tilldelningsbeslut den 23 september 2009 antagit annan leverantör än Carema Orkidén AB (bolaget).

Länsrätten har den 2 oktober 2009 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas och att beslutet härom ska gälla till dess att annat förordnas i målet.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande. Det framgår inte av bilagan till tilldelningsbeslutet vilka olika delar som bolaget respektive den leverantör som antagits, Leanlink, har fått poäng för då det saknas både rubrik och förklaring till de fem poängsatta raderna. Det går därför inte att utläsa varför bolaget fått 5 poäng på en rad och 6 poäng på en annan då det inte framgår vad som poängsatts. Det går således inte att utläsa hur kommunen gjort sin utvärdering. Det går inte att utläsa varför samtliga anbudsgivare fått 27 poäng i den första delen av utvärderingen. Det förefaller dock inte troligt att kommunen gjort en grundlig och rättvis bedömning när man kommit fram till att samtliga fyra anbud avseende båda objekten var likvärdiga i fråga om de högst rangordnade utvärderingskriterierna. Kommunens redovisning av skälen till sin slutsats är bristfällig. Utvärderingen står i uppenbar strid med likabehandlingsprincipen, transparansprincipen och de gemensamskapsrättsliga principerna i LOU. Av förfrågningsunderlaget s. 19 avsnitt Utvecklingsplan samt Frågor och svar den 13 augusti 2009 fråga 1 framgår att leverantörernas utvecklingsplaner får vara högst en A4-sida och

att detta är ett skall-krav. I Leanlinks anbud bilaga 6 redovisas Leanlinks utvecklingsplan. Denna skiljer sig inte nämnvärt från övriga leverantörers förutom att Leanlink i sista stycket i sin utvecklingsplan hänvisar till en bilaga 7, som är en 27 sidor lång beskrivning av vad som framgår av Leanlinks utvecklingsplan i bilaga 6. I tilldelningsbeslutet anges avseende Leanlinks anbud bl.a. att det är en bra beskrivning av hur den evidensbaserade kunskapen ska tas tillvara och implementeras. Leanlink har i bilaga 6 nästan inte nämnt något om evidensbaserad kunskap utan hänvisat till bilaga 7 där det utförligt anges om evidensbaserad kunskap. Det är således uppenbart att kommunen i sin utvärdering av utvecklingsplanerna tagit hänsyn till både bilaga 6 och 7. Leanlink har genom att hänvisa till en bilaga 7 i sin utvecklingsplan handlat i strid med skall-kravet att utvecklingsplanen ska vara högst en A4-sida. Kommunen har i sin tur tagit hänsyn till informationen från Leanlink som inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Om bolaget hade känt till möjligheten att hänvisa till ytterligare bilagor i utvecklingsplanen hade det påverkat de av bolaget i anbuden offererade utvecklingsplanerna. Detta hade medfört att bolaget hade kunnat offerera betydligt mer utförliga utvecklingsplaner. Kommunen har i en annan närmast identisk upphandling med närmast identiska kriterier som den aktuella, angett att två leverantörer som inte uppfyllde kriteriet på en utvecklingsplan på en A4-sida fick 0 poäng. Förvisso rör detta en annan upphandling men det visar på kommunens inställning och inkonsekvens i fråga om synen på en A4-sida i upphandlingar. Leanlink vann även denna andra upphandling. Av Leanlinks anbud framgår att Leanlink fyllt i samtliga rutor avseende samtliga utvärderingskriterier. Leanlink har således lämnat ett orent anbud och borde därmed inte ha beaktats i upphandlingen. Eftersom bolaget inte kunnat utläsa varför det fått de poäng som det fått har bolaget inte haft kännedom om huruvida det ska tillerkännas ytterligare poäng i upphandlingen. Det kan dock finnas en möjlighet att bolaget ska tilldelas ytterligare poäng. Efter en sådan korrigeringspoäng kan bolaget uppnå viktade poäng så att det framgår att bolagets anbud är det ekonomiskt mest fördel-

