



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-10-16
Meddelad i Linköping

Mål nr
4755-17

SÖKANDE

Vardaga Äldreomsorg AB, 556573-6450
Box 1565
171 29 Solna

Ombud: Advokat Catharina Piper och jur.kand. Peter Edwards
Advokatfirman Lindahl KB
Studentgatan 6
211 38 Malmö

MOTPART

Västerviks kommun, 212000-0779
593 80 Västervik

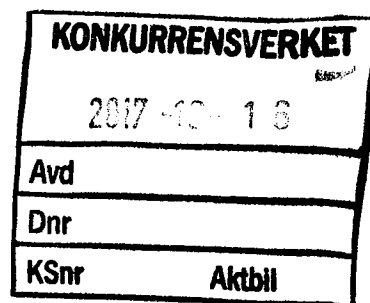
Ombud: Advokat Per-Ola Bergqvist och jur.kand. Linnéa Lindberg
Foyen Advokatfirma KB
Box 7229
103 89 Stockholm

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 301827

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerviks kommun (Kommunen) genomför upphandlingen ”Drift av särskilt boende, Lindögården Västervik” dnr U-003-2017 (Upphandlingen) genom förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris. Kommunen har i beslut den 13 juni 2017 tilldelat Polstjärnan i Sverige AB (Polstjärnan) kontraktet. Av upphandlingsprotokoll framgår att Vardaga Äldreomsorg AB (Bolaget) har placerats som tvåa med näst lägst anbudssumma.

Bolaget ansöker om överprövning av Upphandlingen och yrkar i första hand att rättelse ska ske på så sätt att ny utvärdering ska genomföras där Polstjärnans anbud inte ska beaktas. I andra hand yrkas att Upphandlingen ska göras om.

Kommunen motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Polstjärnan uppfyller inte uppställda krav

Lindögården är ett särskilt boende för äldre där personer med omfattande vårdbehov bor. Insatserna ska ges dygnet runt och Kommunen ställer höga krav på utföraren i upphandlingsdokumentet. Bl.a. krävs att utföraren ska ha ett adekvat ledningssystem enligt SOSFS 2011:9 för den verksamhet som ska bedrivas. Bolaget menar att Polstjärnans ledningssystem vid inlämnandet av anbudet inte levde upp till kraven i punkten 4.10 i upphandlingsdokumentet avseende adekvata rutiner, kvalitetssäkring gällande avvikelshantering etc.

Av Polstjärnans hemsida framgår det under fliken ”tjänster” att Polstjärnan inte driver särskilda boenden, men att det däremot driver s.k. HVB-hem, stöd och matchning, utbildning m.m. Detta är verksamheter som inte är likställda med att driva ett särskilt boende och skillnaderna är omfattande.

I en HVB-verksamhet som omfattar verksamhet med barn finns inte något ansvar enligt hälso- och sjukvårdslagen (HSL). Särskilt boende för äldre omfattar heldygnsvård och omsorg av äldre med komplexa sjukdomar. Av upphandlingsdokumentet punkt 4.6 samt 4.14.2 framgår också att utföraren ska följa HSL och andra lagstiftningar. Flera av dessa lagstiftningar gäller inte HVB-verksamhet. Av upphandlingsdokumentet punkt 4.15, 4.15.2 samt 4.6 framgår vidare att uppdraget omfattar HSL-ansvar inklusive rehabilitering. Denna grundläggande erfarenhet har varken Polstjärnan eller dess företrädare, då de inte har drivit något äldreboende tidigare. Noteras ska att HSL-ansvar upp till sjuksköterske-/paramednivå alltid ingår i drivandet av ett äldreboende men att Kommunen kan ha HSL-ansvaret.

Vidare framgår av upphandlingsdokumentet punkt 3.2.3 att anbudsgivaren ska ha erforderlig teknisk förmåga, resurser, kompetens för uppdragets utförande och genomförande. Därtill anges i punkt 4.16.1 att utföraren ska ha ingående kännedom om vård och omsorg av äldre och personer med funktionsnedsättning med målet om en god livskvalitet för de boende. Till detta kan utläsas av samma punkt att utföraren ska ha särskild kunskap om personer med demenssjukdom, men även ha kompetens att möta andra grupper med särskilda behov. Denna kännedom och kompetens har inte Polstjärnan vilket innebär att företaget inte uppfyllde kraven i punkterna 3.2.3 och 4.16.1 vid inlämnandet av anbudet. Polstjärnan har således inte sanningsenligt fyllt i rutorna under nämnda punkter i sitt anbud.

