

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2008-06-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11127-08
Rotel 558

SÖKANDE

HB Vallby HVB-hem
Spannmålsvägen 12
762 51 Rimbo

Ombud 1: Advokat Sofia Mårtensson
Ombud 2: Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm

MOTPARTER

1. Danderyds kommun
Box 28, Mörby centrum
182 11 Danderyd

2. Norrtälje kommun
Box 800
761 28 Norrtälje

3. Täby kommun
183 80 Täby

4. Vallentuna kommun
186 86 Vallentuna

5. Vaxholms stad
185 53 Vaxholm

6. Österåker kommun
184 86 Åkersberga

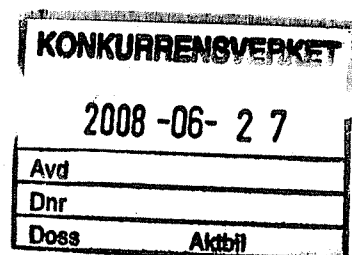
Ombud för 1-6:
Birgitta Palm
Täby kommun
183 80 Täby

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten bifaller HB Vallby HVB-hems ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att upphandlingen av Insatser för psykiskt funktionshindrade ska göras om i den del som gäller Hem för vård eller boende.



Dok.Id 344315

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

BAKGRUND

Kommunerna Danderyd, Norrtälje, Täby, Vallentuna och Österåker samt städerna Lidingö och Vaxholm har med Täby kommun som samordnande kommun genomfört en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU av Insatser för psykiskt funktionshindrade. Upphandlingen som var uppdelad i två delar, en avseende "Hem för vård eller boende" och en avseende "Särskilt boende", påbörjades före den 1 januari 2008.

Av tilldelningsbeslutet framgår att HB Vallby HVB-hem (bolaget) inte uppfyllt kvalificeringskravet på tre godkända referenser med motiveringen att endast en referens kom in.

YRKANDE M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen gällande kommunerna Danderyd, Norrtälje, Täby, Vallentuna och Österåker samt staden Vaxholm (upphandlande enheterna) och yrkar att upphandlingen, i den del den avser Hem för vård eller boende, får avslutas först sedan rättelse vidtagits innebärande att en ny utvärdering av anbuderna och val av leverantör ska genomföras varvid bolagets anbud ska utvärderas. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Bolaget har i anbudet uppgivit fem referenser. Bolaget kontaktade samtliga fem angivna referenser per telefon i god tid före det att anbudet skulle lämnas in, och angav att referenstagning skulle komma att ske under i förfrågningsunderlaget angiven tidsperiod. Referenserna var således vidtalade. Varför den referens som inkom med svar i upphandlingen angivit att denne inte var vidtalad, om detta är korrekt, kan bolaget inte förstå. Ett skäl kan givetvis vara att lång tid förflutit mellan det att bolaget vidtalade referensen

och de upphandlande enheternas kontakt med denne, varför referensen helt enkelt kan ha glömt bort detta.

Av tilldelningsbeskedet framgår att upphandlingen, av för bolaget oklar anledning, blev försenad vilket enligt tilldelningsbeskedet ökade sannolikheten för att referenspersonerna av olika skäl skulle ha försvunnit från sina tjänster, varför de upphandlande enheterna i de flesta fall skickade referensblanketten till samtliga fem referenser och att påminnelser skickades ut. Enligt förfrågningsunderlaget skulle referenserna vara vidtalade och vara tillgängliga under perioden 21 november – 14 december 2007. Då referenstagningen, helt utanför bolagets kontroll, inte kom att ske under denna period utan flera månader senare kan det förhållandet att de upphandlande enheterna inte fått tag i uppgivna referenser inte innebära att bolagets anbud kan diskvalificeras. Det har under dessa förhållanden ålegat de upphandlande enheterna att kontakta bolaget för att ge detta en möjlighet att självt söka upp referenserna alternativt komplettera med andra referenser om de först nämnda inte längre är i tjänst eller av annan anledning inte längre finns tillgängliga för att lämna referenser. Av tilldelningsbeskedet framgår också att de upphandlande enheterna själva varit medvetna om att förseningen ökade sannolikheten för att referenspersonerna av olika skäl skulle ha försvunnit från sina tjänster.

