



KLAGANDE

SAPS Medical AB, 556686-1398

Ombud:

Advokaten Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPARTER

1. Enköpings kommun
745 80 Enköping

2. Heby kommun
744 88 Heby

3. Håbo kommun
746 80 Bålsta

4. Knivsta kommun
741 75 Knivsta

5. Tierps kommun
815 80 Tierp

6. Uppsala kommun
753 75 Uppsala

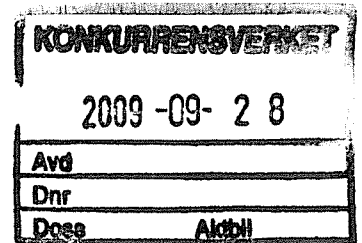
Ombud:

Kommunjuristen Helena Bavrell Östblom
Uppsala Kommun Kommunledningskontoret
753 75 Uppsala

7. Östhammars kommun
Box 66
742 21 Östhammar

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Uppsala län dom den 18 september 2009 i mål nr 1375-09,
se bilaga A



SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten meddelar prövningstillstånd
 2. Kammarrätten undanröjer länsrättens dom.
 3. Kammarrätten visar målet åter till länsrätten för förnyad handläggning.
-

YRKANDEN M.M.

SAPS Medical AB (bolaget) yrkar att kammarrätten ska meddela prövningstillstånd och med ändring av länsrättens dom bifalla bolagets yrkanden i länsrätten. Vidare yrkar bolaget att kammarrätten omedelbart beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän något annat har beslutats. Bolaget hänvisar till vad bolaget anfört i länsrätten och tillägger därutöver bl.a. följande. Samtliga kommuner är parter i det aktuella målet. Länsrätten har endast angett Uppsala kommun som bolagets motpart i sin dom.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Prövningstillstånd

Kammarrätten finner att det finns skäl att meddela prövningstillstånd.

Målet i övrigt

Bolaget har i länsrätten ansökt om överprövning avseende upphandling genomförd av sju olika kommuner nämligen Uppsala, Enköping, Heby, Håbo, Knivsta, Tierp och Östhammar.

Länsrätten har i sitt interimistiska beslut den 24 juni 2009 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten beslutat något annat. I det interimistiska beslutet anges samtliga sju kommuner som motparter.


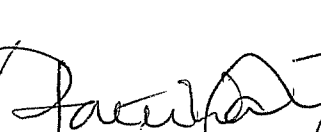

I sitt slutliga avgörande har länsrätten enbart angivit Uppsala kommun som motpart. Någon förklaring härtill anges inte i domen.

Av kammarrätten inhämtade uppgifter framgår att Uppsala kommun visserligen varit någon form av samordnare av upphandlingen för

samtliga kommuners räkning. Upphandlingen har dock avsett samtliga kommuner. Eftersom ansökan om överprövning avser samtliga sju kommuner och då det interimistiska beslutet avsett samtliga sju kommuner, har länsrätten förfarit felaktigt då länsrätten inte slutligt prövat frågan gällande samtliga motparter.

Länsrättens dom ska därför undanröjas och målet visas åter till länsrätten för förnyad handläggning.

Detta beslut kan inte överklagas.

		
Charlotta Riberdahl	Patricia Schömer	Martina Kristiansson
kammarrättsråd	kammarrättsråd	tf assessor
ordförande	referent	



DOM
2009-09-18
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1375-09 E

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Uppsala kommun
Kommunledningskontoret
Varuanskaffningsenheten
753 75 Uppsala

Ombud: Kommunjuristen Helena Bavarell Östblom
Uppsala kommun
Kommunledningskontoret
753 75 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Kommunledningskontorets i Uppsala kommuns upphandling av
Rekonditionering, service och hantering av tekniska hjälpmedel

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 24 juni 2009.

BAKGRUND

Kommunens upphandling av Rekonditionering, service och hantering av tekniska hjälpmedel har tidigare prövats av länsrätten (målnr. 2718-07 och målnr. 9-08).

