



SÖKANDE

SAPS Medical AB, 556686-1398
Box 9266
400 96 Göteborg

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Adv.f. Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPARTER

1. Enköpings kommun, 212000-0282
Kungsgatan 42
745 80 Enköping

2. Heby kommun, 212000-2049
Tingsgatan 11
744 88 Heby

3. Håbo kommun, 212000-0241
Centrumvägen 1
746 80 Bålsta

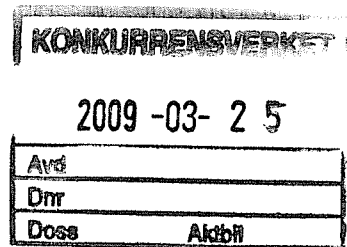
4. Knivsta kommun, 212000-3013
Ängebyvägen 8
741 75 Knivsta

5. Uppsala kommun, 212000-3005
UTS
Varuanskaffningsenheten
753 75 Uppsala

6. Tierps kommun, 212000-0266
815 80 Tierp

7. Östhammars kommun, 212000-0290
Box 66
742 21 Östhammar

Ombud för 1-7: Kommunjurist Helena Bavrell Östblom
Uppsala kommun
Juristenheten, Kommunledningskontoret
753 75 Uppsala



ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Enköping, Heby, Håbo, Knivsta, Tierp, Uppsala och Östhammars kommuners upphandling avseende Rekonditionering, service och hantering av tekniska hjälpmedel, diariernr 2008-021

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1081) om offentlig upphandling, LOU

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten förordnar att rättelse ska ske beträffande Enköping, Heby, Håbo, Knivsta, Tierp, Uppsala och Östhammars kommuners upphandling avseende Rekonditionering, service och hantering av tekniska hjälpmedel, diariernr 2008-021, på det sättet att utvärderingen i den del som avser Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparationer (del 1) ska göras om, varvid SAPS Medical AB:s anbud och Sodexo AB:s anbud ska erhålla lika höga poäng avseende utvärderingskriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 6 november 2008.

BAKGRUND

Enköping, Heby, Håbo, Knivsta, Tierp, Uppsala och Östhammars kommuner (kommunerna) har genomfört en upphandling avseende Rekonditionering, service och hantering av tekniska hjälpmedel. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt LOU. Anbud inkom från bland andra SAPS Medical AB (bolaget) och Sodexo AB (Sodexo). Kommunerna har beslutat att Sodexos anbud ska tilldelas avtal beträffande området Rekonditionering.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av kommunernas upphandling och yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så vis att Sodexos anbud förkastas avseende del 1 av upphandlingen som avser Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparationer, varvid bolagets anbud blir det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avseende denna del av upphandlingen och därmed ska antas. Bolaget yrkar i

andra hand att länsrätten ska besluta att del 1 av upphandlingen, som avser Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparationer, ska rättas på så vis att utvärderingen ska göras om, varvid kommunerna endast ska utvärdera utvärderingskriteriet Kompetens baserat på underkriteriet Personalens utbildningsnivå, varvid bolagets anbud blir det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avseende denna del av upphandlingen och därmed ska antas. Bolaget yrkar i tredje hand att länsrätten ska besluta att del 1 av upphandlingen, som avser Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparationer, ska rättas på så vis att utvärderingen ska göras om, varvid bolaget ska erhålla samma eller högre poäng än Sodexo avseende utvärderingskriteriet Kompetens, varvid bolagets anbud blir det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avseende denna del av upphandlingen och därmed ska antas.

Kommunerna bestrider bolagets yrkanden och yrkar att ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 6 november 2008 förordnat kommunernas upphandling avseende Rekonditionering, service och hantering av tekniska hjälpmedel i den del som avser Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparationer (del 1) inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat.

PARTERNAS TALAN

Bolaget

Sammanfattning av grunderna

Sodexos anbud uppfyller inte samtliga ovillkorliga kvalificeringskrav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Sodexo har inte redovisat pris på det sätt som förfrågningsunderlaget föreskriver då priser avseende rengöring saknas. Trots denna brist i Sodexos anbud har kommunerna antagit anbudet avseende del 1 i upphandlingen; Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparationer. Kommunerna har vid utvärderingen av utvärderingskriteriet Kompetens frångått förfrågningsunderlaget och utvärderat andra omständigheter som inte angetts i förfrågningsunderlaget, nämligen: Antal tillgängliga personer för uppdraget och Erfarenheter av liknan-

de uppdrag. Dessa nya "underkriterier" har överhuvudtaget ingen bäring på anbudsgivarnas kompetens och anbudsgivarna har inte kunnat förutse att dessa skulle komma att tillämpas. Erfarenhet förekommer vidare som ett självständigt utvärderingskriterium i upphandlingen. Genom att, såsom underkriterium till utvärderingskriteriet Kompetens, i efterhand tillämpa Erfarenheter av liknande uppdrag, har erfarenhet kommit att utvärderas två gånger och därmed få betydligt högre vikt och betydelse än vad som kan utläsas ur förfrågningsunderlaget. Utvärderingen av dessa, i efterhand uppställda kriterier, har utfallit till Sodexos fördel. Det är i och för sig riktigt att det framgår av förfrågningsunderlaget att åberopade referenser ska kontaktas avseende kriteriet Erfarenhet. Av punkten 2.3 Erfarenhet i förfrågningsunderlaget framgår dock även att anbudsgivaren (under just denna punkt) ska redogöra för tidigare och nuvarande uppdrag (erfarenhet av liknande uppdrag). Förfrågningsunderlaget är otydligt på denna punkt och det är svårt att avgöra om det endast är referensernas omdömen som ska utvärderas eller om även den redogörelse som anbudsgivaren själv ska lämna under denna punkt ska utvärderas. Att anbudsgivarens egna uppgifter om erfarenheter av liknande uppdrag skulle komma att utvärderas även under kriteriet Kompetens kan dock inte utläsas av förfrågningsunderlaget. Bolaget har vid utvärderingen avseende utvärderingskriteriet Erfarenhet erhållit noll poäng. Härutöver straffas bolaget ytterligare genom poängavdrag avseende Kompetens avseende exakt samma omständigheter som skulle utvärderas endast avseende kriteriet Erfarenhet. Att utvärderingen skulle ske på detta sätt har inte kunnat förutses av anbudsgivarna.

Kommunerna har dessutom felaktigt utvärderat det tillkommande underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget och gett bolaget en avsevärt lägre poäng än Sodexo. Detta trots att bolaget har ett större antal tillgängliga anställda för utförandet av uppdraget, än vad Sodexo har. Bolaget borde därför ha erhållit en högre poäng eller i vart fall lika hög poäng som Sodexo. Oaktat vad som anförts ovan strider underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget mot den grundläggande principen om proportionalitet. Relevant för upphandlingen är att anbudsgivarna offererar ett tillräckligt antal personer för uppdraget, vilket bolaget har gjort. Huruvida anbudsgivare offererar personer utöver tillräckligt antal personer för uppdraget saknar

betydelse och det har därför varit felaktigt av kommunerna att premiera detta. Även på denna grund bör detta underkriterium utgå. Kommunernas förfarande att utvärdera Sodexos anbud, samt det sätt på vilket utvärderingen skett står i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling och därmed även med 1 kap. 9 § LOU. Ovannämnda brister i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för bolaget. För det fall kommunerna inte överträtt LOU på de sätt som angetts ovan hade bolaget vunnit upphandlingen avseende den nu aktuella delen.