Det ska vidare poängteras att det av Polstjärnans hemsida framgår att företaget för närvarande håller på att bygga upp verksamhet för bostad med sär-

skild service. Det påtalas även ett rekryteringsbehov. Att Polstjärnan nu håller på att bygga upp en verksamhet talar med styrka för att kraven på erfarenhet, kunskap och kompetens inte fanns på plats då anbudet lämnades in i Upphandlingen. Även detta visar att Polstjärnan inte uppfyller de krav som ställts i punkt 4.16.1 i upphandlingsdokumentet.

När det gäller punkt 3.2.3 i upphandlingsdokumentet så anges där att anbudsgivaren ska ha erforderlig teknisk förmåga, resurser, kompetens och erfarenhet för uppdragets genomförande. För att bl.a. styrka detta krav ska anbudsgivaren bifoga en företagsbeskrivning samt lämna uppgifter om tre tidigare liknande uppdrag, inom offentlig eller privat verksamhet, utförda under de tre senaste åren. Som framgått ovan driver inte Polstjärnan särskilda boenden och har inte heller gjort så under de tre senaste åren. Det finns därför skäl att anta att de inte kunnat lämna externa referenser till styrkande av kravet i punkt 3.2.3.

Kravet på tre tidigare referenser av liknande uppdrag de tre senaste åren är vidare ett högt ställt krav i denna form av upphandling. Härav lämnade endast fyra etablerade bolag inom äldreomsorgsbranschen anbud. Därtill har Kommunen angett att referensuppdragen ska avse liknande uppdrag. Det går inte att tolka liknande uppdrag på annat sätt än andra särskilda boenden i liknande storleksordning som Lindögården. Om det är något annat som avses med liknande uppdrag skulle det ha angivits i upphandlingsdokumentet på ett tydligt sätt. För det fall uppgiften inte framgått på ett tydligt sätt skulle det vara en brist i upphandlingsdokumentationen.

Av "Frågor och svar" nr 16 framgår att en anbudsgivare tolkat kravet på så sätt att nystartade företag får använda företrädare för att styrka tre tidigare liknande uppdrag. Kommunen har svarat att det stämmer. Noteras ska att det av frågan och svaret framgår att det är nystartade företag som avses. Kravet har varit tydligt i denna del och har angetts i upphandlingsdokumentet vilket

har gett potentiella leverantörer anledning att förutsätta att kravet har varit viktigt för Kommunen. Kravet har en adekvat koppling till upphandlingsföremålet och kan inte anses oproportionerligt (jfr HFD 2016 ref. 37).

Enligt Polstjärnans registreringsbevis startades företaget under år 2011 och kan därför inte anses som ett nystartat företag. Kommunen synes dock vara av uppfattningen att pga. att Polstjärnan har gjort en ändring i bolagsordningen som omfattar att bolaget ska verka som privat vårdgivare och ansvara för att bedriva hälso- och sjukvård ska Polstjärnan ses som ett nystartat företag. Detta är inte rimligt och stämmer inte överens med definitionen av ett nystartat företag. Det kan emellertid konstateras att för det fall Polstjärnan skulle ses som ett nystartat företag inom äldreomsorgen så skulle det inte ange att företaget främst skulle bedriva hälso- och sjukvård utan omvårdnad inom äldreomsorg eller omvårdnadsboende. Vidare kan konstateras att det är Kommunen som beställare som ansvarar för hälso- och sjukvårdsinsatser på Lindögården (upphandlingsdokumentet punkt 4.15). Utföraren ska således inte bedriva sådana insatser på Lindögården. Detta innebär att det inte är relevant om företaget bedriver hälso- och sjukvård utan snarare om företaget bedriver omvårdnadsboende. Av Polstjärnans bolagsordning framgår inte att det bedriver omvårdnad inom äldreomsorg eller omvårdnadsboende. Att Polstjärnan endast har gjort den ändring som Kommunen anger visar ytterligare på att företaget inte kan ses som ett nystartat företag, i vart fall inte inom äldreomsorg. Bara för att ett företag gör ändringar i bolagsordningen så innebär det inte att det ska ses som ett nystartat företag. Polstjärnan är således inte ett nystartat företag och har därför inte haft rätt att använda sig av företrädare i Upphandlingen.

Polstjärnan har trots detta angett tre företrädare, LR, IS och LNK, för styrande av kravet på erforderlig teknisk förmåga, resurser, kompetens och erfarenhet samt därtill liknande uppdrag utförda under de tre senaste åren.