SAPS Medical AB (bolaget) ansökte om överprövning av kommunens tilldelningsbeslut i upphandlingen av Rekonditionering, service och hantering av tekniska hjälpmedel, diarienummer 2008-021. Länsrätten biföll ansökan i en dom den 23 mars 2009, målnr. 2123-08 och förordnade att utvärderingen i den del som avser Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparationer (del 1) ska göras om, varvid bolagets anbud och Sodexo AB:s (Sodexo) anbud ska erhålla lika höga poäng avseende utvärderingskriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget. Kamrarrätten meddelade inte prövningstillstånd.

Kommunen fattade den 17 juni 2009 ett nytt tilldelningsbeslut i upphandlingen av Rekonditionering, service och hantering av tekniska hjälpmedel, diarienummer 2008-021, med anledning av länsrättens dom den 23 mars 2009. Eftersom de två underkriterierna Personalens utbildningsnivå och Antalet tillgängliga personer har ett samband ändrades utvärderingen av bägge. I det nya beslutet tilldelades bolaget 3 poäng för Personalens utbildningsnivå och 5 poäng för Antal tillgängliga personer. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling enligt LOU. Anbud har inkommit från bolaget och Sodexo. Kommunen har beslutat att Sodexos anbud ska tilldelas avtalet beträffande området Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning av hjälpmedel samt reparationer.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av kommunens upphandling och yrkar 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 full poäng avseende underkriteriet Personalens utbildningsnivå, varvid bolagets anbud blir det eko-

nomiskt mest fördelaktiga anbudet avseende denna del av upphandlingen och därmed det anbud som ska antas av kommunen. Vidare yrkas att förordnandet enligt ovan ska förenas med ett vite om 1 000 000 kr eller annars med det belopp länsrätten finner skäligt.

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

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 24 juni 2009 förordnat att kommunernas upphandling avseende Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparationer inte får avslutas innan rätten har beslutat något annat.

PARTERNAS TALAN

Bolaget

Sammanfattning av grunderna

Kommunen har värderat utvärderingskriteriet Kompetens i strid med såväl förfrågningsunderlaget som länsrättens förordnande i målnr. 2123-08. Detta har skett genom att kommunen, vid utvärderingen, inte tilldelat bolaget full poäng avseende underkriteriet Utbildningsnivå, trots att bolagets anbud erhåller det bästa erbjudandet i detta avseende. Om bolagets anbud hade erhållit högsta poäng avseende Utbildningsnivå hade bolagets anbud varit det ekonomiskt mest fördelaktiga och därmed det anbud som skulle ha antagits. Kommunens förfarande enligt ovan står i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling och därmed även med 1 kap. 9 § LOU. Ovannämnda brist i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada för bolaget. För det fall kommunen inte har överträtt LOU på det sätt som angetts ovan, hade bolaget vunnit upphandlingen avseende den aktuella delen. Kommunen har tydligt visat att den inte avser att följa varken LOU eller förvaltningsdomstolens domar avseende upphandlingen. För att upphandlingsreglerna ska få avsedd effekt och genomslagskraft fordras att länsrätten förordnar att följa länsrättens dom vid äventyr av vite.

Omständigheter

Efter länsrättens dom i mål nr. 2123-08 har kommunen meddelat ett nytt tilldelningsbeslut. Av detta beslut framgår att kommunerna i och för sig rättat upphandlingen och därvid tilldelat såväl Bolaget som Sodexo högsta poäng avseende underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget. Om detta hade varit den enda justering kommunen hade gjort i utvärderingen, skulle utfallet av upphandlingen ha blivit att bolaget erhållit uppdraget. Då kommunens utvärderingsmodell inte är helt lätt att följa illustreras det sagda i nedanstående tabell A.