Omständigheter

Av sidan 1 i kravspecifikationen till förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivarna ska kunna utföra såväl rekonditionering som rengöring. Under rubriken Övrigt på samma sida i förfrågningsunderlaget anges följande: ”Kommunerna bestämmer för varje produktgrupp om full rekonditionering alternativt endast rengöring ska utföras för varje enskilt tillfälle eller enligt överenskommelse. Pris ska lämnas på tjänster ovan enligt bilaga 6.” I bilaga 6 till förfrågningsunderlaget anges ett antal specificerade produkter. Separata priser ska således anges för såväl rekonditionering som rengöring per produktgrupp i bilaga 6. Bolaget har angett sina priser på detta sätt. Sodexo har emellertid endast offererat pris avseende rekonditionering, vilket framgår av utdrag ur Sodexos anbud. Detta ovillkorliga kvalificeringskrav har således inte uppfyllts av Sodexo. Det förefaller naturligt att kommunerna, på sätt som skett, efterfrågat separata priser avseende såväl full rekonditionering som avseende rengöring. I de fall endast rengöring fordras och beställs vill ju kommunerna inte betala för en full rekonditionering. Om kommunerna endast varit intresserade av ”totalpriset” (det vill säga pris för rekonditionering) hade pris avseende rengöring överhuvudtaget inte behövt efterfrågas. Att anbud som inte uppfyller ställda ovillkorliga krav (så kallade skall-krav) ska förkastas följer av väl etablerad praxis. Även av EG-rättslig praxis framgår att anbud som inte avgetts i enlighet med förfrågningsunderlaget ska förkastas.

Av punkt 2.3 i förfrågningsunderlaget framgår att kommunerna ska anta det/de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet/anbuderna och att utvärderingen kommer att ske med hänsyn tagen till följande utvärderingskriterier:

1. Pris
2. Kompetens
3. Organisation
4. Erfarenhet

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare hur kriterierna ska viktas samt hur utvärderingen av de olika kriterierna ska gå till. Av förfrågningsunderlaget framgår klart och tydligt vad utvärderingen av utvärderingskriteriet Kompetens ska baseras på. Under punkten 2.3 i förfrågningsunderlaget anges följande avseende utvärderingen av Kompetens: "Här utvärderas och poängsätts anbudsgivarnas personals utbildningsnivå." Det är således den enda omständighet som ska utvärderas avseende Kompetens. Vad som anges på sidan 5 i förfrågningsunderlaget under rubriken Förutsättningar synes snarast vara en allmän beskrivning av uppdraget blandat med krav på upphandlingsobjektet och krav på leverantören. Under alla förhållanden har vad som anges på denna sida inte någon betydelse för hur utvärderingen ska ske. Punkten 2.3 i förfrågningsunderlaget anger även, utöver vad som ska utvärderas, vissa handlingar som ska ges in, såsom redogörelse för utbildningsnivå och erfarenhet. Bolaget har tolkat förfrågningsunderlaget enligt dess ordalydelse; att utbildningsnivå ska utvärderas samt att redogörelse för erfarenhet ska inges. I aktuell punkt nämns överhuvudtaget ingenting om att antal tillgängliga personer, varken att dessa ska redovisas eller utvärderas.

Av tilldelningsbeslutet framgår emellertid att kommunerna vid utvärderingen tillämpat tre underkriterier till utvärderingskriteriet Kompetens, nämligen Personalens utbildningsnivå, Antal tillgängliga personer för uppdraget och Erfarenhet av liknande uppdrag. Kommunerna har således utvärderat andra omständigheter än de som angetts i förfrågningsunderlaget. Till exempel har Erfarenhet kommit att beaktas två gånger, dels som separat utvärderingskriterium, dels såsom underkriterium till Kompetens. På detta sätt har Erfarenhet kommit att få en högre vikt än den som angetts i förfrågningsunderlaget. Att kommunerna skulle komma att tillämpa dessa två tillkommande utvärderingskriterier har anbudsgivarna inte kunnat förutse. Om

bolaget känt till att utvärderingen skulle ske på detta sätt hade bolaget kunnat anlita underentreprenör och åberopa dennes personalresurser och erfarenhet och på detta sätt skaffa sig högre poäng avseende dessa underkriterier. En anbudsgivare har som bekant rätt att åberopa annans kapacitet. Denna möjlighet har kommunerna, genom att frångå förfrågningsunderlaget, fråntagit bolaget. Det förtjänar att framhållas att bolaget erhållit högsta poäng avseende Personalens utbildningsnivå, det vill säga avseende den omständighet som kommunerna rätteligen skulle ha utvärderat avseende utvärderingskriteriet Kompetens. Avseende såväl Antal tillgängliga personer för uppdraget och Erfarenhet av liknande uppdrag har bolaget emellertid erhållit 3 av 5 möjliga poäng, medan Sodexo erhållit 5 av 5 möjliga poäng. Om kommunerna utvärderat Kompetens i enlighet med förfrågningsunderlaget skulle bolaget ha erhållit en total utvärderingspoäng om 4 (istället för 3,73), och Sodexo en total utvärderingspoäng om 3,12 (istället för 3,78). Kommunernas felaktiga tillämpning av okända underkriterier har således varit direkt avgörande för upphandlingens utfall.

Inte nog med att kommunerna lagt till underkriterier i strid med förfrågningsunderlaget, kommunerna har dessutom utvärderat dessa tillkommande kriterier på felaktigt sätt. Avseende underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget har bolaget erhållit 3 poäng och Sodexo 5 poäng. Hur kommunerna kommit till detta resultat är oförståeligt för bolaget. Bolaget har i sitt anbud angett att bolaget har ca 20 tekniker som arbetar med rekonditionering. Sodexo har angett att Sodexo har 7 tekniker som arbetar med rekonditionering. Mot bakgrund av ovanstående besynnerliga utfall av utvärderingen kontaktade bolaget kommunernas upphandlare Lars Lidström som skött utvärderingen och begärde ut underlag för hur utvärderingen i denna del gått till. Skriftligt underlag visade sig inte ha upprättats av kommunerna. Lars Lidström uppgav dock muntligen att kommunerna gjort en samlad bedömning av texten i anbudet och då konstaterat att Sodexo har 100 anställda och att bolaget inte har lika många anställda, samt att Sodexo har fler kunder än bolaget. Bolaget har återgett vad Lars Lidström uppgett ordagrant och i just detta sammanhang. Inledningsvis ställer sig bolaget frågande till vad antalet kunder har att göra med frågan om hur många anställda anbudsgivarna har tillgängliga för utförandet av ett uppdrag. Kom-