Då det i förfrågningsunderlaget tydligt angivits att referenstagning skulle ske under en viss angiven period kan de upphandlande enheterna inte genomföra denna på annan tid, i det här fallet flera månader efter den angivna perioden, utan att meddela anbudsgivaren. Anbudet skulle lämnas in senast den 30 november 2007 och referenstagningen skulle enligt förfrågningsunderlaget ske fram till den 14 december 2007. Referenstagningen hade således mycket väl kunnat ske under den i förfrågningsunderlaget angivna tiden. Det har inte i och med anbudstidens förlängning stått klart för

bolaget att referenstagningen skulle ske på annan tid än den som angivits i förfrågningsunderlaget. Att det härigenom föreligger stor risk för att referenserna byter anställning, inte längre kopplar ihop referensblanketten med bolagets kontakt med referensen, eller inte längre prioriterar att svara på den då bolagets telefonsamtal med referensen ligger långt tillbaka i tiden är uppenbart. Om de upphandlande enheterna hade genomfört referenstagningen inom den angivna tidsperioden skulle bolaget ha haft tre godkända referenser och därmed uppfyllt kvalificeringskravet.

Bolaget har således uteslutits från de upphandlande enheternas utvärdering trots att det uppfyllde skall-kravet om angivande av referenser, vilka hade inkommit med referensbrev om referenstagningen hade skett under den tid som angivits i förfrågningsunderlaget. De upphandlande enheterna har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Till följd av de felaktigheter som begåtts i upphandlingen kommer bolaget att lida skada. Utvärderingen måste göras om varvid bolaget ska ges möjlighet att söka upp vidtalade referenser alternativt komplettera anbudet med nya referenser.

De upphandlande enheterna bestrider bolagets begäran om överprövning och avvisar de synpunkter som bolaget anfört som grund för sin talan och yrkar att länsrätten upphäver det interimistiska beslutet och medger att de får avsluta upphandlingen och teckna avtal med vinnande anbudsgivare i enlighet med fattat tilldelningsbeslut av den 26 maj 2008. Som skäl för bestridandet anförs bl.a. följande.

De upphandlande enheterna har genomfört en samordnad upphandling av insatser för psykiskt funktionshindrade, där anbudsgivaren skulle lämna uppgift på fem referenser. För att kvalificeras skulle tre referenser godkännas. Vad som krävdes för att godkännas framgick av förfrågningsunderlaget. Referenserna skulle vara vidtalade. De upphandlande enheterna skicka-

de en blankett med referensfrågor till av anbudsgivaren uppgivna referenser. Dessa ombads att fylla i frågorna och returnera den ifyllda blanketten till de upphandlande enheterna. Detta förfarande fanns beskrivet i förfrågningsunderlaget.

Anbudsgivaren skulle förvissa sig om att referenterna säkert gick att få tag på under perioden 21 november - 14 december 2007. Dock förlängdes anbudstiden till den 30 november 2007 och meddelande därom gick ut till samtliga förfrågningsunderlagshämtare. Den oväntat stora mängden anbud gjorde att anbudsöppningen tog tre dagar och detta tillsammans med den förlängda anbudstiden gjorde att tidsplanen för genomgång av anbuderna försköts. Det kan inte ha varit främmande för bolaget att dra slutsatsen att även referenstagningen därmed skulle förskjutas framåt i tiden. Eftersom sista anbudsdatum var fredagen den 30 november 2007 och med iakttagande av gällande regler för när handling ska anses inkommer kunde anbuderna inte öppnas förrän tidigast den 4 december 2007. Bolagets referenser var således inte kända för de upphandlande enheterna den 21 november 2007, då referenstagningen enligt förfrågningsunderlaget skulle ha påbörjats. Referenstagningen var beräknad att ta tre och en halv vecka i anspråk. Då referenstagningen, med det nya datumet för när anbud ska vara de upphandlande enheterna till handa, som tidigast kunde börja den 5 december 2007 innebar det att det tre och en halv vecka efter den 5 december 2007 var julhelg. Bolaget har således haft möjlighet att meddela sina referenser förseningen.