Tabell A

	Bolaget	Sodexo
Pris	$5 \times 0,4 = 2$	$2,88 \times 0,4 = 1,15$
Kompetens	$\frac{(5+5+3) (0,2)}{3} = 0,87$	$\frac{(0+5+5) (0,2)}{3} = 0,67$
1) Personalens utbildningsnivå	5	0
2) Antal tillgängliga personer för uppdraget	5	5
3) Erfarenhet av liknande uppdrag	3	5
Organisation	$5 \times 0,2 = 1$	$5 \times 0,2 = 1$
Erfarenhet	$0 \times 0,2 = 0$	$4,83 \times 0,2 = 0,97$
Total poäng	3,87	3,79

Utöver den rättelse länsrätten förordnat om, och som fastslagits av kamrarrätten, justerade kommunen emellertid även utvärderingen i ytterligare ett avseende. Bolaget som tidigare erhållit 5 poäng avseende Personalens utbildningsnivå erhöll nu endast 3 poäng avseende detta kriterium. Dessa justeringar medför att anbudsgivarna erhåller exakt samma poäng som enligt det tidigare tilldelningsbeslutet. Sodexo vann således återigen upphandlingen. Inledningsvis kan konstateras att det synes högst besynnerligt att kommunen överhuvudtaget ändrar bedömningen avseende Personalens utbildningsnivå. Bolagets anbud har inte förändrats sedan kommunens ti-

digare bedömning. I förfrågningsunderlaget anges dessutom att utvärdering av anbudet ska ske enligt angiven modell och kriterier:

”Principen för poängberäkning Urvalskriterierna kommer vid utvärderingen att poängsättas 1 – 5, där 5 poäng motsvarar det bästa erbjudandet. Den därvid erhållna poäng multipliceras sedan med respektive urvalskriteriums viktprocent.”

Av förfrågningsunderlaget står helt klart att den anbudsgivare som offererat bästa erbjudandet inom varje kriterium ska erhålla 5 poäng. Så har kommunen också tillämpat utvärderingsmodellen i det tidigare tilldelningsbeslutet, inte bara i den nu aktuella delen av upphandlingen, utan även avseende de nu avslutade delarna 2 – 5 av upphandlingen. Två anbudsgivare har inkommit med anbud. Sodexo har erhållit 0 poäng avseende aktuellt kriterium. Bolagets anbud innehåller alltså det bästa erbjudandet i denna del och ska således erhålla 5 poäng avseende kriteriet. Även länsrätten har i sina domskäl i målnr. 2123-08 uttryckligen framhållit att den anbudsgivare som offererat bästa erbjudandet inom varje kriterium ska erhålla 5 poäng. På sidan 26 i länsrättens dom anges följande.

”Länsrätten gör följande bedömning. I förfrågningsunderlaget anges beträffande utvärderingen av anbudet att principen för poängberäkning är att kriterierna poängsätts 1 – 5, där 5 poäng motsvarar det bästa erbjudandet.”

Kommunernas tilldelningsbeslut står således i strid med såväl förfrågningsunderlaget som med vad länsrätten uttryckligen angett i sina domskäl. Som framgår av domen ansåg länsrätten att bristen var av tillräcklig omfattning för att förordna att upphandlingen skulle rättas. Bristerna i upphandlingen var, såsom det även framgår av länsrättens dom, direkt avgörande för upphandlingens utfall. Kommunen påstår att 5 poäng kan erhållas avseende ett utvärderingskriterium, endast om kommunen inte funnit några ”brister” i förhållande till vad som efter-