munerna synes även i denna del ha utvärderat något annat än vad som redovisats. Dessutom är det under alla förhållanden förbjudet enligt praxis att utvärdera antal kunder eller referenser. Vad sedan gäller Sodexos 100 anställda kan följande konstateras. Sodexo har lämnat en allmän redogörelse för hur Sodexo är organiserat. Denna redogörelse avser samtliga delar av upphandlingen och således inte endast den nu aktuella delen; Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparationer. Sodexo har i sitt anbud angett följande: "Inom Sodexo Hjälpmedelsservice arbetar idag ca 100 personer med olika kompetens." Hur många personer som arbetar inom Sodexo har givetvis inget att göra med hur många personer som finns tillgängliga för att utföra vissa specificerade arbetsuppgifter inom ramen för ett uppdrag. De 100 personerna hos Sodexo har givetvis en rad olika arbetsuppgifter och flertalet arbetar överhuvudtaget inte med rekonditionering och har inte heller erforderlig kompetens. Dessa personer är därmed helt irrelevanta för denna del av upphandlingen. Vad som är relevant i Sodexos anbud är vad Sodexo angett under rubriken "Sodexo Hjälpmedelsservice kompetens och resurser för uppdraget" i sitt anbud. Här anger Sodexo följande: "Sodexo har byggt upp ett mobilt serviceteam som för närvarande består av 7 tekniker med utrustade servicebussar." Sodexo har i sitt anbud även angett att viss rekonditionering kommer att utföras av "Edsbergs rullstolsservice" och av "Samhall". Ytterligare uppgifter saknas i denna del. Till exempel finns inga uppgifter i Sodexos anbud om hur många personer som finns tillgängliga på respektive företag eller vilken kompetens de har. Kommunerna har kontaktat Sodexo och bett Sodexo uppge hur många personer som arbetar med rekonditionering på "Edsbergs rullstolsservice" och på "Samhall" och då fått svaret att 15 respektive 20 personer arbetar med dessa arbetsuppgifter på respektive företag.

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får en upphandlande myndighet begära att ett anbud förtydligas om detta kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Ett sådant förtydligande får dock inte innebära att nya uppgifter tillförs anbudet. Genom kommunernas begäran om förtydligande har Sodexos anbud kompletterats med helt nya uppgifter, vilket är att anse som en otillåten komplettering i strid med LOU. Uppgifterna har blivit direkt avgörande för utfallet av utvärderingen. Genom kommunernas

begäran om komplettering ha Sodexo särbehandlats på ett konkurrensbe-
gränsande sätt. Förfarandet står i strid med den grundläggande principen
om likabehandling.

Sodexo har åberopat personal hos Edsbergs rullstolsservice och Samhall.
Som framgått av vad som angetts ovan har kommunerna infordrat komplet-
terande uppgifter i detta avseende i strid med LOU. Även om länsrätten
skulle finna att kommunerna i detta avseende agerat inom ramen för LOU,
ska den personal som måhända kan finnas hos Edsbergs rullstolsservice och
Samhall inte beaktas vid utvärderingen av Sodexos anbud, då Sodexo inte
före anbudstidens utgång visat att man förfogar över denna personal. I detta
sammanhang vill bolaget framhålla följande. I artikel 47 p 2 i direktiv
2004/18/EG stadgas följande: ”En ekonomisk aktör får vid behov och när
det gäller ett bestämt kontrakt åberopa andra enheters kapacitet oberoende
av den rättsliga arten av förbindelserna mellan leverantören och dessa enhe-
ter. I detta fall ska han bevisa för den upphandlande myndigheten att han
kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna, t.ex. genom att lägga
fram ett åtagande från enheterna.” För att en anbudsgivare ska anses ha be-
visat att han förfogar över exempelvis en underleverantörs resurs fordras
alltså ett intyg eller liknande från underentreprenören om att leverantören
förfogar över underleverantörens resurser. Det är på intet sätt tillräckligt att
leverantören själv uppger att han förfogar över den aktuella resursen.

Även EG-domstolen har tagit ställning till åberopande av annans kapacitet
och resurser. I mål C-176/98 (Holst Italia SpA) har EG-domstolen tolkat det
tidigare upphandlingsdirektivet 92/50/EEG om samordning av förfarandena
vid offentlig upphandling av tjänster. Domstolen konstaterade att direktivet
syftar till att undanröja hinder för den fria rörligheten inom sektorn offent-
lig upphandling av tjänster, på samma sätt som de direktiv som aktualiserar-
des i mål C-389/92 och mål C-5/97 syftade till att säkerställa att tjänster
fritt skulle kunna tillhandahållas inom sektorn offentliga bygg- och anlägg-
ningsarbeten. EG-domstolen slår vidare fast att en anbudsgivare, vid offent-
lig upphandling av tjänster, har rätt att åberopa andra enheters kapacitet för
att bevisa att han uppfyller de ekonomiska, finansiella och tekniska villko-
ren för att delta i ett anbuds förfarande, oavsett den rättsliga beskaffenheten

av de band anbudsgivaren har till enheterna i fråga, under förutsättning att han faktiskt förfogar över resurser hos dessa enheter, som är nödvändiga för att genomföra kontraktet. Domstolens tolkning är i högsta grad även aktuell vad gäller det nu gällande direktivet.

Även av svensk praxis framgår att leverantörer får åberopa annans kapacitet och resurser om leverantören kan visa dels att resursen faktiskt finns, dels att han förfogar över densamma. Sodexo har varken bevisat att de åberopade personalresurserna finns (vilka specifika juridiska personer som resurserna ska finnas hos framgår överhuvudtaget inte av anbudet) och inte heller bevisat att Sodexo faktiskt förfogar över densamma. Med hänsyn härtill får kommunerna inte beakta denna uppgift. Utvärderingen av Sodexos anbud ska därför baseras endast på hos Sodexo anställd personal. Det förtjänar i detta sammanhang att framhållas att Sodexo inte ens påstått att Sodexo förfogar över 15 personer hos Edsbergs Rullstolsservice och 20 personer hos Samhall, utan endast uppgett att det är så många personer som arbetar med rekonditionering i de bägge bolagen. Detta är givetvis inte detsamma som att dessa personer står till Sodexos fria förfogande för utförande av det aktuella uppdraget.

Bolaget har ett 20-tal tekniker och dessa arbetar med rekonditionering (om än inte endast med rekonditionering). Dessa personer finns tillgängliga i den mån de skulle behövas för utförandet av uppdraget. Bolaget har i sin kompetensmatris endast redovisat kompetens för ett urval av de personer som står till bolagets förfogande. Anledningen härtill är att fler personer inte kommer att behövas för uppdragets utförande. Det är dock inte riktigt att det endast är dessa personer som står till förfogande om det skulle behövas. Till förfogande står samtliga de 20 personer som arbetar med rekonditionering. Det är heller inte riktigt att det endast är Herman som har grundläggande kompetens avseende rekonditionering enligt kompetensmatrisen. Av bolagets anbud framgår hur matrisen ska läsas och vad olika poäng innebär.