aktiga och att bolaget därför ska tilldelas kontraktet. Inför en upphandling gör varje normalt omsorgsfull leverantör en affärsmässig bedömning av om anbud ska lämnas eller inte. Om man inte kan uppnå maximal poäng i en utvärdering kan leverantören inte vara säker på att ha en reell chans att vinna upphandlingen. En omsorgsfull leverantör lämnar därför inte anbud i upphandlingar där man inte har en reell chans att vinna eftersom det är både tidskrävande och kostsamt att sammanställa anbud. I den aktuella upphandlingen kan leverantörerna, genom att fylla i rutorna avseende de åtta utvärderingskriterierna, utläsa vad som krävs för att få maximal respektive minimal poäng. Av tilldelningsbeslutet framgår att samtliga leverantörer/utförare fyllt i de rutor som krävs för att få maximal poäng. Avseende utformningen av de åtta utvärderingskriterierna i upphandlingen är dessa att likna vid krav som bör uppfyllas, s.k. bör-krav. Om utvärderingskriterierna är att uppfatta som bör-krav innebär detta att det enda reella utvärderingskriteriet som använts i utvärderingen var kriteriet avseende utvecklingsplan. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att tilldelning ska ske enligt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Med anledning av den utvärderingsmodell som valts och vad som framkommit har kommunen endast haft ett reellt utvärderingskriterium. Om det enda utvärderingskriteriet hade varit pris och tilldelningen hade avsett lägsta pris hade det varit tillräckligt att endast använda detta kriterium vid utvärderingen. Pris är dessutom både mätbart och tydligt. När tilldelningen däremot ska baseras på det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och det endast finns ett reellt utvärderingskriterium som inte är mätbart står detta i strid med LOU. Det är inte tydligt hur bedömningen av utvecklingsplanerna gjorts. Kommunen har inte fullt ut redovisat vilka uppgifter i utvecklingsplanerna som skulle tillmätas väsentlig betydelse vid utvärderingen. Kommunen borde ha utformat tilldelningsbeslutet tydligare avseende bedömningen av utvecklingsplanerna. Kommunen hade dessutom redan i förfrågningsunderlaget kunnat ange bedömning och poängsättning där det framgått vad som krävdes av leverantörerna för att få maximal poäng för

utvecklingsplanen. Det går överhuvudtaget inte att utläsa av förfrågningsunderlaget vad som skulle uppfyllas för att uppnå maximal poäng avseende utvecklingsplanen. Kommunen har haft full valfrihet att bedöma utvecklingsplanerna, vilket inte är tillåtet. Det ska särskilt uppmärksammas att ingen av kommunens tjänstemän bedömde övriga leverantörers utvecklingsplaner som bättre än det egna bolagets, vilket är märkligt. – Bolaget åberopar förfrågningsunderlag, utdrag ur bolagets anbud, utdrag ur Leanlinks anbud, kommunens tilldelningsbeslut den 23 september 2009, frågor och svar avseende förfrågningsunderlag samt utdrag ur tilldelningsbeslut den 7 oktober 2009.

Kommunen motsätter sig bolagets talan samt yrkar att länsrättens beslut den 2 oktober 2009 om att upphandlingen inte får avslutas ska upphävas, eller att det företas rättelse på så sätt utvärderingen av utvecklingsplanerna görs om. Kommunen anför bl.a. följande. Kommunen har inte beaktat den bilaga som Leanlink hänvisat till i sin utvecklingsplan vid bedömningen av utvecklingsplanerna och inte heller någon av de fem tjänstemännen som genomförde bedömningen har beaktat bilagan. Leanlink har skrivit en utvecklingsplan på en A4-sida. Att Leanlink däri hänvisar till en bilaga, som inte har beaktats vid utvärderingen, är inte att jämföra med den av bolaget åberopade andra upphandlingen där själva utvecklingsplanerna var längre än en A4-sida. Leanlink har inte lämnat ett orent anbud. Att Leanlink kryssat i samtliga ja-rutor på utvärderingsområdena innebär inte att det är fråga om ett orent anbud utan utgör en uppenbar felskrivning. Leanlink har fyllt i samtliga ja-rutor, inga nej-rutor och har dessutom angett rätt poäng per utvärderingsområde. Leanlinks anbud kan inte missuppfattas eftersom för exempelvis semesterresa är kravet på 1 – 2 dagars semesterresa/utflykt/år uppfyllt om kravet på 3 – 5 dagars semesterresa/utflykt/år är uppfyllt. 1 – 2 dagars semesterresa/utflykt/år inryms i 3 – 5 dagars semesterresa/utflykt/år. Det finns inget utrymme för kommunen att missförstå Leanlinks anbud. Kommunen har inte frångått kraven i förfrågningsunder-