frågats. Uttalandet är synnerligen anmärkningsvärt. Inte nog med att det står i direkt strid med förfrågningsunderlaget och länsrättens tidigare uttalande, dessutom har kommunen inte efterfrågat någon specificerad utbildningsnivå. Hur ska kommunen kunna avgöra om brister finns i förhållande till något som inte specificerats? Kommunens påstående förstärker intrycket av brist på transparens i upphandlingen och att kommunen anser sig kunna behandla anbudsgivare helt godtyckligt. Kommunens förfarande utgör ett uppenbart brott mot LOU och gemenskapsrätten, samt mot vad länsrätten tidigare förordnat. Bolaget har noterat att Sodexo tilldelats 4,83 poäng avseende Erfarenhet. Detta framstår som besynnerligt. Möjligen kan av förfrågningsunderlaget förstås att poängsättningen avseende just detta kriterium ska baseras på en snittpoäng av de poäng som erhållits på respektive fråga som ställts till referenserna. Bolaget har dock inte haft något att invända för det fall kommunerna, från början tilldelat Sodexo 5 poäng avseende detta kriterium. Bolaget konstaterar att kommunens agerande överensstämmer med vad som föreskicksats av den ansvarige upphandlaren – att bolaget inte skulle erhålla uppdraget oavsett vad länsrätten skulle komma att förordna. Det kan i detta sammanhang noteras att kommunen, ända sedan upphandlingen överprövades första gången anskaffat de aktuella tjänsterna från Sodexo, utan giltigt upphandlingskontrakt.

Om kommunen agerat i enlighet med LOU skulle bolagets anbud ha varit det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet även avseende Rekonstruktion och Projektering/montering lyftar och därmed det anbud som skulle ha antagits även i dessa delar. Som framgått ovan är det uppenbart att kommunen bestämt sig för att Sodexos anbud ska antas och därför inte ämnar rätta upphandlingen i enlighet med vad som förordnas av förvaltningsdomstol. För att säkerställa att kommunen inte även fortsättningsvis begår domstolstrots eller på annat sätt försöker kringgå länsrättens förordnande fordras att länsrätten förordnar att kommunen ska följa länsrättens dom vid äventyr av vite. Med hänsyn

till kommunernas tidigare agerande är det också av största vikt att länsrätten är mycket tydlig i vad förordnad rättelse ska bestå i, så att utrymme inte lämnas för kommunen att ånyo justera utvärderingen i något annat avseende. I lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster (försörjningslagen) 16 kap. 2 § återfinns en bestämmelse om möjlighet för rätten att förordna om vite. Någon motsvarande bestämmelse återfinns inte i LOU. Detta synes emellertid snarast vara ett förbiseende från lagstiftarens sida. Någon anledning till varför vitesföreläggande skulle vara möjligt enligt försörjningslagen men inte enligt LOU föreligger inte. Något hinder för allmän förvaltningsdomstol att meddela vitesföreläggande även i upphandlingsmål enligt LOU finns under alla förhållanden inte. Stöd för förvaltningsdomstol att förordna om vite i upphandlingsdomar följer av de allmänna domstolarnas befogenheter att förordna rörande sättet för en doms verkställande. Enligt rättspraxis innefattar denna befogenhet även meddelande av vitesföreläggande (NJA 1981 s. 1129). De allmänna domstolarnas befogenheter att förordna om vite grundas i att Kronofogdemyndigheten har rätt att för verkställighet förelägga vite. Den befogenheten har Kronofogdemyndigheten även vad gäller verkställande av förvaltningsdomstols dom eller beslut (NJA 1993 s. 99). Det finns inget skäl till varför denna möjlighet inte skulle stå öppen även för förvaltningsdomstolarna, särskilt som många domar fått karaktären av fullgörelsedomar. I rättspraxis finns upprepade exempel på när stöd i de processuella regler som gäller för allmänna domstolar där förvaltningsrätten saknar uttryckliga bestämmelser. I den mån stöd inte kan sökas från försörjningslagen bör stöd även i detta fall sökas i de regler som gäller för allmänna domstolar.

Länsrättens rätt att meddela vitesföreläggande i upphandlingsmål följer av EG-rätten. Av EG-domstolens rättspraxis och kommissionens tolkningsmeddelande framgår att kravet på effektiva rättsmedel inte gäller bara direktstyrda upphandlingar utan även upphandlingar som faller utanför det EG-direktivstyrda området (15 kap. LOU). Enligt

EG-domstolens rättspraxis har enskild rätt till ett effektivt rättsligt skydd av rättigheter enligt gemenskapens rättsordning. Rätten till skydd är en av de grundläggande rättsprinciper som följer av medlemsstaternas gemensamma konstitutionella traditioner. Om det inte finns några relevanta gemenskapsrättsliga bestämmelser, är det medlemsstaternas uppgift att tillhandahålla nödvändiga regler och förfaranden för att garantera ett effektivt rättsligt skydd. I enlighet med rättspraxis om rättsligt skydd får möjligheterna till skydd inte vara mindre effektiva än för liknande yrkanden som grundas på inhemsk lagstiftning (principen om likvärdighet) och får inte vara sådana att det i praktiken är omöjligt eller mycket svårt att få rättsligt skydd (principen om effektivitet).