Av Polstjärnans anbud framgår att ”*affärsområdeschef omsorg LR har tidigare varit anställd av Sorsele kommun som Socialchef, tillika affärsomsorgschef mellan 130601–150830*”. Det kan konstateras att referensen är densamma som angavs av Polstjärnan i Norrköpings kommuns upphandling av drift av Klingsbergsgatans äldreboende i april 2017. Vidare kan konstateras att Norrköpings kommun granskade LR:s arbetsbetyg och att det då framgick att LR varit anställd som personalchef i Sorsele kommun 120901–160228 och haft en roll som tf. socialchef under perioden 121001–151120. Norrköpings kommun förkastade därför Polstjärnans anbud då referensen inte ansågs uppfylla kravet i den upphandlingen. Bolaget har den 13 juli 2017 varit i kontakt med Sorsele kommun och fått uppgift om att LR arbetade som personalchef under tidsperioden 120901–160228 men att LR under perioden 140615–150630 hade ett uppdrag som tf. socialchef. Av den beskrivning som Polstjärnan har lämnat i sitt anbud i Upphandlingen framstår det som att LR:s huvudsakliga uppdrag i Sorsele kommun var att ansvara för kommunens hela äldreomsorg som socialchef och att tidsperioden för detta uppdrag var två år och tre månader. Detta är uppenbarligen en felaktig uppgift. Sorsele kommun har till Bolaget uppgett att man skrivit fel i det bifogade intyget och att rätt datum ska vara att LR har haft ansvar för kommunens äldreomsorg under den tid då hon fick lönetillägg, dvs. när hon var såväl personalchef som tf. socialchef. Enligt de uppgifter som Bolaget har erhållit från Sorsele kommuns löneenhet var den period då LR fick lönetillägg 140615–150630. Enligt vad som anges i upphandlingsdokumentet punkt 3.2.3 ska uppdraget vara utfört under de tre senaste åren. Detta innebär att uppdraget ska ha utförts under perioden 140524–170524. Mot bakgrund av det sagda kan Polstjärnan endast tillgodogöra sig referensen från 140524–150630 när uppdraget avslutades enligt löneenheten, dvs. ett år och en månad. Därtill hade LR två underställda verksamhetschefer varför LR inte har haft operativt driftansvar på de två mindre boendena i Sorsele kommun samt att tiden är för kort för att motsvara de krav som uppställts i upphandlingsdokumentet punkt 3.2.3. om tidigare uppdrag samt vad som i

övrigt framgår gällande att ha kunskap om att driva äldreboende, kompetens om målgruppens sjukdomar samt kunskap om lagstiftning på en sådan nivå som krävs för att driva ett äldreboende av Lindögårdens storlek.

Av Polstjärnans anbud framgår vidare att företrädaren IS arbetar deltid som verksamhetschef på Brushanens äldreboende och deltid vid Polstjärnan. IS synes dock inte vara anställd som kvalitetsansvarig inom äldreomsorg på Polstjärnan, vilket dock är vad som anges i anbudet. Enligt den uppgift som Bolaget har erhållit var emellertid IS, vid anbudets inlämnande, anställd hos ett konkurrerande företag, nämligen Aleris. Aleris har intygat för Bolaget att IS har haft en heltidstjänst hos företaget fram till årsskiftet 2016 och att hon därefter arbetat som verksamhetschef hos Aleris till 80 procent perioden 170101–170630. Aleris uppger att IS inte har anmält bisyssla och att Aleris inte anser att ett konkurrerande företag kan använda IS som referens för ett uppdrag som har utförts av Aleris. Då Aleris inte anser att IS kan ha en tjänst hos ett konkurrerande företag kan inte IS ses som en företrädare för Polstjärnan. Vidare kan IS inte tillgodogöra sig tiden före samt efter årsskiftet 2016 och Linköpings kommun som naturligt borde vara kontakt vid denna referenstagning har inte heller verifierat referensen. Även för det fall det skulle finnas ett konsultavtal mellan IS och Polstjärnan innebärande att hon skulle ha arbetat 20 procent hos Polstjärnan perioden 170101–170524 har den angivna referensen inte rört ett uppdrag för Polstjärnan och vidare är det överhuvudtaget inte ett liknande uppdrag som ställs krav på i upphandlingsdokumentet. Tilläggas kan att enligt uppgift från IVO så meddelar vanligtvis inte IVO tillstånd om verksamhetschefen arbetar deltid och särskilt inte om det rör sig om ett större äldreboende som Lindögården. Polstjärnan har således uppgivit en person som inte i någon mening kan anses vara en företrädare eftersom hon i vart fall inte var anställd hos Polstjärnan vid tidpunkten för anbudslämnandet. Det är därmed uppenbart att IS inte kan ses som företrädare för Polstjärnan eller att hon har haft liknande uppdrag utfört under de senaste tre åren.

