



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN

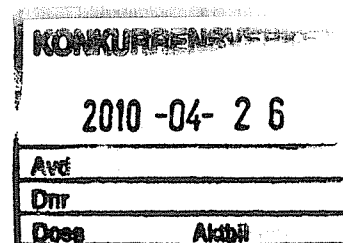
DOM
2010-04-22
Meddelad i
Gävle

Mål nr
1841-10 E
Rotel 8

SÖKANDE

Svenska Försvarsrestauranger AB, 556685-9186
Barrstigen 2
541 36 Skövde

Ombud: Advokat Anna Ulfsson Forsell och
Jur. kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm



MOTPART

Landstinget Gävleborg
801 88 Gävle

Ombud: Advokat Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att Landstinget Gävleborgs upphandling avseende kostproduktion och restaurangverksamhet med diarienumr 2009/391 får avslutas först sedan rättelse gjorts genom att en ny utvärdering genomförs där anbudet från Coor Services Management AB inte ska beaktas.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet från den 27 november 2009.

Dok.Id 1221

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1093	Lantmäterigatan 4	023-383 00 00	023-383 00 90	måndag – fredag
S-801 35 Gävle		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

INFORMATION

Målet kom in till Länsrätten i Gävleborgs län och fick målnummer 2087-09. Sedan Länsrätten i Gävleborgs län och Länsrätten i Dalarnas län den 15 februari 2010 lagts samman till Förvaltningsrätten i Falun, har målet fått nummer 1841-10.

BAKGRUND

Landstinget Gävleborg (landstinget) fattade den 19 november 2009 tilldelningsbeslut i upphandling avseende kostproduktion och restaurangverksamhet (diarienummer 2009/391), härafter ”upphandlingen”. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt 16 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Landstinget beslutade att tilldela Coor Services Management AB (Coor) kontrakt eftersom de lämnat ekonomiskt mest fördelaktigt anbud.

YRKANDEN M.M.

Svenska Försvarsrestauranger AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett. Rättelse ska ske genom ny utvärdering utan beaktande av anbudet från Coor eftersom detta inte uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav. Som grund för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande. Landstinget har brutit mot principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. I strid med 15 kap. 12 § LOU har Landstinget även tillåtit Coor att, efter det att tilldelningsbeslut har fattats, komplettera sitt anbud med nya uppgifter. Utvärderingen har inte skett med iakttagande av likabehandlingsprincipen genom att Coors anbud tilldelats maximal poäng även avseende utvärderingskriterier där referenten avstått från att lämna sin bedömning. Denna mycket fördelaktiga behandling har inte medgivits bolaget. Bolaget har lidit eller riskerat att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt.

I upphandlingsföreskrifterna ingår i UF 3:52 ett skall-krav enligt vilket anbudsgivaren skall redovisa två referensuppdrag från två entreprenader som avser kostproduktion inom offentlig verksamhet varav ett ska vara slutfört. Inget av Coors redovisade referensuppdrag var slutfört vid anbudstidens utgång. Bolaget har kontaktat Norrköpings kommun samt den angivna referenspersonen Annica Lloyd. Av meddelande om uppsägning framgår att avtalet sägs upp fr.o.m. den 1 maj 2009 med upphörande av verksamheten den 31 oktober 2009. Detta uppdrag, som åberopades som ett av två referensuppdrag i Coors anbud var således pågående då anbudet skulle lämnas in den 18 september 2009. Annica Lloyd har varit referent i Coors anbud till landstinget i sin roll som beställare av kost på Granens Korttidsboende förlagt till VIN i Norrköping under 2009. Som framgår var detta uppdrag pågående vid anbudstidens utgång. Vad gäller det uppdrag som landstinget nu anger är det rätta enligt Coors komplettering anger Annica Lloyd följande. Hon vikarierade några veckor under sommaren 2006 på Granens Äldreboende. Hon har haft mycket begränsad möjlighet att uttala sig om Coors uppdrag avseende den verksamheten. Hennes bestämda uppfattning är att hon varit referent avseende Coors uppdrag på Granens Korttidsboende och inget annat. Det är för det uppdraget hon lämnat sin referens. Intyg från Annika Lloyd har getts in till länsrätten.