De upphandlande enheterna skickade referensblanketten tillsammans med ett brev via e-post till bolagets tre första referenser den 18 februari 2008. Efter tre veckor hade ingen av referenserna svarat, varför en påminnelse skickades den 11 mars 2008. För att påskynda referenstagningen skickades samtidigt med påminnelsen även referensblanketten till de uppgivna referenserna fyra och fem. En av dessa besvarade frågorna och returnerade

blanketten till de upphandlande enheterna. Referenten uppgav att hon inte visste om att bolaget uppgivit henne som referent.

Referenstagningen påbörjades två och en halv månad efter anbudstidens utgång. Det är osannolikt att fyra av bolagets fem referenser skulle sluta sin anställning just inom denna period. Det är lika osannolikt att de fyra referenserna skulle ha slutat utan att detta meddelas när man skickar e-postmeddelande. Vid kontroll, som de upphandlande enheterna genomförde den 10 juni 2008, var samtliga fyra referenspersoner fortfarande anställda vid samma arbetsplats som uppgivits i bolagets anbud, vilket utesluter möjligheten att referenserna inte besvarat frågorna därför att de skulle ha slutat sin anställning. Det är inte heller troligt att referenserna struntar i att besvara referensfrågorna därför att man inte skulle koppla ihop dessa med bolagets påstådda tidigare kontakt med referenten eller att referenten avstår från att svara därför att bolagets kontakt med referenten ligger långt tillbaka i tiden. Följebrev till referensblanketten är en nog så god påminnelse om vad det hela gäller. Det är därför inte sannolikt att anbudsgivaren skulle ha haft tre godkända referenser om referenstagningen hade skett under perioden 21 november - 14 december 2007. Eftersom den enda referent som besvarade frågorna inte var vidtalad är i stället sannolikheten stor för att bolaget inte hade vidtalat sina referenser, trots att detta var ett krav, och att dessa därför inte ansåg det tillräckligt angeläget att besvara referensfrågorna.

Noteras ska även att bolaget inte överprövar den del av upphandlingen som avser Lidingö stad, trots att Lidingö ingår precis som vilken som helst av de övriga upphandlande enheterna. Inte en bokstav skiljer vare sig i underlag eller i beslut. De upphandlande enheterna ställer sig ytterst tveksam till detta handlande och finner att krav och villkor som ur EG-rättsliga perspektiv är godtagbara för Lidingö även måste vara godtagbara för övriga upphandlande enheter. Det är oskäligt att samma krav är affärsmässiga och inte bryter mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 LOU i en upphandlande

enhet och icke affärsmässiga och bryter mot affärsmässigheten i LOU 1 kap. 4 § för en annan upphandlande enhet i en och samma upphandling.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt övergångsbestämmelserna till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska bestämmelserna i LOU tillämpas på upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2008.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår bl. a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § LOU 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.

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. Kravet på affärsmässighet kommer också till uttryck i 1 kap. 22 § LOU, av vilken framgår att den upphandlande enheten ska anta antingen det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till samtliga omständigheter som pris, leveranstid, driftkostnader m.m., eller det anbud som har lägst anbudspris.

Begreppet affärsmässighet får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av likabehandlingsprincipen följer att alla leverantörer ska behandlas lika, dvs. ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta i anbud. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Dock får förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Av proportionalitetsprincipen följer att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till de behov som ska täckas. Kraven på leverantörerna får inte vara större än vad som behövs. De ska också vara ändamålsenliga för den aktuella upphandlingen. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för upphandlingen och av inte oväsentlig betydelse.

Utredning i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande under rubriken 2.3 Prövning och utvärdering av anbud. Prövning av inkomna anbud kommer att ske i två steg. Steg 1, kvalificeringen, är en prövning av anbudsgivarens företag. Steg 2, utvärderingen, är en prövning av den tjänst anbudsgivaren erbjuder.