Den sistnämnda företrädaren LNK var vid anbudets inlämnande anställd som organisationskonsult på I.O.H. Organisationsutveckling AB och synes vara så fortfarande. Av Polstjärnans hemsida framgår inte att LNK arbetar som regionschef och hon står inte angiven tillsammans med företagsledning och ledning inom affärsområde omsorg. En företrädare, utifrån vad Kommunen har argumenterat för i yttrande till rätten gällande ett vidare begrepp, borde i vart fall innefatta en person som är anställd av företaget som anger denne som referens och därtill arbetar i den roll som står angiven i anbudet. Vidare är LNK endast suppleant i Polstjärnans styrelse och inte ordinarie ledamot. Hon har därmed inte varit aktiv i styrelsen och har inte haft något personligt ansvar. Därtill kan det konstateras att det uppdrag som angetts för LNK sträcker sig över mycket kort tid då hon endast kan tillgodoräkna sig tiden som referens under åren 2014–2015. LNK kan således inte ses som företrädare för Polstjärnan.

Avseende vad Kommunen anfört om företrädare och begreppets eventuella utvidgning kan det konstateras att det med företrädare i aktiebolagslagens mening avses ordinarie styrelse och vd. Av den information som Bolaget har erhållit framgår att ingen av de ovan angivna personerna sitter som ordinarie styrelseledamöter eller arbetar i Polstjärnans ledningsgrupp.

Mot bakgrund av det ovan angivna framkommer att Polstjärnan, trots att det inte är ett nystartat företag, har använt sig av företrädare. Att icke nystartade företag har fått använda sig av företrädare har inte framgått av Upphandlingsdokumentet. Detta har också inneburit en uppenbar fördel för Polstjärnan i strid med likabehandlingsprincipen. Polstjärnan har vidare använt sig av personer som inte är att anse som företrädare för företaget, inte har erfarenhet av liknande uppdrag under de tre senaste åren eller erfarenhet och kompetens som i övrigt anges i upphandlingsdokumentet. Polstjärnans anbud uppfyller därmed inte uppställda krav och får således inte antas.

Vad gäller Bolagets kontakter med företrädare för Sorsele kommun så kan det konstateras att kommunen vid det andra kontakttillfället har fått Bolagets yttrande uppläst för sig och då bekräftat att de uppgifter om tidsangivelser m.m. som anges däri avseende främst LR och hennes uppdrag som tf. socialchef är korrekta. Med anledning härav anser Bolaget det mycket märkligt och förvånande att Sorsele kommun nu skulle ange andra uppgifter till Kommunen.

Otillåten komplettering av anbudspris

Kommunen har efter att Polstjärnan lämnat in anbud tillskrivit bolaget och efterfrågat förtydligande beträffande det lämnade anbudspriset. Kommunen har därvid ställt en ledande fråga varvid Polstjärnan getts möjlighet att komplettera sitt pris. Om Polstjärnans anbud beaktats så som det getts in vore det ofullständigt och skulle ha förkastats eller i vart fall ansetts som onormalt lågt. Detta har dock inte gjorts varvid Kommunen uppenbarligen handlat i strid med 4 kap. 9 § samt 19 kap. 27 § LOU. Polstjärnan har genom Kommunens agerande fått en konkurrensfördel i förhållande till de andra anbudsgivarna då det har fått komplettera sitt pris och därtill har Kommunen inte följt bestämmelserna i LOU vad gäller onormalt låga anbud.

Skäl för omgörande

För det fall upphandlingsdokumentet samt ”Frågor och svar” inte ska uppfattas på så sätt som Bolaget har angett ovan så har Kommunen varit otydlig i denna del av Upphandlingen. Otydligheten har påverkat anbudsgivarna i det konkurrensuppsökande skedet och Kommunen har härmed handlat i strid med transparensprincipen i 4 kap 1 § LOU.

Skada

Bolaget har lidit skada till följd av att Kommunen inte följt Upphandlingsdokumentet, LOU samt praxis och därtill inte uteslutit Polstjärnans anbud från Upphandlingen. Kommunen har antagit Polstjärnans anbud trots att bolaget inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Hade Kommunen följt Upphandlingsdokumentet och de unionsrättsliga principerna hade Bolaget tilldelats kontraktet i Upphandlingen.