- | | |
|---------|-------------------------|
| 0 poäng | Kompetens saknas |
| 1 poäng | Grundläggande kompetens |

2 poäng	Påbyggnadsutbildning
3 poäng	Avancerade kunskaper

Av matrisen i bolagets anbud framgår att sju personer med olika kompetenser (de olika personerna har olika inriktning på sitt arbete) avseende rekonditionering redovisats. Av dessa har Roger och Lasse grundläggande kompetens (det vill säga 1 poäng) inom området. Vidare framgår att Jakob och Håkan har påbyggnadsutbildningar (2 poäng) samt att Andreas, Sirwan och Herman har avancerade kunskaper (3 poäng). Vad som anges om grundkrav i översta raden i matrisen avser vilka grundkrav bolaget självt uppställer på personer inom respektive område och vilka krav som uppställs enligt ISO-standard, inte att personerna endast har grundläggande kunskaper. Det sagda framgår tydligt av anbudet. Bolaget kan inte tänka sig att fler personer än sju kan komma att behövas för utförande av uppdraget (som fordrar ca 1,5-2,5 heltidstjänster) och därför har bolaget endast redovisat sju personer i sin kompetensmatris. Om utvärderingen ska baseras på all tillgänglig personal ska den baseras på 20 personer och om den ska baseras på de personer vilkas kompetens beskrivits ska den baseras på sju personer. Utvärderingen av bolagets anbud har således i denna del baserats på fel antal tillgängliga personer. Som kommer framgå av vad som redovisas nedan har bolaget mer tillgänglig personal än Sodexo oavsett vilket utvärderingsunderlag som väljs. Utvärderingen av underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget ska således, i den mån det överhuvudtaget ska tillåtas, baseras på 7 personer hos Sodexo och 20 personer hos bolaget.

Om länsrätten, i strid med bolagets uppfattning, skulle finna att kommunerna haft rätt att utvärdera underkriterierna Antal tillgängliga personer för uppdraget och Erfarenhet av liknande uppdrag kan konstateras att bolaget ändå skulle ha vunnit den aktuella delen av upphandlingen om bolaget erhållit samma eller högre poäng än Sodexo avseende underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget. Bolaget skulle ha det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet även om länsrätten skulle finna att endast ett av underkriterierna Antal tillgängliga personer för uppdraget och Erfarenhet av liknande uppdrag rätteligen skulle ha utvärderats.

Oaktat det förhållande att underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget står i strid med vad som anges i förfrågningsunderlaget, så står underkriteriet, i sig, även i strid med den grundläggande principen om proportionalitet. Uppdraget avseende Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparationer kommer att kräva någonstans mellan 1,5-2,5 heltidstjänster under avtalsperioden. Såväl bolaget som Sodexo har offererat ett antal personer för uppdragets utförande som vida överstiger vad som fordras även med väl tilltagen marginal för sjukdomar och tillfällig arbetsanhopning. Varför en anbudsgivare under sådana förhållanden skulle premieras för offererat antal anställda som överstiger det antal som kan komma att behövas för uppdraget är oförståeligt för bolaget. Det saknar helt syfte och funktion att premiera anbudsgivare för antal anställda på det sätt som skett. Härutöver kan konstateras att uppdraget enligt kommunernas uppfattning kommer att omfatta ca 32 000 produkter under en tvåårsperiod. Av bolagets anbud framgår att bolaget har ett kapacitetstak på ca 30 000 produkter i månaden, det vill säga ca 720 000 produkter under en tvåårsperiod och att denna kapacitet endast är utnyttjad till ca 40 procent. Underkriteriet får dessutom en kraftigt konkurrensbegränsande effekt. Antalet aktörer på marknaden för nu aktuella rekonditioneringstjänster är synnerligen begränsat. I princip är det endast bolaget och Sodexo som självständigt ger anbud i sådana upphandlingar. Eftersom Sodexo är ett större företag med fler anställda än bolaget synes tillämpningen av detta underkriterium snarast vara ett försök från kommunernas sida att skräddarsy upphandlingen åt Sodexo. Ett utvärderingskriterium som tar hänsyn till irrelevanta omständigheter och som dessutom är konkurrensbegränsande står i strid med den grundläggande gemenskapsrättsliga principen om proportionalitet som även återfinns i 1 kap. 9 § LOU.

Med hänsyn till att bristerna i upphandlingen hänför sig till kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen och således inte till upphandlingens konkurrenssökande skede bör upphandlingen rättas i enlighet med bolagets yrkande. Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art. Om kommunerna agerat i enlighet med LOU skulle bolagets anbud ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet även avseende Rekonditionering, rengöring inklusive

leverans/hämtning samt reparationer och därmed det anbud som skulle ha antagits även i dessa delar.

Kommunerna

Påstådda brister i Sodexos anbud

Bolaget anför att Sodexos anbud borde ha förkastats avseende del 1 då det inte uppfyllde samtliga ovillkorliga kvalificeringskrav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Bolaget anför även att Sodexo inte har redovisat pris som förfrågningsunderlaget föreskriver då priser avseende rengöring saknas. Förfrågningsunderlaget har inte inneburit något krav i enlighet med bolagets påståenden och kommunerna menar därför att bolaget inte har återgett förfrågningsunderlaget på ett korrekt sätt. Bolaget påstår att kravspecifikationen (under rubriken Övrigt) föreskriver pris på tjänster enligt bilaga 6. Bolaget utelämnar dock pris på tjänster för varje produkt enligt bilaga 6. Av kravspecifikationen samt bilaga 6 framgår således att vad kommunerna efterfrågat är priserna på tjänsterna för varje produktgrupp. Det framgår vidare att det vid varje enskilt tillfälle bestäms om full rekonditionering alternativt enbart rengöring ska utföras, vilket självfallet beror på respektive produkts skick vid återlämning. Så har man arbetat i flera år, bland annat mot bolaget. Det är därför av intresse vad det totala priset uppgår till för varje produkt, det vill säga totalpris för rekonditionering, rengöring osv. Ingen exakt beräkning kan således göras i förväg av hur stor andel som ska rekonditioneras respektive endast rengöras, även om rekonditionering (rengöring ingår då) är det betydligt vanligaste, ca 95 procent. Det är därför en självklarhet att det vid en kostnads kalkyl är totalpriset som är det relevanta för den upphandlande myndigheten. Av det Excelblad som bilagts förfrågningsunderlaget, och som båda anbudsgivarna fyllt i, framgår det också under rubriken att ”för rekonditionering och rengöring lämnas ett pris per produkt”. Om man skulle anse att det går att tolka förfrågningsunderlaget på olika sätt vill kommunerna dock framhålla att ett förtydligande gjorts och att bolaget beretts tillfälle att förtydliga sitt anbud i nyss nämnt avseende. Som framgår av Sodexos ifyllda Excelblad har Sodexo dessutom lämnat ett pris på raden ”rengöring” som är detsamma som priset för rekonditionering. Det är möjligt att förfrågningsunderlaget kunde ha varit tydligare på ifrågavarande punkt, men under alla förhållanden har denna otydlighet inte

på något sätt varit till nackdel eller skada för någon av anbudsgivarna. Sodexo har därmed kvalificerat sig för utvärderingen. Bolaget har dock uppgett lägre priser för de olika produkterna vilket också har återspeglats vid utvärderingen genom att bolaget fått högre poäng.