Coor har således ändrat referensuppdrag och efter anbudstidens utgång åberopat ett helt nytt uppdrag. Coor har heller inte inom LOU:s ramar möjlighet att genomföra sådana justeringar som genom rättelsen den 3 december 2009. Bolaget gör gällande att det inte kan vara fråga om någon fel-skrivning i lagens bemärkelse utan istället fråga om ändring av redan inlämnade uppgifter. En sådan ändring är inte tillåten. De ingivna uppgifterna syftar till att ersätta tidigare angivna uppgifter och är av denna anledning inte tillåtna enligt 15 kap. 12 § LOU. Vidare framgår det av Kammar-rätten i Göteborgs dom den 22 augusti 2003 (mål nr 3001-03) att komplet-

tering från anbudsgivaren inte under några omständigheter får ske efter det att tilldelningsbeslut meddelats.

Av tilldelningsbeslutet framgår att Coor har fått högsta möjliga poäng, 4,000, av referenterna för 15 av 17 respektive 14 av 17 möjliga frågor. Vid kontakt med Coors referensperson Susanne Grehn uppger hon att hon avböjt från att lämna omdöme avseende åtminstone 8 av de 17 frågorna eftersom hon i egenskap av dietist inte ansåg sig ha full inblick i Coors verksamhet. Coor har vid samtliga utvärderingsparametrar där Grehn avstått från att lämna omdöme erhållit maxpoäng vid utvärderingen. Även en av bolagets referenter har avstått från att ge omdöme på två av frågorna i utvärderingen. Av tilldelningsbeslutet framgår emellertid att bolaget inte har erhållit någon poäng alls för dessa frågor. Detta förhållande står i uppenbar strid med likabehandlingsprincipen.

Landstiget Gävleborg bestrider bifall till bolagets ansökan och yrkar för egen del att förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet. Som grund för sin inställning anför landstinget följande. Som bolaget anför skulle ett referensuppdrag vara slutfört. Coor lämnade på s. 12 i anbudsformuläret bl.a. Norrköpings kommun som sin referenskund. I rutan för entreprenadens slutdatum antecknade Coor den 31 mars 2009 men tillade att uppdraget var förlängt. I den särskilda referensblanketten som också fogats till anbudet lämnades samma uppgifter med den skillnaden att det saknades uppgift om att entreprenaden förlängts. Landstinget uppmärksammade inte motstridigheten mellan de två dokumenten i sin utvärdering. I och med överprövningen har landstinget blivit varse motstridigheten. Av Coors förklaring framgår att referenskunden är Norrköpings kommun men att uppdraget avslutades den 31 januari 2007.

I sitt anbud har Coor lämnat motstridiga och felaktiga uppgifter såvitt avser slutdatum för ett av referensuppdragen, nämligen tillagning och leverans