Kommunen

Bolaget har i sin ansökan gjort gällande att Polstjärnan inte svarat sanningsenligt på de frågor som Kommunen ställt krav på ska besvaras i Upphandlingen och därigenom inte ska anses uppfylla samtliga ställda krav. De krav som specifikt utpekats är kravet i punkt 4.10, 4.16.1 samt 3.2.3. Slutligen gör Bolaget gällande att Polstjärnan ska ha tillåtits göra en otillåten komplettering.

Polstjärnan uppfyller samtliga uppställda krav

I upphandlingsdokumentet punkt 4.10 anges uppställda krav på ledningssystem. Detta krav, liksom samtliga övriga krav under punkten, har Polstjärnan accepterat och i sitt anbud bekräftat som uppfyllt samt att man också bifogat sitt verksamhetssystem. Detta har granskats och befunnits tillfyllest av Kommunen.

Kommunen bestrider vidare Bolagets påstående att Polstjärnan brister i uppfyllelse av kravet i punkt 4.16.1 avseende utförarens kompetens. Kravet stadgar att utföraren ska ha ingående kännedom om vård och omsorg av äldre och personer med funktionsnedsättning med målet om en god livskvalitet för brukaren. Liksom kravet om ledningssystem utgör även detta krav

ett avtalsvillkor – ett krav på tjänsten – som ska accepteras/bekräftas av anbudsgivaren och som inte ytterligare behöver bevisas i samband med anbudsgivningen. Polstjärnan har i sitt anbud angett att samtliga krav under punkt 4.16 beträffande personal accepteras och uppfylls av Polstjärnan. Kommunen saknar anledning att ifrågasätta Polstjärnans utfästelse om kravuppfyllnad.

Under alla omständigheter påminner Kommunen om Upphandlingens entreprenadspecifika krav beträffande tillstånd för att bedriva verksamhet enligt SoL. Polstjärnan har i sitt anbud bekräftat att företaget är införstått med att erforderligt tillstånd krävs och att detta ska uppvisas vid avtalsstart. Även av denna anledning saknas således grund för Kommunen att ifrågasätta Polstjärnans tekniska förmåga och yrkesmässiga kapacitet eftersom att Polstjärnan har intygat att tillstånd som krävs för verksamhetens bedrivande innehas vid avtalsstart.

Vad Bolaget vidare har framfört med hänvisning till Polstjärnans hemsida ska lämnas utan avseende. Det underlag som är relevant för Upphandlingen har ingetts i målet och det som är avgörande för förvaltningsrättens prövning är huruvida Polstjärnan har accepterat kraven i Upphandlingen – vilket Polstjärnan har gjort – samt huruvida kraven är styrkta på efterfrågat sätt – vilka de är. Därtill ska påpekas att den farhåga som kan utläsas i Bolagets ansökan beträffande befarat avtalsbrott från Polstjärnans sida dels helt saknar grund och utgör obefogade spekulationer, dels under alla omständigheter utgör ett framtida avtalsrättsligt spörsmål mellan Kommunen och Polstjärnan utan upphandlingsrättslig relevans för prövningen i detta mål.

Bolaget har därtill gjort gällande att Polstjärnan inte uppfyller uppställt krav i punkt 3.2.3 i upphandlingsdokumentet avseende teknisk förmåga och yrkesmässig kapacitet. Till styrkande av kravets uppfyllnad har Polstjärnan i enlighet med vad som föreskrivits i nämnda krav bifogat en företagsbe-

skrivning samt lämnat uppgift om tre tidigare liknande uppdrag utförda under de tre senaste åren. Polstjärnan har inom ramen för uppfyllandet av referenskravet åberopat utvalda företrädare för företaget som innehar efterfrågad kompetens och erfarenhet genom sina åberopade referensuppdrag. Kommunen har bedömt att Polstjärnan genom sin företagsbeskrivning och lämnade uppgifter om referensuppdrag uppfyller kravet på teknisk förmåga och yrkesmässig kapacitet. Bolaget synes vidare felaktigt tro att de referensuppdrag som angetts ska ha haft en varaktighet av tre år. Kravet är istället att uppdraget ska ha varit utfört de senaste tre åren som föregår sista dag för ingivande av anbud.