Kompetens

För kommunerna som vill ha ifrågavarande tjänster utförda är det viktigt att personalen har den kompetens som erfordras för uppdraget. Det är därför relevant att också efterfråga liknande erfarenhet och hur många som kommer ifråga för uppdraget. Av sidan 5 och 9 i förfrågningsunderlaget framgår att dessa faktorer beaktas vid bedömningen av kriteriet Kompetens. Förfrågningsunderlaget måste självfallet läsas och förstås i sin helhet. Som framgår längst ner på sidan 9 har bolaget återigen inte redovisat hela lydelsen i den aktuella texten i förfrågningsunderlaget. Det bestrids därför att anbudsgivarna inte kunnat förutse vad som efterfrågas gällande kompetens-kriteriet. Varför skulle kommunerna efterfråga erfarenhet och redogörelse för de som kommer ifråga för uppdragets genomförande under detta avsnitt om dessa kriterier sedan inte skulle vägas in? Det bör framhållas att bolaget fått totalt högre poäng för Kompetens varför kommunerna ifrågasätter på vilket sätt bolaget lidit skada i denna del. Kommunerna vill för övrigt understryka att nämnda kriterier utgör en tredjedel av kriteriet Kompetens som i sin tur utgör 20 procent av totalviktningen.

Erfarenhet av liknande uppdrag

Samma kriterium har inte utvärderats två gånger eftersom det inte är fråga om samma sak. Av sidan 5 och 9 i förfrågningsunderlaget framgår att det är anbudsgivarens egna uppgifter om dess erfarenheter av liknande uppdrag som bedöms i kompetens-kriteriet. När det sedan gäller utvärderingskriteriet erfarenhet (20 procent) framgår av sidan 10 att här avses de av anbudsgivaren åberopade referensernas erfarenhet av anbudsgivaren. På ett tydligt sätt framgår att anbudsgivaren ska ange minst två referenser som kommer att kontaktas av kommunerna och besvara frågor, som bifogas förfrågningsunderlaget. Det är sålunda referenssvaren som utvärderas, vilket bolaget för övrigt mycket väl känner till. Bakgrunden till dessa kriterier är att det varit viktigt för kommunerna att både få en bild av den erfarenhet (kompetens)

leverantören själv uppger och vad åberopade referenter har för uppfattning om hur leverantören genomför sina tidigare uppdrag. Detta är självfallet två olika saker eftersom det i det senare fallet är referenssvaren som utvärderats inom kriteriet erfarenhet och inte anbudsgivarens uppgivna kompetens. Som framgår av förfrågningsunderlaget, sidan 10, under kriteriet Erfarenhet ska minst två referenser anges och kontaktas av kommunerna. Av bolaget åberopade referenser visade det sig att endast en anlitat bolaget inom området rekonditionering. Övriga kunde alltså inte besvara frågor om bolaget. På grund härav fick bolaget 0 poäng i den delen. Mot denna bakgrund tillbakavisas påståendet att bolaget "straffas" i utvärderingen. Kommunerna har alltså inte kunnat utvärdera två referenser på efterfrågat område för bolagets räkning.

Antal tillgängliga personer för uppdraget

Bolaget påstår att det har fått lägre poäng än Sodexo trots att bolaget har ett större antal personer tillgängliga för utförande av uppdraget än vad Sodexo har. Kommunerna menar att bolaget på ett felaktigt sätt återgett vad anbudet innebär i detta avseende. Bolaget har visserligen angett att bolaget har ett 20-tal tekniker, men som framgår av anbudet arbetar dessa inte bara med rekonditionering. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska uppge personal som kommer ifråga för uppdragets genomförande. Upphandlingen handlar om rekonditionering av medicintekniska produkter. Det väsentliga är därför vilka som arbetar med just denna typ av rekonditionering. I bolagets redovisning av personal framgår att det är enbart 7 personer som kommer ifråga och inte 20 personer. Av dessa 7 personer är det bara en person som anges ha grundkrav i rekonditionering. Hur en leverantör själv värdesätter sin personals kunskapsnivåer efter ett eget poängsystem kan knappast ligga till grund för en opartisk utvärdering och skulle kunna strida mot likabehandlingsprincipen. När det gäller Sorexos anbud har kommunerna inte bara bedömt anbudet med utgångspunkten 7 personer. Med anledning av Sorexos uppgifter i anbudet att rekonditionering utförs delvis hos underleverantörerna "Edsbergs rullstolstillbehör" och "Samhall", har kommunerna genom telefonsamtal bett om förtydligande av anbudet. Sodexo har därvid uppgett att det finns 15 respektive 20 personer som jobbar med rekonditionering på respektive företag. Sorexos underent-

reprentörer och deras anställda arbetar enbart med rekonditionering av just denna typ av produkter, medan bolagets anställda även arbetar med rekonditionering av andra produkter såsom taklyftar och sängar samt har andra arbetsuppgifter. Som bolaget uppger kan även underentreprenör åberopas i anbud. Eftersom kommunerna i förfrågningsunderlaget lyft fram vad som, enligt ovan, vägs in i kompetenskriteriet menar kommunerna att det är närmast att likna en efterhandskonstruktion från bolagets sida att försöka ge en bild av att man inte kunnat åberopa underentreprenörer inom området rekonditionering.

Bolaget har påstått att det förhållandet att kommunerna låtit Sodexo förtydliga sitt anbud beträffande antal personer har inneburit en otillåten komplettering i strid med LOU. Av Sodexos anbud framgår att man även åberopar personalen hos underentreprenörerna Edsbergs rullstolsservice och Samhall. Av LOU och förarbetena till lagen (prop. 2006/07:128 s. 377) framgår att en upphandlande myndighet får kontakta en leverantör om det finns oklarheter eller brister i ingivna intyg och handlingar. Man har i nämnda förarbeten hänvisat till generaladvokatens förslag i avgörande C-87/94 (Kommissionen mot Belgien REG 1996 sidan 1-2043) som menar att ett anbud får förtydligas och konkretiseras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Här har Sodexo konkretiserat uppgifter om de underentreprenörer som redan åberopats i anbudet. Kommunerna menar också att om ett sådant förtydligande inte skulle tillåtas strider detta mot affärsmässigheten, som i nya LOU kommer till uttryck genom de grundläggande principerna (jfr. prop. 2006/07:128 s. 156 f). Bolaget har vidare påstått att för det fall underentreprenörerna får beaktas vid utvärderingen skulle Sodexo före anbudstidens utgång visat att man förfogar över denna personal. I sammanhanget har bolaget hänvisat till artikel 47.2 i direktiv 2004/18/EG. Kommunerna menar att resonemanget om bevis om tillgång till andra leverantörers kapacitet endast har sin bäring när en anbudsgivare ska kvalificera sig för en utvärdering och i detta skede åberopar underentreprenörs kapacitet. Som framgår av förarbetena till nuvarande LOU (prop. 2006/07:128 s. 246) syftar genomförandet av direktiven till att klargöra ”att möjligheten finns för anbudsgivande företag som inte för egen del innehar tillräcklig ekonomisk, teknisk eller yrkesmässig kapacitet och

således inte når upp till den i upphandlingen angivna miniminivån, att använda sig av ett annat företags kapacitet”. Kommunerna har i förfrågningsunderlaget inte ställt sådana kvalificeringskrav eller minimikrav på anbudsgivarna beträffande kapaciteten. Det är istället fråga om att utvärdera en del av ett kompetenskriterium (1/3 av 20 procent) för att bedöma det totalt ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Något hinder mot att åberopa underentreprenörs förmåga finns inte i förfrågningsunderlaget. Kommunerna har för övrigt inte heller haft anledning att kontrollera underentreprenörernas förmåga eftersom det är Sodexo som till alla delar ansvarar för kontraktets fullgörande. Det ska framhållas att båda anbudsgivarna fått poäng i denna del men Sodexo har fått högre poäng eftersom Sodexos anbud, i jämförelse med bolagets, innebär att man med stor marginal har att tillgå betydligt mer personal som arbetar med rekonditionering av just medicintekniska produkter.

