



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-07-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11560-12
Enhet 13

SÖKANDE

Ghion Systerjouren AB, 556600-7745
Rödbosundsvägen 9
184 60 Åkersberga

MOTPART

Sollentuna kommun
191 86 Sollentuna

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012 -07- 2 3	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Ghion Systerjouren AB:s ansökan och förordnar att upphandlingarna ska rättas på så sätt att Ghion Systerjouren AB:s anbud utvärderas.

Dok.Id 257545

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Sollentuna kommun (Kommunen) genomför en upphandling av bemaningsjänster för vård och omsorg, dnr 2012/17 ink 884. I tilldelningsbeslut den 22 maj 2012 meddelade Kommunen att anbud från andra anbudsgivare än Ghion Systerjouren AB skulle antas. I upphandlingsprotokollet angav Kommunen att Ghion Systerjouren AB inte kvalificerades då bolaget inte uppfyllt kravet på referent för personlig assistent.

YRKANDEN M.M.

Ghion Systerjouren AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse gjorts, på så sätt att Bolagets anbud ska beaktas vid utvärderingen.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande. I Tendsign används så kallade strukturerade dokument, vilka efter komplettering av leverantörerna inlämnas elektroniskt i systemet. Ett antal symboler används för att illustrera vilket krav som ställs på anbudet under respektive rubrik. Vissa symboler kan anses innehålla skall-krav medan annan symbol anger att rubriken innehåller utvärderingskriterier vilka kommer att viktas vid en utvärdering.

I avsnitt 1.3.1. i förfrågningsunderlaget anges att utvärdering kommer att ske i två steg. Först en kvalificeringsfas där anbudsgivaren måste godkännas för att Kommunen i ett senare skede ska kunna pröva anbudet i steg

två. Därefter följer ett antal underrubriker, som alla försetts med en symbol som visar att kraven under respektive rubrik är skall-krav.

I avsnitt 1.4 i förfrågningsunderlaget anges att utvärderingsgruppen kommer att bedöma de kvalificerade anbudena utifrån de mervärden som återfinns under rubrik "Utvärderingskriterier/mervärden". Dessa återfinns under avsnitt 3.3 och där återfinns inte någon symbol för skall-krav, utan endast symbol att det innehåller utvärderingskriterier, vilka kommer att vägas vid en utvärdering. I avsnitt 3.3.1.5 uppges att Kommunen om det blir aktuellt, rimligen i utvärderingsfasen, kommer att intervjua tre referenter.

Om Kommunen menat att referenser var skall-krav, hade det varit ändamålsenligt, rent av ett krav enligt LOU, att man gjort detta tydligt genom att använda den symbol som finns för att beskriva skall-krav. Att man efterfrågar referenser för ett antal personalkategorier, där det anges att dessa referenser kan ge mervärde, har av Bolaget tolkats som att referenserna ska vara exemplifierande, eller om man så vill stickprov, på de tjänster som anbudsgivarna kan tillhandahålla inom det i upphandlingen aktuella tjänstområdet. Stöd för denna tolkning finns även i det faktum att den tredje tjänstekategori för vilken referent kunde anges var valfri.

EU-domstolen har fastställt att det vid offentlig upphandling inte är tillåtet att sammanblanda urvals- och tilldelningskriterier. Bolagets anbud har enligt tilldelningsbeslutet inte kvalificerats, då man inte uppfyller kravet på referent för personlig assistent. Eftersom kravet på referent för personlig assistent var ett utvärderingskriterium, och inte ett kvalificeringskriterium, har Kommunen felaktigt uteslutit Bolagets anbud. Bolaget har därmed lidit eller riskerat att lida skada.

Kommunen anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. Kommunen har haft ett behov av att bland annat hyra in personliga assistenter, vilket är det område där Bolaget inte ansetts kvalificerat. Kommunen har bitt företaget att beskriva sin kapacitet för detta uppdrag och av Bolagets redovisning framkommer det inte att företaget för närvarande har personliga assistenter anställda.

Ett antal skall-krav har ställts för att säkerställa att leverantören ska ha kompetens och erfarenhet för uthyrning av personliga assistenter. Avsnitten 3.2.3, 3.2.7 och 3.4.4 är exempel på skall-krav direkt kopplade till inhyrning av personliga assistenter. Dessa skall-krav har av Bolaget besvarats med "ja", men detta motsägs av att Bolaget inte har kunnat ange en enda referens för personliga assistenter. I avsnitt 3.3.1.5 anges att Kommunen kommer, om aktuellt, att intervjua tre referenter för att säkerställa att anbudsgivaren och dess personal utfört tre uppdrag på ett tillfredsställande sätt. Uppdragen ska ha genomförts av företaget under den senaste treårsperioden och referenten ska ha anlitat företaget mer än en gång.

Enligt Bolaget har avsaknaden av en symbol gett Bolaget anledning att anta att referenstagningen inte innehöll inslag av skall-krav trots att ordet "ska" uttryckligen fanns med i kravet på personlig assistent. Kommunen anser att skrivna skall-krav bör gå före symboler i ett upphandlingssystem. Att symbolen inte visades i denna rubrik är i första hand en systemteknisk fråga och borde inte påverka utgången i upphandlingen.

Utvärderingen av referenserna skedde genom att Kommunen frågade referenterna om anbudsgivaren hyrt ut aktuell yrkesgrupp och om det i så fall har skett mer än en gång de senaste tre åren. Om svaret var ja på dessa frågor ansågs företaget som kvalificerat. Därefter ställdes utvärderingsfrågorna och en poängsättning genomfördes. Detta skedde alltså vid samma samtal, men efter kvalificeringen. Kommunen har således inte samman-

blandat kvalificeringen och utvärderingen även om samtalet har skett vid samma tillfälle. Förfarandet är både praktiskt och rationellt för både kommunen och referenterna.