laget. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt hur utvärderingen av anbuderna skulle komma att genomföras. Kommunen har utvärderat anbuderna i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Kommunens utvärderingskriterier (utvärderingsområdet) är mycket tydliga. Samtliga anbudsgivare uppfyllde helt de utvärderingskriterier som ställts, varför samtliga fick högsta poäng på samtliga utvärderingskriterier. Poängsättningen av de olika utvärderingskriterierna är klart angivna i förfrågningsunderlaget och tydligt redovisade i anbudssammanställningen. Anbudsgivarna har därmed möjlighet att se vilka poäng som fåtts. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvecklingsplanerna ska omfatta högst en A4-sida (Times New Roman 12). Utvecklingsplanerna ska redovisas med inriktning på fyra områden, nämligen de boendes deltagande i samhället, de boendes hälsa och välbefinnande, hur man planerar att utveckla personalens kompetens samt hur man planerar att utveckla verksamheten med stöd av evidensbaserad kunskap (med evidensbaserad kunskap avses bästa vetenskapliga kunskap, de boendes erfarenheter och önskemål samt personalens erfarenheter). Poängsättningen har skett utifrån en sammanvägd bedömning av anbudsgivarnas beskrivningar av de fyra områdena. Utvecklingsplanerna har i enlighet med förfrågningsunderlaget poängsatts med 0 – 6 poäng. Poängsättning av utvecklingsplaner används enbart om anbudsvärderingen av övriga utvärderingskriterier resulterat i att flera anbudsgivare har ”högst” poäng. Detta förfarande vid lika utvärderingspoäng är att föredra framför exempelvis lottning för att utse ett vinnande anbud. Fem tjänstemän från kommunens omsorgskontor har var för sig, utan samråd, poängsatt utvecklingsplanerna. Poängsättningen har skett utifrån en sammanvägd bedömning av utförarnas beskrivningar av de fyra efterfrågade områdena. De berörda tjänstemännen har samtliga stor erfarenhet av att läsa och bedöma utvecklingsplaner och de har genomfört poängsättningen var för sig. I anbudssammanställningen redovisas varje tjänstemans poängsättning per anbudsgivare. Tjänstemännens poängsättning var samstämmig och Leanlinks poäng klart högre än övriga anbudsgivares. I tilldelningsbeslutet re-