Kommunen

Ifrågavarande upphandling har prövats av länsrätten i målnr. 9-08, dom den 27 februari 2008. Målet handlade till största delen om hur kommunen utförde sin referenstagning av anbudsgivarnas referenser varvid länsrätten menade att det saknades underlag för hur genomförandet skulle gå till samt att bedömningen om skallkravet – att två referenser med goda vitsord – var uppfyllt kunde lämna utrymme för godtycke. Länsrätten anmärkte också på otydligheter i utvärderingen. Länsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om i sin helhet. I enlighet med domen omarbetade kommunen förfrågningsunderlaget varvid bland annat färdigt formulär med tydliga frågor upprättades för referenstagningen. Vidare gjordes en ny utvärderingsmodell i vilken framgår hur urvalskriterierna värderas och viktas samt vilka underkriterier som ska beaktas för respektive kriterium, bland annat att referenssvaren beaktas under kriteriet Erfarenhet. Bolagets påstående att kommunen inte rättar sig efter förvaltningsdomstols dom saknar därmed fog. Som bolaget uppgett i detta mål har övriga delar av upphandlingen redan avslutats och kommunen vill tillägga beträffande hantering av sängar och sänglyftar, serviceavtal på sängar/lyftar samt hantering av mobila lyftar har kommunen tecknat kontrakt med bolaget.

Kommunen menar att bolaget ger en skev bild av överprövningsprocessen i målnr. 2123-08 E. Som framgår av domen hade bolaget en mängd synpunkter på upphandlingen. Länsrätten har i en utförlig dom gått igenom bolagets alla invändningar mot upphandlingen och inte funnit att något kan ligga till grund för att upphandlingen står i strid med LOU utom endast i en liten del som avsåg poängsättningen av underkriteriet "Antal tillgängliga personer". Underkriteriet utgör en tredjedel av kriteriet kompetens, viktat 20 %, varvid de två andra underkriterierna utgör Utbildningsnivå och Erfarenhet av liknande uppdrag. Länsrätten ansåg att utvärderingen i denna del innehöll en brist och att bolaget skulle erhålla lika höga poäng som Sodexo. Skälet var att anbudsgivarna kunde tillhandahålla tillräckligt mycket arbetskraft som med god marginal överstiger behovet av tillgänglig arbetskraft. Länsrätten har därutöver inte prövat på vilket sätt detta påverkar de andra kriterierna i kompetenskriteriet.

Kommunen har rättat sig efter länsrättsdomen och fattat ett nytt tilldelningsbeslut i vilket Sodexo och bolaget fått samma poäng i underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget. Som framgår av förfrågningsunderlaget hör kompetenskriteriets underkriterier samman (Personalens utbildningsnivå, Antal tillgängliga personer samt Erfarenhet av liknande uppdrag). Om kommunen ska utvärdera fler tillgängliga personer för bolaget i enlighet med länsrättens dom påverkas självfallet också poängsättningen av dessa personers utbildningsnivå i negativ riktning eftersom inte alla håller samma höga utbildningsnivå vilket torde vara ostridigt. Poängsättningen står inte i strid med förfrågningsunderlaget och anbudsgivarna har inte behandlats godtyckligt. Poängsättningen grundar sig av urvalskriterier på en upphandlande myndighets värdering av anbuden utifrån vad förfrågningsunderlaget stipulerar. Kommunen menar att det av förfrågningsunderlaget framgår vad som efterfrågas och vad som ska värderas bland annat gällande personalens kompetens. Det framgår till exempel att personal som för entreprenörens räkning utför arbete enligt detta avtal bör ha flerårig och