av patientkost till sjukhem inom Norrköpings kommun. Granens korttidsboende och Granens äldreboende låg intill varandra och samma mat levererades till de båda enheterna. Uppdraget avseende Granens äldreboende upphörde den 31 januari 2007. Vid landstingets kontroll visade det sig att Coor på ett ställe lämnat felaktigt slutdatum den 31 mars 2009 istället för den 31 januari 2007. Eftersom den korrekta uppgiften inte innebar någon förändring för utvärderingen har kontrollen inte föranlett någon åtgärd från landstingets sida. Det förtydligande som föranletts av landstingets kontroll har också saknat betydelse för konkurrensen och kunnat ske utan att ovidkommande hänsyn tagits. Nästa fråga är hur de motstridiga uppgifterna ska hanteras. Det har varit förenligt med LOU att förtydliga oklarheten. Det är inte frågan om någon helt ny uppgift utan förtydligande av redan lämnade motstridiga uppgifter. Landstinget har inte påstått att det varit fråga om en uppenbar felskrivning eller annat uppenbart fel utan ett förtydligande med anledning av landstingets rätt att kontrollera lämnade uppgifter. Upphandlingen har inte på något vis avslutats. Den tredje frågan är om Annica Lloyd varit en representativ referensperson för referensuppdraget. Som framgår av intyg från enhetschefen Marita Sivula på Norrköpings kommun har leveranserna till såväl Granens korttidsboende som äldreboendet innehållit samma service, varit av samma kvalitet och involverat samma medarbetare och producerats i samma produktionskök. Referenstagningen har skett genom ett av för uppdraget särskilt anlitat företag. Annica Lloyd har inte vid genomgången med frågeställaren anfört att hon gjorde någon åtskillnad mellan Granens korttidsboende och Granens äldreboende. I sitt anbud har Coor i bilaga 2 hänvisat till Sofia Funcke, kostansvarig vid Östergötlands läns landsting. När det särskilt anlitate företaget ringde upp Susanne Grehn kunde hon inte svara på samtliga frågor. Företaget vände sig då till Sofia Funcke och ställde de kompletterande frågorna till henne. Det var inte i strid med LOU att ställa de kompletterande frågorna till en annan person vid landstinget, särskilt som den personen åberopats i anbudet och att det gällde samma uppdrag. Motparten har erhållit 2 x 3,6 poäng för de

frågor som inte besvarats. Även om motparten erhållit fyra poäng för dessa frågor skulle Coor ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Motparten har således inte lidit någon skada enligt LOU.

Bolaget svarar bl.a. följande. Landstinget har inte endast kontrollerat om uppgifter som Coor lämnat i sitt anbud stämmer eller inte. Landstinget har utöver denna kontroll tillåtit Coor att ändra de uppgifter som angetts i anbudet och ersätta dessa med nya och förändrade uppgifter. Landstinget medger att Coor har lämnat felaktiga uppgifter avseende slutdatum för referensuppdraget som avser Norrköpings kommun. Annica Lloyd har lämnat referens på ett vid tidpunkten för anbudsinlämnandet pågående uppdrag. Detta har således inte kunnat användas. Uppdraget Granens äldreboende är ett helt annat uppdrag än det som Coor först angett i sitt anbud (korttidsboendet). I första hand går kompletteringen utöver vad som är tillåtet enligt 15 kap. 12 § LOU. För det fall rätten skulle anse den genomförda kompletteringen eller ändringen vara tillåten är kompletteringar gjorda efter fattat tilldelningsbeslut inte tillåtna. Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 3706-08 fastställer giltigheten i Kammarrätten i Göteborgs avgörande. Av avgörandet framgår tydligt att rättelser, förtydliganden och kompletteringar inte under några omständigheter får ske efter det att tilldelningsbeslut meddelats. Det är ostridigt att Coors komplettering kom in två veckor efter det att tilldelningsbeslut meddelats. Annica Lloyd arbetade endast som vikarie några veckor under sommaren 2006 på Granens äldreboende i Norrköping. Som vikarie hade hon haft mycket begränsade möjligheter att uttala sig om Coors uppdrag avseende den verksamheten. Vad avser Marita Sivulas intyg kan svårligen anses utgöra en del av Coors anbud eftersom det kommit in långt efter anbudstidens utgång och fattandet av tilldelningsbeslutet och till synes helt på landstingets eget initiativ. Landstinget medger Coor en särbehandling. Det finns inget som tyder på att de olika uppdragen skulle vara så närbesläktade att en referens avseende Granens korttidsboende under åren 2008 och 2009 kan användas

med avseende på verksamhet vid Granens äldreboende före den 31 januari 2007.