dovisas att fem tjänstemän, var och en för sig, satt poäng på respektive utvecklingsplan. Kommunen antog därför att anbudsgivarna förstod att de fem raderna redovisade respektive tjänstemans bedömning (dock utan att ange vilken tjänsteman som satt poäng). Tilldelningsbeslutet hade kunnat utformas tydligare i denna del men det saknar betydelse för utgången. Det har inte heller påverkat anbudsgivarnas möjlighet att lämna anbud eller att vinna upphandlingen, eftersom kommunen redan i förfrågningsunderlaget angett vad i utvecklingsplanen som skulle tillmätas betydelse. Kommunen har gjort en sammanvägd bedömning av varje utvecklingsplan och tydligt redovisat motiven till varför Leanlink fått högst poäng. Denna motivering ger även information, om än indirekt, om varför övriga anbudslämnarens utvecklingsplaner bedömdes ge lägre poäng. Det kan inte krävas att kommunen i varje tilldelningsbeslut i detalj redovisar hur varje person, som medverkat i utvärderingen, poängsatt varje område. Det är den sammanvägda bedömningen som är avgörande för tilldelningsbeslutet. Av förfrågningsunderlaget framgår inom vilka områden utvecklingsplanerna kommer att utvärderas samt hur många poäng varje utförare maximalt kan få. Även om varje tjänstemans poäng per utvecklingsområde hade redovisats separat skulle detta inte förändra den sammanvägda bedömningen. Det är inte möjligt att göra bedömningen och poängsättningen av utvärderingsplanerna lika förutsebar som övrig utvärdering eftersom dessa i högre grad bygger på bedömning och värdering av inlämnade skriftliga planer. Av förfrågningsunderlaget framgår inom vilka områden utvecklingsplanen kommer att värderas samt att man kan få 0 – 6 poäng. LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag eller en utvärderingsmodell ska vara utformad. För det fall kommunen skulle ha brustit i utvärderingen har bristerna inte varit av sådan art eller omfattning att kraven i LOU åsidosatts. Kommunen vill genom att själv fastställa pris och utvärdering tydliggöra kvalitetskraven och låta dessa vara avgörande för tilldelningen av driftsansvar vid entreprenadupphandling. Det finns vare sig någon lagregel eller praxis som säger att ett utvärderingskriterium inte ska utgöra ett så-

dant på grund av att det uppfylls av maximalt samtliga anbudsgivare i en upphandling. Det är snarare regel än undantag att ett utvärderingskriterium, vanligtvis priset, får totalt genomslag i utvärderingen i en upphandling där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Det finns inget förbud mot detta. Det saknas skäl för kommunen att anta att alla anbudsgivare alltid lägger sig på det maximala värdet på varje utvärderingskriterium. En anbudsgivare måste under avtalstiden utföra/uppfylla de utvärderingskriterier denne åtar sig i anbudet samt samtliga skall-krav, till den av kommunen fastställda ersättningen. Att samtliga anbudsgivare skulle uppfylla samtliga kriterier var inte självklart. När detta likväl inträffade var dock kommunen tvungen att utse ett vinnande anbud, vilket skedde genom utvärdering av utvecklingsplanerna. – Kommunen åberopar förfrågningsunderlag samt handlingar från Omsorgsnämnden i Linköpings kommun.

SKÄLEN FÖR LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

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 ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

All upphandling enligt LOU ska göras affärsmässigt och med utnyttjande av tillgänglig konkurrens. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas objektivt. För att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som

finns och för att det ska ske på lika villkor, krävs ett klart och tydligt förutsebart förfrågningsunderlag. I förfrågningsunderlaget ställda skall-krav måste samtliga uppfyllas under kvalificeringsfasen. I en upphandling förekommer alltid, vilket är ofrånkomligt, ett visst mått av bedömningar och värderingar. De krav som ställs på utvärderingen är att denna sker inom ramen för förfrågningsunderlaget och utvärderingskriterierna samt att principerna om likabehandling, förutsägbarhet och transparens inte träds för när. För att ett upphandlingsförfarande skall anses strida mot dessa principer ställs relativt höga krav (jfr RÅ 2002 ref. 50). Sådana höga krav måste även gälla under kvalificeringsfasen.

Av förfrågningsunderlaget avsnitt Utvecklingsplan framgår följande. Utföraren skall redovisa en utvecklingsplan för verksamheten inriktning på följande områden;

- de boendes deltagande i samhället,
- de boendes hälsa och välbefinnande samt
- hur personalens kompetens planeras att utvecklas.
- hur verksamheten avses att utvecklas med stöd av evidensbaserad kunskap (med evidensbaserad kunskap menar vi bästa vetenskapliga kunskap, den boendes erfarenheter och önskemål samt personalens erfarenheter).

Utvecklingsplanen skall sammantaget omfatta högst en A4 sida text (Times New Roman, 12)

Utvecklingsplanen kommer att poängsättas av omsorgskontoret.

Poäng kan erhållas mellan 0 – 6.