Bolaget menar vidare att Polstjärnan inte skulle ha rätt att åberopa företrädarens referensuppdrag avseende företagens uppfyllande av referenskravet. Detta är inte korrekt. Bolaget synes göra gällande att Kommunen – genom att tillåta att anbudsgivare också åberopar erfarenhet/referenser hos dess företrädare såsom referenser från tidigare arbetsgivare – endast givit denna rätt till anbudsgivare som nyligen registerat ett aktiebolag eller nyligen påbörjat verksamhet i annan associationsrättslig form. Detta är felaktigt. Med nystartat företag får utöver nyregistrerade företag givetvis även förstås företag som är nystartade inom den i Upphandlingen efterfrågade branschen och det specifika verksamhetsområdet, men i och för sig varit registrerade i näringsregister en tid. En annan tolkning vore direkt orimlig eftersom det skulle innebära att t.ex. ett bolag som vill expandera sin verksamhet – för att tolkas så som nystartat i den mening som Bolaget gör gällande – måste bilda och registrera ett nytt separat dotterbolag eller dylikt för att möjliggöra sin utveckling på det nya verksamhetsområdet. Det vore enligt Kommunens uppfattning i direkt strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna, i synnerhet likabehandling och proportionalitet, om Kommunen inte accepterade att även företag med nystartad verksamhet inom det specifika verksamhetsområdet tilläts uppfylla referenskrav genom att åberopa sina företrädarens referensuppdrag för bolagets kravuppfyllelse. Den inne-

börd som varit avsedd är den som Kommunen ovan redovisat. Gällande Polstjärnan så är Bolaget enligt Kommunens mening att betrakta som nyetablerat inom äldreomsorg och LSS. Detta bl.a. mot bakgrund av den registrerade ändringen den 13 mars 2017 av Polstjärnans bolagsordning som medförde att bolaget även kommer att verka som privat vårdgivare och ansvara för att bedriva hälso- och sjukvård. Därmed är Polstjärnan att likställas med ett nystartat företag inom detta område.

I anslutning härtill noterar Kommunen att Bolaget synes ha missuppfattat vad som avses med benämningen *företrädare* för företag och har givit detta begrepp en alltför snäv innebörd. Med företrädare avses givetvis semantiskt en bredare definition än den som Bolaget synes vilja inskränka kretsen till, dvs. behöriga firmatecknare. Att något krav uppställts på att möjligheten att åberopa referenser från företrädare skulle vara begränsad till behöriga firmatecknare framgår överhuvudtaget inte av Kommunens medgivande därtill och detta har inte heller varit avsikten. Inte heller har Kommunen de facto uppställt ett krav på att referenserna skulle avse det avtalsrättsliga begreppet ”behörig företrädare”. Även för det fall Kommunen skulle ha åsyftat behörig företrädare för bolaget så uppfyller Polstjärnan kravet ifråga då företrädarna utgörs av affärsområdeschefen för affärsområdet omsorg, regionschefen respektive den kvalitetsansvarige för äldreomsorg. Det torde vara extremt ovanligt att upphandlande myndigheter och enheter som tillåter att referenser åberopas för andra och inte det anbudsgivande företaget i sig till uppfyllande av kvalificeringskrav, uppställer krav på att dessa personer skulle vara behöriga firmatecknare eller ens behöriga företrädare. Tvärtom medges ofta åberopande av personal längre ned i organisationen – såsom platschefer och anställda hos tekniska konsulter – vilka ofta besitter de för upphandlingsföremålet betydelsefulla och avgörande referenserna, till skillnad från företagsledare. Det ska vidare framhållas att Kommunen inte uppställt detaljerade krav avseende referensernas innehåll, såsom exempelvis att referensen ska ha viss omfattning ekonomiskt eller pågått under viss tid eller

krävt att den åberopade företrädaren ska ha haft viss position. Bedömning av referenser har skett utifrån i upphandlingsdokumentet angivna krav till säkerställande av att anbudsgivaren förfogat över erforderlig kompetens och resurser för uppdragets utförande.

Gällande företrädaren LR för Polstjärnan så går det inte utifrån titel och eventuella lönetillägg kopplade till denna påstå att erfarenhet saknas av såväl arbetsuppgifter som ansvar. Givetvis måste de verkliga arbetsuppgifterna och den erfarenhet dessa genererat värderas och tillmätas betydelse. Kommunen fann, genom kontakt med angiven referensperson i Sorsele kommun, detta mer än väl uppfyllt avseende LR och hennes erfarenhet ansågs med råge uppfylla ställda krav på erfarenhet. De uppgifter som lämnades vid referenstagningen har vidimerats av till rätten ingivet utlåtande av ordföranden i Social- och utbildningsutskottet i Sorsele kommun. Av utlåtandet framgår vilka arbetsuppgifter och vilket ansvar som LR haft under sin anställning hos Sorsele kommun avseende äldreomsorg och att hon med god marginal uppfyller ställda krav, såväl innehålls- som tidsmässigt.