Landstinget medger att Susanne Grehn avstått från att svara på samtliga frågor. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att landstinget har haft rätt att byta referensperson. Istället skulle Coors anbud ha förkastats då den av Coor angivna referenspersonen avstod från att svara på en helt avgörande del av utvärderingsfrågorna. De frågor som Grehn avstått från att svara på är av sådan art att de innebär att Coors anbud brustit i uppfyllelse av ytterligare skall-krav i upphandlingen. Det är ett skall-krav att miljöegenskaper ska kunna styrkas av referenten.

Landstinget anför därefter följande. Coors förklaring har saknat betydelse för konkurrensen och får därmed beaktas. Kravet i anbudsfrågan var fortfarande uppfyllt varför det saknas anledning för landstinget att göra någon förändrad bedömning. Landstinget har tillfrågat det företag som anlåtats för referenstagning. Annica Lloyd har inte på något vis framfört att det varit fråga om två olika boenden och att hon hade begränsad erfarenhet av Coor från ett av dessa. Som en del i landstingets kontroll har Marita Sivula förklarat att det finns två boenden och att Coors leveranser till dessa innehållit samma service, varit av samma kvalitet och och involverat samma medarbetare och att produktionen utförts i samma kök. Coors uppgifter i anbudet har varit korrekta utom såvitt avser slutdatumet, en felaktighet som saknat betydelse eftersom uppdraget ändå hade avslutats före det att anbudet gavs in. Beträffande referensuppgifterna från Landstinget i Östergötland har Coor uppfyllt skall-kravet genom att lämna uppgift om referenser. Det kan inte stå i strid med LOU att då en referens inte kan svara på samtliga frågor tillfråga en annan i anbudet angiven referensperson även om den personen upptagits under rubriken kvalificeringen. Det har varit fråga om samma entreprenad, personen har förklarat sig kunna besvara resterande frågor och personen i fråga innehar funktionen kostansvarig.

Länsrätten i Gävleborgs län förordnade i beslut den 27 november 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

De grundläggande principerna för offentlig upphandling finns intagna i 1 kap. 9 § LOU. Där 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.

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får upphandlande myndighet begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger en felaktig upphandling om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Vid sådant förhållande ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av upphandlingsföreskrifterna för den aktuella upphandlingen framgår att anbudsgivaren **skall** redovisa två referensuppdrag från två referensentreprenader inom offentlig verksamhet varav ett **skall** vara slutfört. Referenter **skall** kunna styrka anbudsgivarens förmåga avseende leveranstid, miljöegenskaper, kostnadseffektivitet, kvalitet, tekniska egenskaper och service (UF3.52).

Det är ostridigt att Coor i bilaga 3 till anbudsformuläret angett Norrköpings kommun som sin referenskund 2 avseende det uppdrag som skulle vara slutfört. Coor har i samma bilaga som slutdatum för denna entreprenad

angett den 31 mars 2009 men också i samma ruta skrivit ”förlängt t. 2011”. Det går inte av uppgifterna i bilaga 3 att utläsa om Coor som referenskund har avsett Granens äldreboende eller Granens korttidsboende eftersom det endast anges ”till sjukhem inom Norrköpings kommun”. Förvaltningsrätten anser inte att bolaget genom vad som anförts i ansökan och efterföljande yttranden har visat att det var det oavslutade referensuppdraget (korttidsboendet) som Coor avsåg i sitt anbud. Det kan inte uteslutas att Coor i anbudet avsåg Granens äldreboende. Oklarheten i denna del rör därför i första hand datumet för uppdragets avslutande.

Coor har senare i förklaring till landstinget (2009-12-03) uppgett att uppdraget avslutades den 31 januari 2007. Utifrån den utredning som parterna åberopat i förvaltningsrätten står det klart att det uppdrag som upphörde den 31 januari 2007, och som Coor i sin förklaring hänvisat till, avser Granens äldreboende. Av utredningen framgår vidare att detta äldreboende låg intill Granens korttidsboende och att samma mat levererades till båda enheterna från samma kök.