Kommunerna har inte utvärderat antal kunder eller referenser. För kommunerna framstår det dessutom som besynnerligt att bolaget, å ena sidan, gör gällande att kommunerna beaktat Sodexos totala anställningskvot (100 stycken) vilka arbetar inom olika arbetsområden och, som bolaget mycket riktigt påstår, inte är relevanta för denna del av upphandlingen. Samtidigt framhåller bolaget, å andra sidan, att när det gäller bolagets eget anbud ska kommunerna vid utvärderingen utgå från att bolaget har totalt 20 tekniker, trots att inte heller alla dessa tekniker har någon relevans för denna del av upphandlingen. Mot denna bakgrund har det varit riktigt att ge Sodexo högre poäng i den delen. För det fall länsrätten skulle finna att det föreligger otydligheter och brister i förfrågningsunderlaget vill kommunerna, än en gång, understryka att dessa inte är av sådan omfattning eller art att det föreligger brott mot LOU.

Kriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget strider mot principen om proportionalitet

Utgångspunkten är att en upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka kriterier den ska använda vid en utvärdering och vilken betydelse dessa ska tillskrivas, under förutsättning att de grundläggande principerna inte överträds. Syftet med att det i anbudet ska framgå antal tillgängliga perso-

ner är självfallet att ge trygghet i tjänsten och minska risken för störningar. Är det enbart ett fåtal personer som sysslar med rekonditionering minskar flexibiliteten ifall någon är frånvarande, särskilt med tanke på att det inte är enbart aktuella kommuner som är kunder till företaget. Kommunerna har dessutom, under tidigare år, erfarit en mängd klagomål och reklamationer på entreprenörerna utifrån verksamheterna, varför kriteriet i högsta grad är relevant. Kommunerna menar, till skillnad från bolaget, att det är mer konkurrenshämmande att kräva ett visst antal personer för att klara rekonditioneringen, eftersom det beror på hur man utför jobbet, vilka hjälpmedel som finns att tillgå inom företaget osv. På detta sätt skulle kommunerna styra över hur företag inrättar sig. Kommunerna vill dessutom framhålla att detta kriterium inte värderats i förhållande till kapacitet, vilket bolaget närmast ger uttryck för, utan som en del av kompetenskriteriet. Slutligen vill kommunerna understryka att kriteriet har en mycket begränsad del i den totala utvärderingen eftersom det uppgår till en tredjedel av kriteriet som i sin tur utgör 20 procent.

Kommunerna menar att bolaget på ett flertal punkter felaktigt återgett förfrågningsunderlaget och anbudens innebörd och därmed försökt ge en bild av att upphandlingen innehåller brister. De flesta invändningar avser kriteriet Kompetens, som utgör endast en mindre del av utvärderingen. Bolaget fick dessutom i den delen högst poäng totalt sett. För det fall länsrätten ändå skulle anse att det föreligger någon brist menar kommunerna att bristen har en begränsad betydelse i upphandlingen. Enligt kommunernas uppfattning innebär kravet på affärsmässighet vid offentliga upphandlingar, enligt fastlagd praxis, att varje brist som en anbudsgivare kan göra gällande i ett förfrågningsunderlag eller en utvärdering – och vars frånvaro skulle ha kunnat medföra att anbudsgivaren gett sitt anbud ett annat innehåll – inte utgör en grund för åtgärd enligt 16 kap. 1 § LOU. En sådan ordning skulle få orimliga konsekvenser för den offentliga upphandlingen.

SKÄL

Aktuella bestämmelser

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser att han

lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, 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, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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 9 kap. 8 § andra stycket LOU stadgas följande. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Utredningen i målet

I Inbjudan till att lämna anbud, Rekonditionering, service och hantering av tekniska hjälpmedel, anges bland annat följande.

1.3 Förutsättningar

Under rubriken Personal – kompetens och fortbildning anges följande. All personal som ska användas i antagen entreprenörs verksamhet för uppfyllandet av åtagandet av detta avtal ska vara anställd av entreprenören eller på annat sätt i avtal vara knuten till entreprenören. Personal som för entreprenörens räkning utfört arbete enligt detta avtal bör ha flerårig och relevant erfarenhet av de tjänster som efterfrågas samt adekvat utbildning och kompetens och ska ha ett professionellt bemötande gentemot brukare och förskrivare, tjänsten ska utföras på ett fackmannamässigt sätt. Entreprenören ska ange de personer som ska utföra tjänsten. Personerna ska redovisas genom ett CV innehållande namn, utbildning och praktisk erfarenhet. Personalen ska ha ett professionellt bemötande gentemot brukare och förskrivare. Entreprenören ansvarar för att personalen ska visa ett engagemang och lyhördhet samt ge snabb handläggning och god information. Entreprenören ser till att den egna personalen får fortbildning och håller sig ajour med nyheter inom tjänstens område. Entreprenören ska inneha och fortlöpande skaffa sig kunskaper om de medicintekniska produkter som ingår i tjänsten hos exempelvis hjälpmedelstillverkaren. Detta inkluderar att tillse att personalen har fortlöpande tillgång och är uppdaterad på de servicemeddelanden som ges ut av hjälpmedelstillverkaren för de produkter som omfattas av dessa tjänster. Entreprenören ska se till att personalen blir informerad om och förbinder sig att iaktta de regler, förordningar och lagar som berörs av uppdraget.

2.3 Utvärdering av anbudet enligt angiven modell och kriterier

Det/de totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet/anbuderna kommer att väljas med hänsyn tagen till nedanstående urvalskriterier, som är viktade och angivna i prioriterad ordning. Utvärdering kommer att separerat på respektive del enligt omfattning nedan.

	Rekonditionering	Serviceavtal samt hantering av sängar, sänglyftar, mobila och stationära lyftar
Pris	40 %	30 %
Kompetens	20 %	30 %
Organisation	20 %	20 %
Erfarenhet	20 %	20 %

Principen för poängberäkning: Urvalskriterierna kommer vid utvärderingen att poängsättas 1-5, där 5 poäng motsvarar det bästa erbjudandet. Den därvid erhållna poängen multipliceras därefter med respektive urvalskriteriums viktprocent.