När det gäller företrädaren IS så har Bolaget anfört att det är uppenbart att IS inte haft tidigare liknande uppdrag de tre senaste åren. Kommunen vill här hänföra sig till vad som tidigare anförts avseende det krävda innehållet i referensuppdragen och finner utifrån dessa krav att även IS med god marginal uppfyller ställda krav på erfarenhet. När det gäller vad Bolaget anfört kring IS grad av anställning på företaget samt avsaknaden av uppgifter om henne på bolagets hemsida m.m. så är detta irrelevant för prövningen i målet och ska lämnas utan avseende. De uppgifter som Polstjärnan lämnat i anbudet avseende IS är korrekta och har accepterats av Kommunen. Det ska framhållas att Kommunen varken har ställt krav på heltidsanställning för företrädare eller på position hos angiven referensperson. Givetvis hade Kommunen inte accepterat en referensperson som inte kunnat uttala sig om relevant erfarenhet. Den namngivna verksamhetschefen på ett vårdbolag

uppfyller enligt Kommunens uppfattning kravet på verkshöjd hos en referensperson och således är IS att anse som företrädare för Polstjärnan och genom den åberopade referensen är Kommunens krav på erfarenhet uppfyllt.

Vad avser företrädaren LNK så är hon styrelseledamot för Polstjärnan varför hon t.o.m. uppfyller den – i och för sig felaktiga – innebörd av begreppet företrädare som Bolaget synes anse ska gälla i Upphandlingen. Ytterligare kommentarer och argument avseende kravuppfyllelse är överflödiga.

Otillåten komplettering har ej förekommit

Den uppenbara felskrivningen av Polstjärnans lämnade anbudspris som efterfrågats har inte utgjort en otillåten komplettering. Förtydligandet, eller rättelsen av felskrivningen, är förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet. Kammarrätten i Jönköping fastslog i dom i mål nr 2896-16 att den aktuella anbudsgivarens svar som ostridigt lämnats under korrekt punkt i förfrågningsunderlaget, men på andra rader än de avsedda, skulle beaktas. På motsvarande sätt skulle Polstjärnans lämnade uppgifter under alla omständigheter ändå ha beaktats av Kommunen varför rättelsen av felskrivningen på fel rad saknar betydelse för målet i förhållande till att Bolaget ändå inte lider skada av förtydligandet – som dessutom är tillåtet.

Skäl för omgörande saknas

Upphandlingsdokumentet liksom Upphandlingens genomförande har i sin helhet följt LOU och det grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det konkurrensuppsökande skedet har inte skadats i något av Bolaget påstådda hänseenden. Kommunen har vidare mycket svårt att av det anförda härleda hur påståendet om otydligheter i Upphandlingen ska ha påverkat Bolaget negativt med följd att Bolaget riskerar att lida eller har lidit skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § LOU).

En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling (4 kap. 9 § första stycket LOU).

I aktuellt mål har Kommunen skickat ut följande skrivelse till Polstjärnan.
”Vi har uppmärksammat att ni har skrivit på fel rad i anbudsformuläret, se bifogat dokument. Vänligen bekräfta att de angivna priserna på raden ”summa” stämmer för respektive kostnadsnivå.”

På denna förfrågan har Polstjärnan svarat följande.

”Polstjärnan bekräftar att det skett ett skrivfel då anbudspris per dygn hamnat i kolumnen för summa. Vi bekräftar härmed att de angivna priserna på raden ”summa” stämmer för respektive kostnadsnivå. Vi är tacksamma för att detta skrivfel har uppmärksamrats.”

Förvaltningsrätten konstaterar att Polstjärnan inte tillfört anbudet ny information utan endast bekräftat att befintliga uppgifter hamnat på fel rad. Det har vidare varit fråga om ett förhållandevis begränsat antal uppgifter samt att Kommunen inte har behövt leta efter den efterfrågade informationen i anbudet (jfr Kammarrättens i Jönköping dom i mål nr 2896-16). Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att det endast varit fråga om en rättelse av en felskrivning i en handling som getts in av leverantören varför någon otillåten komplettering ej varit för handen. Något skäl att ingripa mot Upphandlingen på anförd grund föreligger inte.

Förvaltningsrätten tar därefter ställning till Bolagets invändning om att Polstjärnan inte är ett nystartat företag och därmed inte har haft rätt att använda sig av företrädare för att uppfylla uppställt obligatoriskt krav i punkt 3.2.3 i upphandlingsdokumentet.

I ”Frågor och svar” har en leverantör ställt följande fråga.