relevant erfarenhet av de tjänster som efterfrågas samt adekvat utbildning och kompetens. Vidare framgår att entreprenören ska ange de personer som ska utföra tjänsten och redovisa dessa genom CV. Entreprenören ska dessutom inneha kunskaper om de medicintekniska produkter som ingår i tjänsten hos till exempel hjälpmedelstillverkare. Som framgått gav kommunen bolaget högsta poäng (5 poäng) i denna del vid förra utvärderingen utifrån vilken personal man uppfattat skulle utföra tjänsten, vilket visar att kommunen ansett att bolaget uppfyllt efterfrågade krav i denna del. Länsrättens dom innebär dock, enligt kommunens uppfattning, att fler personer ska beaktas och utvärderas i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det är ostridigt i målet att samtliga sju personer som bolaget åberopat i matrisen inte håller samma utbildningsnivå. Bifogade CV visar detta och att samtliga inte heller genomgått intern utbildning eller utbildning hos tillverkare som efterfrågas i förfrågningsunderlaget (endast fyra personer har genomgått internutbildning). Det ska också noteras att bolaget inte gett in CV för Roger som åberopas i matrisen utan istället gett in CV för Tom som inte har relevant utbildning eller erfarenhet av rekonditionering av medicintekniska hjälpmedel. Ingivna CV visar dessutom att samtliga inte heller arbetar med rekonditionering av hjälpmedel utan har andra funktioner hos bolaget. Mot denna bakgrund skulle det stå i direkt strid med förfrågningsunderlaget om bolaget ändå tilldelas högsta poäng för anvisad personals utbildningsnivå.

Bolagets påstående att det bästa erbjudandet inom varje kriterium ska erhålla 5 poäng bestrids på det sättet bolaget gör gällande. Vidare bestrids att länsrätten i mål nr. 2123-08 skulle dela denna uppfattning. Som framgår av domen konstaterar länsrätten att kommunen ”i förfrågningsunderlaget inte angett på vilket sätt man avser att avgöra vilket det bästa erbjudandet i förhållande till de olika kriterierna, däribland underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget”. Kommunen har inte menat att poängsättningen ska relateras mellan de olika anbuden utan 5 poäng får ett kriterium i anbudet om kommunen

inte kan finna några ”brister” i förhållande till vad man efterfrågat. Att kommunen också tillämpat det på detta sätt framgår till exempel av poängsättningen av kriteriet Erfarenhet för Sodexo, varvid Sodexo erhållit 4,83 poäng. Eftersom bolaget inte kunde prestera två referenser har bolaget erhållit noll poäng för det kriteriet. Om bolagets uppfattning vinner gehör skulle Sodexo erhållit 5 poäng istället för 4,83 poäng eftersom Sodexo ”offererat det bästa erbjudandet” inom det kriteriet.

Förfrågningsunderlaget kunde ha varit lite tydligare men som framgår av praxis får förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade ändå godtas under förutsättning att principerna i LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Länsrätten har prövat ifrågavarande förfrågningsunderlag och i domen anför att det faktum att det finns utrymme för olika tolkningar i texten i förfrågningsunderlaget kan i nu aktuellt avseende inte medföra att kommunen i denna del kan anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i LOU eller gemenskapsrätten. Även om länsrätten inte helt delar kommunens uppfattning om vilka poäng bolaget skulle ha för de i målet mjuka parametrarna så saknas det skäl för ingripande enligt LOU. Av praxis framgår (till exempel länsrätten i Värmlands län dom den 9 februari 2005, mål nr. 23-05 E) att upphandlande myndigheter har ett relativt stort utrymme för bedömning vid poängsättning som bygger på värdering (jämför också RÅ 2002 ref. 50). Poängsättningen ska endast underkännas om den upphandlande myndigheten har begått mer uppenbara fel, tagit ovidkommande hänsyn eller överskridit rimliga ramar för bedömningen.