Under rubriken 3. Kvalificering punkten E. Referenser framgår följande. Anbudsgivare ska i anbudet bifoga uppgift på fem referenser, som avser fem olika uppdrag av den typ som denna upphandling avser, från fem olika uppdragsgivare. Referenserna ska vara VIDTALADE och anbudsgivaren ska förvissa sig om att referenserna säkert går att få tag på under perioden 21 november – 14 december 2007. Anbudsgivare ska lämna uppgift om namn, adress, telefonnummer samt e-postadress till var och en av de fem referenserna. Kommunen kommer att skicka ett referensformulär till de tre första referenser, som anbudsgivaren angivit. Skulle någon av dessa inte gå att få tag på p.g.a. sjukdom eller liknande skäl, kommer kommunen att skicka referensformuläret till den fjärde och vid behov den femte uppgivna referensen. Referensformuläret ska således skickas in till kommunen från totalt tre olika referenser. En bedömning av referenserna kommer därefter att göras på en poängskala mellan 0 till 4. För var och en av de lämnade tre referenserna måste den totala poängen bli minst 20 poäng för att referenserna ska anses godkända och anbudsgivaren gå vidare till utvärdering.

Slutligen framgår att anbudsgivare, som uppfyller kraven under punkt A-D samt har tre godkända referenser, bedöms vara kvalificerad och kommer att gå vidare till nästa steg.

Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. följande. Eftersom upphandlingen blev försenad ökade sannolikheten för att referenspersonerna av olika skäl skulle ha försvunnit från sina tjänster, varför de upphandlande enheterna i de flesta fall skickade referensblanketten till samtliga fem referenser.

Länsrättens bedömning

Länsrätten har att pröva den del av upphandlingen som rör Hem för vård eller boende.

Av upphandlingsunderlaget framgår att upphandlingen påbörjats före den 1 januari 2008 varför tillämplig lag i detta mål är lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att det framgår av bl.a. förfrågningsunderlaget att varje upphandlande enhet kommer att fatta egna beslut om utförare, teckna egna avtal och ansvara för avtalen under avtalstiden. Bolaget har enligt länsrättens mening rätt att själv välja vilket/vilka av de upphandlande enheterna som bolagets begäran om överprövning omfattar vilket medför att prövningen inte gäller Lidingö stad.

När det gäller förfarandet som använts vid referenstagningen gör länsrätten följande bedömning. De upphandlande enheterna har valt att ha ett förfarande där referenser skulle svara på en blankett med frågor. Blanketten skulle skickas ut av den upphandlande enheten och sedan återsändas till densamma. Av förfrågningsunderlaget framgår det att referenserna ska vara vidtalade och att anbudsgivaren ska förvissa sig om att referenserna

säkert går att få tag på under perioden 21 november – 14 december 2007. Den aktuella upphandlingen har sedan, enligt de upphandlande enheterna, dragit ut på tiden vilket medfört att blanketten med frågor till referenserna skickats ut först under februari 2008. De upphandlande enheterna har inte informerat anbudsgivarna om att utskicket till referenserna, på grund av förseningen av upphandlingen, skulle komma att skjutas upp och sedan ske först ca två månader efter den i förfrågningsunderlaget angivna tidsperioden. Vid tidpunkten för den förlängda anbudstidens utgång återstod drygt två veckor av den angivna tiden för referenstagning. Anbudsgivarna har således inte fått möjlighet att informera sina referenser om förseningen av utskicket. Utskicket har dessutom p.g.a. förseningen, enligt uppgift från de upphandlande enheterna, i de flesta fall gjorts till samtliga fem referenser utan någon prövning av orsaken till att referenserna ett till tre inte svarat. De upphandlande enheterna har således, utan att informera anbudsgivarna, frångått upphandlingens förfrågningsunderlag på ett sätt som blivit godtyckligt och till bolagets nackdel. Mot denna bakgrund finner länsrätten att de upphandlande enheterna har brutit mot 1 kap. 4 § LOU och även att bolaget lidit eller kan komma att lida skada på grund av detta. Förutsättningar för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU föreligger därmed. Enligt detta lagrum har domstolen, oavsett hur yrkandet utformats, att välja mellan att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se RÅ 2005 ref. 47).

Eftersom det är fråga om att de upphandlande enheterna har frångått vad som framgår av förfrågningsunderlaget, bolaget har uteslutits redan i kvalificeringsfasen och bristerna kan anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner länsrätten att upphandlingen av Insatser

för psykiskt funktionshindrade ska göras om i delen som avser Hem för
vård eller boende.

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



Wenche Skoglund

Rådman

Föredragande har varit Amelie Jönsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

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 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 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 vartill 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.