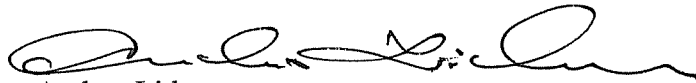
Förvaltningsrätten konstaterar att Coor enligt vad som angetts i bilaga 3 lämnat motstridiga uppgifter såvitt avser slutdatum för ett av referensuppdragen. Den första frågan är därför om denna motstridighet ska innebära att Coor inte har uppfyllt det ifrågavarande skall-kravet. I denna del instämmer förvaltningsrätten med landstingets slutsatser och gör bedömningen att det senare gjorda förtydligandet som föranletts av landstingets kontroll är förenligt med LOU. Förvaltningsrätten beaktar då särskilt att uppdraget har varit slutfört och att förtydligandet därmed inte påverkat utvärderingen. Det har saknat betydelse för konkurrensen och kunnat ske utan att risk för att en diskrimineringssituation gentemot övriga anbudslämnare uppkommer. De kammarrättsavgöranden som bolaget åberopat föranleder ingen annan bedömning. Coor har således i denna del uppfyllt det uppställda skall-kravet på ett slutfört referensuppdrag.

Nästa fråga gäller referenspersonen Annica Lloyd. Det står klart att hon endast vikarierat några veckor sommaren 2006 på Granens äldreboende. Annica Lloyd skriver i intyg som bolaget gett in som bevisning till förvaltningsrätten att undersökningsföretaget ställde frågor om Coors uppdrag avseende Granens korttidsboende, ett uppdrag som upphörde den 31 oktober 2009. Hon har av naturliga skäl inte möjlighet att uttala sig om Coors uppdrag avseende verksamheten på Granens äldreboende. Hon var inte insatt i kostfrågorna vid den tidpunkten (sommaren 2006). Hon har således varit referent avseende uppdraget på Granens korttidsboende och inget annat.

Förvaltningsrätten noterar att det aktuella skall-kravet i denna del anger att: ”referenter skall kunna styrka anbudsgivarens förmåga avseende leveranstid, miljöegenskaper, kostnadseffektivitet, kvalitet, tekniska egenskaper och service”. I det föregående har konstaterats att Coor inom ramen för LOU ägt förtydliga de motstridiga uppgifterna avseende slutdatum för det angivna referensuppdraget Granens äldreboende. Det står vidare helt klart att Annica Lloyd, inte minst efter vad hon själv har uppgivit, inte haft möjlighet att uttala sig om Coors uppdrag avseende verksamheten på Granens äldreboende. Utifrån det ställda skall-kravet, där referenten ska kunna styrka leverantörens förmåga på olika angivna områden, är det enligt förvaltningsrätten klarlagt att Coor genom att ha angivit Annica Lloyd som referent för det avslutade uppdraget Granens äldreboende inte uppfyller ifrågasatt krav. Vad landstinget har anfört om att Annica Lloyd vid genomgången med frågeställaren inte har gjort någon åtskillnad mellan korttidsboendet och äldreboendet eller att dessa innehållit samma service, varit av samma kvalitet och involverat samma medarbetare m.m. förändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Coors anbud uppfyller därmed inte samtliga ställda skall-krav och skulle rätteligen inte ha beaktats av landstinget vid utvärderingen. Bolaget har av denna anledning lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom felet är hänförligt till hur landstinget har genomfört

utvärderingen och inte till förfrågningsunderlaget saknas skäl att besluta om att upphandlingen ska göras om. Upphandlingen bör i stället rättas på så sätt att en ny utvärdering utan beaktande av anbudet från Coor ska genomföras. Vid denna utgång finner förvaltningsrätten inte skäl att närmare pröva de felaktigheter i övrigt som bolaget har gjort gällande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1c)



Anders Lidman

rådman