Det saknas rättslig grund för att förordnandet kan förenas med ett vite. Den legalitetsprincip som gäller på straffrättens område gör sig i lika hög grad gällande när det gäller vite. Vite är en mycket ingripande åtgärd som ligger nära straffrättsliga påföljder. För att man ska få för-

ordna om vite måste man alltså ha lagstöd och det finns inget stöd i vare sig lag eller förarbeten för den tolkning som bolaget gör gällande.

DOMSKÄL

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.

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 utför 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 service-meddelanden som ges ut av hjälpmedelstillverkaren för de produkter som omfattas av dessa tjänster. Entreprenören ska se till att personalen blir in-

formerad 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.

Av länsrättens dom den 23 mars 2009, målnr. 2123-08 framgår bland annat följande. Bolaget har i sitt anbud angett att bolaget har cirka 20 tekniker som arbetar med rekonditionering och specificerat kompetensen hos sju av dessa. Sodexo har angett att Sodexo har ett mobilt serviceteam med sju tekniker som arbetar med rekonditionering. Bolaget har anfört att uppdraget kräver någonstans mellan 1,5 – 2,5 heltidstjänster under avtalsperioden. Kommunen har inte bestritt bolagets uppskattning. Länsrätten konstaterade att både bolaget och Sodexo i sina anbud har redovisat arbetskraft som med god marginal överstiger det uppskattade behovet av tillgänglig arbetskraft. Sodexo och bolaget ska därför erhålla lika höga poäng avseende underkriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget.

Av kommunens tilldelningsbesked/anbudsprotokoll avseende Rekonditionering, rengöring inklusive leverans/hämtning samt reparation av medicintekniska produkter som meddelades innan länsrättens dom den 23 mars 2009 framgår bland annat följande. Det angavs inte hur många personer som krävs för att utföra uppdraget. Bolaget erhöll 5 poäng för utvärderingskriteriet Personalens utbildningsnivå.

Av tilldelningsbesked/anbudsprotokoll som meddelades efter länsrättens dom den 23 mars 2009 framgår bland annat följande. Kommunen bedömer att det krävs åtminstone sju personer för att klara uppdraget, om inte på heltid så åtminstone tillgängliga för att klara uppdraget under årets alla dagar. De sju angivna personerna i bolagets kompetensförteckning ingår i utvärderingen. Därmed har båda anbudsgivarna tillräckligt antal personer tillgängliga för uppdraget och båda får högsta poäng. Några av personerna hos bolaget har en bred kompetens medan flera inte har fullgod kompetens enligt bolagets kompetensmatrix, därmed får bolaget en lägre poäng på personalens kompetens.

Länsrättens bedömning

Bolaget yrkar 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 full poäng avseende underkriteriet Personalens utbildningsnivå. Bolaget yrkar även att förordnandet ska förenas med vite om 1 000 000 kr eller med det belopp som anses skäligt.

Det länsrätten har att ta ställning till är huruvida kommunen, avseende underkriteriet Personalens utbildningsnivå, 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 alltjämt 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 tillmäter 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.

Vid det nya tilldelningsbeslutet som meddelades efter länsrättens dom i målnr. 2123-08 sänkte kommunen bolagets poäng avseende underkriteriet Personalens utbildningsnivå. Kommunen anför följande som motivering till ändringen. Kriterierna Antal tillgängliga personer och Personalens utbildningsnivå har ett samband. Om kommunen ska utvärdera fler tillgängliga personer för bolaget i enlighet med länsrättens dom påverkas också poängsättningen av dessa personers utbildningsnivå i negativ riktning eftersom alla inte håller samma höga utbildningsnivå. De sju personer som bolaget åberopat i matrisen har inte samma utbildningsnivå.