Priset värderas på så sätt att lägst totalpris erhåller 5 poäng, övrigas poäng erhålles genom kvoten pris/jämfört pris multiplicerat med 5 poäng.

Kompetens: Här utvärderas och poängsätts anbudsgivarens personals utbildningsnivå. Anbudet ska innehålla en redogörelse för utbildningsnivå och den erfarenhet som företagets personal har av likartade uppdrag. Personal som redovisas i anbudet ska vara den personal som kommer i fråga för uppdragets genomförande.

Organisation: Här poängsätts anbudsgivarens förmåga att handha uppdraget t.ex. leveransförmåga, leveranstid, beskrivning hur uppdraget kommer att genomföras, lokalisering etc.

Erfarenhet: Det är av stor vikt att anbudsgivaren har goda erfarenheter av likartade uppdrag då efterfrågade tjänster är känsliga, främst ur patientsynpunkt. Detta gäller både företagsledning och personal. Redogör för tidigare och nuvarande uppdrag. Bifoga minst två referenser per avtalsområde. Referenser åt vilken anbudsgivaren har genomfört motsvarande uppdrag. Ange organisationsnamn, kontaktperson och telefonnummer. Referenserna kommer att kontaktas och ombeds att svara på bifogade frågor.

Anbudet med den högsta summan av de viktade poängen är vinnaren inom respektive område.

Kravspecifikation, bilaga 1

Under rubriken Övrigt anges följande. Kommunerna bestämmer för varje produktgrupp om full rekonditionering alternativt enbart rengöring ska utföras för varje enskilt tillfälle eller enligt överenskommelse. Pris ska lämnas på tjänster ovan för varje produkt enligt bilaga 6.

Excelblad

I ett Excelblad som bilagts Inbjudan att lämna anbud anges bland annat följande. För rekonditionering och rengöring lämnas ett pris per produkt.

Länsrättens bedömning

Länsrättens prövning

Länsrätten har att ta ställning till huruvida kommunerna, i de avseenden som bolaget påstått, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och i sådant fall om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

I 1 kap. 4 § i den numera upphävda lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, i vilken de grundläggande principerna för offentlig upphandling stadgades, fanns ett uttryckligt krav på affärsmässighet vid offentlig upphandling. Detta krav togs bort ur lagtexten då de grundläggande principerna i nuvarande lagstiftning utformades. Av nuvarande lags förarbeten (prop. 2006/07:128 s. 157) framgår att utformningen av 1 kap. 9 § LOU inte är avsedd att innebära någon ändring av rättsläget vad gäller vilka rättsprinciper som ska iakttas vid en upphandling. Praxis beträffande den tidigare lagen bör enligt länsrättens mening därför alltså vara tillämplig beträffande de grundläggande principerna. I RÅ 2002 ref. 50 uttalade Regeringsrätten bland annat följande. I kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmåter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Påstådda brister i Sodexos anbud

Bolaget anför att Sodexos anbud inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget, eftersom Sodexo endast angett pris avseende rekonditionering och inte för rengöring samt att Sodexos anbud därför ska förkastas. Kom-

munerna bestrider att förfrågningsunderlaget innehåller ett krav på att pris för rengöring ska anges. Kommunerna menar att förfrågningsunderlaget istället ska tolkas på det sättet att det är priserna på tjänsterna för varje produktgrupp som ska anges. Kommunerna hänvisar även till ett Excelblad som bilagts förfrågningsunderlaget och som båda anbudsgivarna fyllt i. I Excelbladet anges att det för rekonditionering och rengöring lämnas ett pris per produkt.

Länsrätten gör följande bedömning. Av kravspecifikationen, bilaga 1, framgår endast att pris ska anges på tjänster för varje produkt. Av ordalydelsen framgår således inte huruvida det ska anges ett pris för rekonditionering och ett pris för rengöring eller om ett gemensamt pris för tjänsterna ska anges. Det är ostridigt i målet att Sodexo angett pris för rekonditionering. Redan mot denna bakgrund anser länsrätten att Sodexos anbud inte kan anses bristfälligt i förhållande till skall-kraven. Kommunerna har vidare, i bilagt Excelblad, angett att för rekonditionering och rengöring lämnas ett pris per produkt. Detta talar, enligt länsrättens mening, för att kommunerna avsett att endast ett gemensamt pris för rekonditionering och rengöring skulle anges. Av Regeringsrättens praxis framgår att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att principerna i LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Det faktum att det finns utrymme för olika tolkningar av texten i förfrågningsunderlaget i nu aktuellt avseende medför, enligt länsrättens mening, inte att kommunerna i denna del kan anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i LOU eller gemenskapsrätten.

Kommunernas påstådda felaktiga utvärdering

Kompetens

Bolaget anför att den enda omständighet som ska utvärderas avseende kriteriet Kompetens är anbudsgivarnas personals utbildningsnivå samt att det av tilldelningsbeslutet framgår att kommunerna vid utvärderingen har tillämpat tre underkriterier till utvärderingskriteriet Kompetens, nämligen Personals utbildningsnivå, Antal tillgängliga personer för uppdraget och Erfarenhet av liknande uppdrag. Kommunerna anför att det är viktigt att personalen

har den kompetens som erfordras för uppdraget och att det därför är relevant att efterfråga liknande erfarenhet och hur många som kommer ifråga för uppdraget. Kommunerna anför vidare att det av förfrågningsunderlaget framgår att dessa faktorer beaktas vid bedömningen av kriteriet Kompetens.

Länsrätten gör följande bedömning. I förfrågningsunderlaget, under rubriken 2.3 Utvärdering av anbudet enligt angiven modell och kriterier anges beträffande Kompetens att personalens utbildningsnivå utvärderas. Vidare anges att anbudet ska innehålla en redogörelse för utbildningsnivå och den erfarenhet som företagets personal har av likartade uppdrag. Personal som redovisas i anbudet ska vara den personal som kommer i fråga för uppdragets genomförande.

Länsrätten konstaterar att ordalydelsen i förfrågningsunderlaget i den nu aktuella delen ger klart vid handen att personalens utbildningsnivå ska utvärderas. I överensstämmelse med detta anges i förfrågningsunderlaget att personalens utbildningsnivå ska redovisas. Begreppet utbildningsnivå i vid mening torde dock - förutom formella meriter - även inbegripa kunskaper som förvärvats på annat sätt, exempelvis genom erfarenhet. En sådan vid tolkning stöds av förfrågningsunderlagets krav på att både personalens utbildningsnivå och personalens erfarenhet av liknande uppdrag ska redovisas. Ett krav på sådan redovisning vore annars poänglöst. Med denna tolkning omfattas även begreppet erfarenhet av det som ska utvärderas. Vad sedan gäller formuleringen att ”personal som kommer i fråga för uppdraget” ska redovisas i anbudet anser länsrätten, mot bakgrund av vad som nyss sagts och med hänsyn till i vilket sammanhang det efterfrågas, att förfrågningsunderlagets utformning inte kan uppfattas på annat sätt än att även antalet tillgängliga personer kommer att beaktas och tillmätas betydelse vid utvärderingen. Mot denna bakgrund finner länsrätten att kommunerna i denna del inte kan anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i LOU eller gemenskapsrätten.