Kommunen ringde till angiven referent för de personliga assistenterna och fick till svar att referenten bara anlitat Bolaget en gång för en brukare och att det då gällde ledsagarservice. Referenten kunde alltså inte bekräfta skall-kravet om inhyrning av en personlig assistent och inte heller att inhyrningen skett mer än en gång. Det fanns således brister i båda skallkravsdelarna. Eftersom kommunen genom referenstagningen anser sig ha säkerställt att Bolaget inte uppfyllde alla skall-krav kunde inte Bolaget kvalificeras.

Även om förfrågningsunderlaget i denna del uppvisar vissa brister i utformningen, kan bristerna enligt Kommunens mening inte anses vara sådana att LOU eller principerna om förutsägbarhet, transparens eller likabehandling trätts för när på ett sådant sätt att ett ingripande med stöd av LOU vore motiverat.

Kommunen önskar påminna om leverantörers möjlighet att ställa frågor under annonseringstiden. Det har inte inkommit någon fråga från Bolaget om aktuella brister gällande texttydligheter i förfrågningsunderlaget och att så inte har skett bör enligt rättspraxis vara till nackdel för leverantören. Detta då man inte begränsat sin egen skada.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. 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. 6 § LOU anges 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 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.

Utredningen i målet

I avsnitt 3.2.3 i förfrågningsunderlaget ”*Krav på leveranskapacitet, kvalitet och erfarenhet*” anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren ska ha kontinuerlig tillgång på personer i den/de personalkategorier som anbudet avser.

Den personal som operativt ska förmedla bemanningsuppdragen ska ha tillräckliga kunskaper om vilken kompetens som erfordras för uppdragen.

I avsnitt 3.3.1.5 i förfrågningsunderlaget ”*Referenser liknande uppdrag, möjlighet till mervärde*” anges bl.a. följande.

Kommunen kommer, om aktuellt, att intervjua tre referenter för att säkerställa att företaget och dess personal utfört tre uppdrag på ett tillfredsställande sätt. Nedan framgår också vilken typ av uppdrag som vi vill att referenten ska redogöra för.

Uppdragen ska ha genomförts av företaget under den senaste treårsperioden, referenten ska ha anlitat företaget mer än en gång.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principer som återfinns i 1 kap. 9 § samt övriga bestämmelser i LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens

beslut. Den upphandlande myndigheten har vidare, inom ramarna för de grundläggande principerna, en mycket stor frihet att utforma sitt förfrågningsunderlag.

Av upphandlingsprotokollet framgår att Kommunen har uteslutit Bolagets anbud från utvärdering på den grunden att bolaget inte uppfyllt inte uppfyllt kravet på referent för personlig assistent.

Bolaget har bl.a. anfört att eftersom kravet på referent för personlig assistent var ett utvärderingskriterium, och inte ett kvalificeringskriterium, har Kommunen felaktigt uteslutit Bolagets anbud. Kommunen har bl.a. anfört att kravet på referent för personlig assistent var ett skall-krav och eftersom Bolaget inte uppfyllde alla skall-krav kunde inte Bolagets anbud kvalificeras.

I enlighet med likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet (jfr t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 maj 2011 i mål nr 3454-10). På samma sätt utgör likabehandlingsprincipen ett hinder mot att utesluta ett anbud från utvärdering om detta uppfyller ställda krav.

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till huruvida det kan anses vara ett skall-krav i upphandlingen att anbudsgivaren ska ha referens angående uppdrag som personlig assistent.

Avsnitt 3.2 i förfrågningsunderlaget har rubriken "Ska krav" och innehåller ett antal underavsnitt, där flertalet är markerade med en symbol som enligt symbolförklaringen innebär att "[I]nten/frågan innehåller krav som måste

uppfyllas". I detta avsnitt återfinns inget krav på att anbudsgivaren ska ha referens angående uppdrag som personlig assistent.

Att Kommunen, om aktuellt, kommer att intervjua tre referenter för att bl.a. säkerställa att företaget och dess personal utfört tre uppdrag på ett tillfredsställande sätt framgår av avsnitt 3.3.1.5 "*Referenser liknande uppdrag, möjlighet till mervärde*". Avsnittet saknar symbolen som innebär att "[t]exten/frågan innehåller krav som måste uppfyllas" och återfinns i den del av förfrågningsunderlaget som har rubriken "*Utvärdering*". Förvaltningsrätten anser därför att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att det är ett skall-krav att anbudsgivaren ska ha referens angående uppdrag som personlig assistent, utan att det snarare är något som kommer beaktas vid utvärderingen. Oavsett om Bolaget hade godtagbar referens eller inte så saknade därför Kommunen skäl att på angiven grund utesluta Bolagets anbud. Kommunen har därmed agerat i strid mot LOU.

Bolaget har på grund av det fel som begåtts i upphandlingen lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Det finns således grund för ingripande enligt LOU. Det fel som har begåtts kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan istället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud ska göras. Förvaltningsrätten anser därför det är tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att Bolagets anbud ska beaktas vid utvärderingen (jfr RÅ 2005 ref. 47).

Vid denna bedömning saknar förvaltningsrätten anledning att pröva om det finns skäl för ingripande enligt LOU även på annan grund.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

11560-12

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

Robert Johansson

Tf rådman

Föredragande har varit Nils Henriksson



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 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 3109/1A LOU