Bolaget anför i huvudsak följande om kommunens poängsänkning avseende underkriteriet Personalens utbildningsnivå. Om kommunen efter länsrättens dom endast ändrat poängsättningen avseende kriteriet Antal tillgängliga personer för uppdraget skulle bolaget ha erhållit uppdraget. Bolagets anbud har inte förändrats sedan kommunens tidigare bedömning.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att frågan om Personalens utbildningsnivå inte tidigare prövats av länsrätten. Det föreligger således inget hinder för kommunen att ändra värderingen i nu aktuellt hänseende.

Länsrätten konstaterar vidare 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 för de personer som ska utföra uppdraget ska redovisas. Personalen bör enligt förfrågningsunderlaget bland annat ha flerårig och relevant erfarenhet av de tjänster som efterfrågas samt adekvat utbildning och praktisk erfarenhet. Personalen ska redovisas genom ett CV innehållande namn, utbildning och praktisk erfarenhet. Länsrätten anser med hänvisning till uppdragets karaktär och vid tillämpning av proportionalitetsprincipen att de ställda kraven i förfrågningsunderlaget vad gäller utbildningsnivån är tillräckligt klara och tydliga. Utformningen av förfrågningsunderlaget kan i denna del därmed inte anses ha brutit mot

principerna transparens, förutsägbarhet och proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU.

Avseende kommunens poängberäkning har länsrätten i dom i mål nr. 2123-08 konstaterat att kommunen i förfrågningsunderlaget inte angett på vilket sätt man avser att avgöra vilket det bästa erbjudandet är i förhållande till de olika kriterierna, det vill säga vad som krävs för att uppnå 5 poäng. Länsrätten har tillämpat proportionalitetsprincipen vid utvärderingen.

Bolaget gör gällande att 5 poäng ska tilldelas det bästa anbudet i förhållande till övriga anbud och kommunen gör gällande att 5 poäng ska tilldelas anbud utan brister i förhållande till det som efterfrågas. Länsrätten kan konstatera att utvärderingen vad gäller kriteriet Erfarenhet av liknande uppdrag har skett i enlighet med kommunens tillämpning av utvärderingsmodellen. Bolaget har erhållit 3 poäng och Sodexo 5 poäng.

En utvärderingsmodell ska vara utformad på ett sätt som leder till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Det faktum att ordalydelsen i förfrågningsunderlaget vad avser poängberäkningen anger ”bästa erbjudandet” och inte ”erbjudande utan brister” innebär enligt länsrätten inte att ett annat än rättvisande resultat kan erhållas. Ordalydelsen är inte heller så otydlig att en leverantör kan ifrågasätta poängbedömningen som sådan. Kommunen kan genom nämnda ordalydelse i förfrågningsunderlaget därmed inte anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU om transparens och förutsägbarhet.

Enligt förfrågningsunderlaget ska personal som redovisas i anbudet vara den personal som kommer i fråga för uppdragets genomförande. Detta krav är tydligt utformat. Bolaget har uppgett sju personer och därmed fått motsvarande poäng som Sodexo vad gäller Antal tillgängliga personer för uppdraget. Frågan är då om dessa personer uppfyller förutsättningarna avseende relevant erfarenhet och adekvat utbildning för att uppnå det bästa

erbjudandet. Det åligger bolaget att redovisa och ange det antal personer som ska utföra uppdraget. Kommunen uppger att det är ostridigt att samtliga sju personer, som bolaget redovisat genom inlämnade CV, inte uppfyller kraven avseende kriteriet Personalens utbildningsnivå. Bolaget har inte bestritt detta påstående. Bolaget har därmed inte fått 5 poäng.

Länsrätten finner mot bakgrund av ovanstående att utredningen i målet inte visar att förfrågningsunderlaget eller att utvärderingen avseende Personalens utbildningsnivå brister i transparens, förutsägbarhet, likabehandling eller proportionalitet. Enligt länsrättens mening kan kommunen inte anses ha brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i LOU eller gemenskapsrätten. Överklagandet ska därför avslås.

Vid denna utgång prövar länsrätten inte yrkandet om vite.

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



assessor

ALJ