Erfarenhet

Bolaget anför att Erfarenhet kommit att beaktas två gånger, dels som separat utvärderingskriterium, dels såsom underkriterium till Kompetens samt

att Erfarenhet på detta sätt kommit att få en högre vikt än den som anges i förfrågningsunderlaget. Kommunerna anför att det inte stämmer att samma kriterium utvärderats två gånger, eftersom det är anbudsgivarens egna uppgifter om dess erfarenheter av likartade uppdrag som bedöms i kompetenskriteriet medan det är de åberopade referensernas erfarenhet som bedöms i kriteriet Erfarenhet.

Länsrätten gör följande bedömning. Som länsrätten funnit beträffande kriteriet Kompetens framgår av förfrågningsunderlaget att underkriteriet Erfarenhet ska beaktas i denna del. Med hänsyn till att det i förfrågningsunderlaget anges att personalens erfarenhet av liknande uppdrag ska redovisas måste bedömningen av Erfarenhet således baseras på vad anbudsgivaren själv angett.

I förfrågningsunderlaget anges beträffande kriteriet Erfarenhet dels att anbudsgivaren ska redogöra för tidigare och nuvarande uppdrag, dels att två referenser ska anges samt att referenserna kommer att kontaktas för att svara på i förväg fastställda frågor. Länsrätten finner att det följer av angivelsen om att referenser ska anges och att dessa kommer att kontaktas för att svara på frågor att det är referensernas svar som enligt förfrågningsunderlaget kommer att utvärderas. Enligt länsrättens mening är det således inte samma sak som utvärderas två gånger. Av tilldelningsbeslutet framgår dessutom att bolaget fått noll poäng beträffande kriteriet Erfarenhet, eftersom bolaget angett endast en referens som hade erfarenhet av bolaget inom aktuellt avtalsområde. Bolaget fick däremot tre poäng beträffande kriteriet Erfarenhet av liknande uppdrag. Detta talar med styrka för att samma omständigheter inte har utvärderats två gånger. Länsrätten finner således att Erfarenhet inte beaktats i större omfattning än som framgår av förfrågningsunderlaget.

Bolaget anför även att förfrågningsunderlaget är otydligt på det sättet att det kan tolkas som att den redogörelse som anbudsgivaren själv ska lämna utvärderas under kriteriet Erfarenhet. Länsrätten finner att förfrågningsunderlaget kunde ha varit tydligare på denna punkt, men att denna otydlighet inte

kan anses utgöra ett brott mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i LOU eller gemenskapsrätten.

Tillgängliga personer

Bolaget anför att underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget står i strid med den grundläggande principen om proportionalitet.

Länsrätten finner att bedömningen av vilket anbud som motsvarar det bästa erbjudandet måste ske med iakttagande av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och gemenskapsrätten. Således måste proportionalitetsprincipen iakttagas vid bedömningen. Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts ska genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intressen. Bedömningen består av tre steg, varav det andra är det som framträder tydligast i domstolens praxis. För det första ska en bedömning göras av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, om det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får, på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna ska tolkas i ”funktionella termer”, d.v.s. det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas.

Länsrätten anser att det är självklart att en upphandlande myndighet vid utformandet av ett förfrågningsunderlag ska tillåtas ställa upp kriterier som tillförsäkrar den upphandlande myndigheten att det bolag vars tjänst upphandlas faktiskt har en kapacitet som tillgodoser det behov som upphandlingen avser. Vidare anser länsrätten att den upphandlande myndigheten ska tillåtas prioritera bolag vars anbud är bättre lämpade att tillgodose det behov som ska tillgodoses vid utvärderingen genom att ge sådana bolag högre poäng. Länsrätten finner således att det generellt sett inte kan anses strida

mot proportionalitetsprincipen att utvärdera antalet tillgängliga personer för uppdraget.

Bolaget anför vidare att kommunerna utvärderat underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget felaktigt och gett bolaget avsevärt lägre poäng än Sodexo (tre poäng i jämförelse med Sodexos fem poäng) trots att bolaget har ett större antal tillgängliga anställda för utförandet av uppdraget än vad Sodexo har. Bolaget anför till stöd för detta påstående bland annat följande. Bolaget har i sitt anbud angett att bolaget har ca 20 tekniker som arbetar med rekonditionering. Sodexo har angett att Sodexo har sju tekniker som arbetar med rekonditionering.

Länsrätten gör följande bedömning. I förfrågningsunderlaget anges beträffande utvärderingen av anbuden att principen för poängberäkning är att kriterierna poängsätts 1-5, där 5 poäng motsvarar det bästa erbjudandet. Den därvid erhållna poängen multipliceras med respektive kriteriums viktprocent. Länsrätten konstaterar att kommunerna i förfrågningsunderlaget inte angett på vilket sätt man avser att avgöra vilket det bästa erbjudandet är i förhållande till de olika kriterierna, däribland underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget.

Länsrätten har ovan funnit att man vid utvärderingen måste tillämpa proportionalitetsprincipen. Länsrätten anser att principen i förevarande situation innebär bland annat att kommunerna måste bedöma antalet tillgängliga personer i förhållande till det behov av arbetskraft som föreligger, exempelvis genom att sätta antalet tillgängliga personer i förhållande till ett uppskattat behov av ett visst antal hel- eller deltidstjänster. Bolaget anför att uppdraget kräver någonstans mellan 1,5-2,5 heltidstjänster under avtalsperioden. Kommunerna har inte bestritt bolagets uppskattning. Bolaget har redovisat att bolaget har ett tjugotal anställda som arbetar med bland annat rekonditionering och specificerat kompetensen hos sju av dessa. Sodexo har under rubriken ”Sodexo Hjälpmedelsservice kompetens och resurser för uppdraget” redovisat att man har ett mobilt serviceteam med sju tekniker. Sodexo har i anbudet även angett att rekonditionering delvis utförs hos underleverantörerna Edsbergs rullstolstillbehör och Samhall.

Länsrätten konstaterar att både bolaget och Sodexo i sina anbud har redovisat arbetskraft som med god marginal överstiger det uppskattade behovet av tillgänglig arbetskraft. Enligt länsrättens mening bör bolagets och Sodexos anbud därför ha erhållit lika höga poäng avseende underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget. På grund av detta innehåller utvärderingen en brist i LOU:s mening. Länsrätten finner att det faktum att Sodexo på förfrågan från kommunerna kompletterat anbudet med uppgifter om antal anställda hos Sodexos underentreprenörer i detta fall saknar betydelse för bedömningen av Antal tillgängliga personer för uppdraget.

Länsrätten finner att utredningen i målet visar att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada genom nu anförda brist. Länsrätten finner därför att den i målet aktuella delen av upphandlingen ska rättas på så vis att utvärderingen ska göras om, varvid bolaget och Sodexo ska erhålla lika höga poäng avseende kriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget.

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



Per-Erik Nistér

t.f. lagman

EE



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, anledningen 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 nå 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.