Dessa poäng kommer enbart att läggas till anbudsgivarnas tidigare erhållna poäng om flera anbud har lika högst poäng.

Poängsättningen avser enbart anbudslämnare med lika högst poäng.

Av Frågor och svar avseende förfrågningsunderlaget ”Bostäder med Särskild service Fogdegatan och Kanberget” den 13 augusti 2009 framgår bl.a. följande.

Fråga 1

Vi har en fråga angående besvarandet av Utvecklingsplan för verksamheten och som ska poängsättas.

Det är viktiga frågor som vi anser är svåra att besvara på enbart en A4-sida och undrar därför om det gör något om den blir något större?

Svar

Svar på dessa frågor skall göras på en A4 sida enligt förfrågningsunderlaget som är fastställt av omsorgsnämnden.

Av förfrågningsunderlaget 1.25 Utvärdering framgår bl.a. följande.

Totalt kan maximalt 27 poäng erhållas för de olika utvärderingskriterierna.

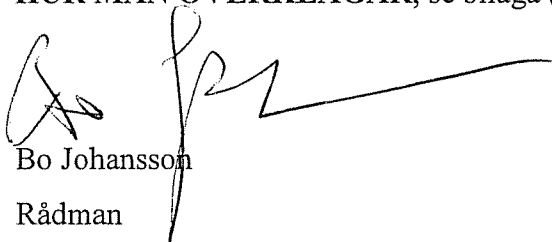
Den som sammantaget får högst poäng erhåller uppdraget. Vid lika ”högst” poäng erhåller den utförare uppdraget/avtalet som erhållit högst poäng inom områdena kompetens och erfarenhet. Om det även därefter finns utförare med lika ”högst” poäng kommer dessa utförares inlämnade utvecklingsplaner att poängsättas med 0 – 6 poäng.

Länsrätten gör följande bedömning.

Av utredningen i målet framgår att kommunen angett att utföraren ska redovisa en utvecklingsplan för verksamheten med inriktning på fyra angivna områden samt att utvecklingsplanen sammantaget ska omfatta högst en A4-sida text. Bolaget har anfört att Leanlink har genom att hänvisa till en bilaga 7 i sin utvecklingsplan handlat i strid med skall-kravet att utveck-

lingsplanen ska vara högst en A4-sida. Bolaget har vidare anfört om det hade känt till möjligheten att hänvisa till ytterligare bilagor i utvecklingsplanen hade det påverkat de av bolaget i anbudet offererade utvecklingsplanerna. Kommunen har invänt att den inte beaktat den bilaga som Leanlink hänvisat till i sin utvecklingsplan vid bedömningen av utvecklingsplanerna. Länsrätten finner inte anledning att ifrågasätta denna uppgift. Med hänsyn härtill har upphandlingens genomförande i detta avseende inte stridit mot LOU eller gemenskapsrättsliga principer. Vidare har anförts att Leanlink genom att fylla i samtliga rutor avseende samtliga utvärderingskriterier lämnat ett anbud som inte är utformat i enlighet med förfrågningsunderlagets krav. I Leanlinks anbud anges att Leanlink erbjuder ytterligare 1 – 2 dagar semesterresa/utflykt per år samt att man även erbjuder ytterligare 3 – 5 dagar semesterresa/utflykt per år. Länsrätten instämmer i kommunens bedömning att detta får anses utgöra en uppenbar felskrivning. Att Leanlink angett att man erbjuder 3 – 5 dagar semesterresa/utflykt per år får anses innefatta att man erbjuder 1 – 2 dagar semesterresa/utflykt per år. Uppgifterna kan således inte anses innebära att Leanlink lämnat ett anbud som strider mot förfrågningsunderlaget. Vad bolaget i övrigt anfört innebär inte att upphandlingen i något särskilt hänseende eller vid en sammantagen bedömning strider mot LOU eller gemenskapsrättsliga principer. Det saknas grund för att rätta eller göra om upphandlingen. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Bo Johansson
Rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarien Andreas Lindholm.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 skall 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 var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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