”Vår tolkning är att nystartade företag får använda företrädare för att styrka 3 tidigare liknande uppdrag, inom offentlig eller privat verksamhet, utförda under de tre senaste åren. Är vår tolkning riktig?”

På denna fråga har Kommunen svarat ”*Det stämmer.*”

Enligt förvaltningsrättens mening är den innebörd av fråga och svar som Kommunen förordar rimlig, dvs. att med ”nystartat företag” menas inte bara nybildade företag utan även företag som är nya på det aktuella verksamhetsområdet. Detta för att möjliggöra för fler företag att delta i konkurrensen om det upphandlade kontraktet, vilket är i enlighet med LOU:s bakomliggande syften. Det är i målet ostridigt att Polstjärnan gjort en ändring av sin bolagsordning den 13 mars 2017 vilken innebär att bolaget ska verka som privat vårdgivare och bedriva hälso- och sjukvård. Polstjärnan är således att anse som ett nystartat företag inom detta område där enligt rättens mening äldre-

omsorg kan innefattas. Förvaltningsrätten finner därmed att Polstjärnan haft rätt att använda sig av företrädare för att uppfylla uppställt obligatoriskt krav på teknisk förmåga och yrkesmässig kapacitet i punkt 3.2.3. Vidare anser inte förvaltningsrätten att det skulle föreligga någon otydlighet i ”Frågor och svar” avseende denna fråga. Den ställda frågan med Kommunens efterföljande svar har förvisso inneburit en ändring av upphandlingsdokumentet, men det är fråga om en lättnad av det uppställda obligatoriska kravet som dessutom gjorts i god tid innan sista dagen för anbudsinslämnande. Förvaltningsrätten kan inte heller se att Bolaget, som uppfyllt det aktuella kravet, riskerat att lida skada till följd av Kommunens ändring. Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte finns skäl till ingripande enligt LOU på grund av det Bolaget anfört i aktuell del.

Därtill har Bolaget anfört att upphandlingsdokumentet skulle vara otydligt vad avser kravet i punkt 3.2.3 på referenser avliknande uppdrag de tre senaste åren. Den delen av kravet som avser referenser är utformad som följer.

”[...] För att styrka detta ska anbudsgivaren bifoga en företagsbeskrivning samt lämna uppgifter om tre (3) tidigare liknande uppdrag, inom offentlig eller privat verksamhet, utförda under de tre (3) senaste åren.”

Vad gäller uppdragens varaktighet finner förvaltningsrätten det tydligt att de inte behöver ha viss längd utan att kravet endast innebär att de inte får ha utförts tidigare än de senaste tre åren. När det gäller vad som avses med ”liknande uppdrag” så har det förvisso inte explicit angetts vad som ska anses vara liknande uppdrag, men förvaltningsrätten bedömer emellertid att det framstår som rimligt att man med liknande uppdrag menar erfarenhet av att driva äldreboenden. Något klart avgränsande krav på viss storlek av äldreboende kan dock inte anses föreligga. Även om kravet inte är optimalt utformat anser förvaltningsrätten att det är tillräckligt tydligt för att anbudsgivare ska förstå vad som tillmäts betydelse i Upphandlingen (se RÅ 2002

ref. 50). Sammantaget bedöms upphandlingsdokumentet därmed inte brista i transparens eller stå i strid mot någon annan upphandlingsrättslig princip. I likhet med vad som angetts ovan avseende ändringen genom ”Frågor och svar” så kan förvaltningsrätten inte se att Bolaget, som uppfyllt det aktuella kravet, riskerat att lida skada till följd av anförd brist. Skäl för ingripande enligt LOU på grund av det Bolaget anför i aktuell del föreligger ej.

Bolaget menar därtill att de företrädare som Polstjärnan använt sig av för att uppfylla kravet i punkt 3.2.3 i Upphandlingen varken är att anse som företrädare i aktiebolagslagens mening eller uppfyller kravet på att ha utfört tre liknande uppdrag under de tre senaste åren samt att Polstjärnan inte heller uppfyller upphandlingsdokumentets krav i punkt 4.16.1 avseende utförarens kompetens och 4.10 gällande ledningssystem.

Vad gäller det faktum att angivna företrädare inte är behöriga firmatecknare eller företrädare i aktiebolagslagens mening så konstaterar förvaltningsrätten att det inte ställts något sådant krav i Upphandlingen. Förvaltningsrätten instämmer också i vad Kommunen anför om att det är personal längre ned i organisationen, t.ex. platschefer, som brukar åberopas i upphandlingar för att uppfylla krav på referenser snarare än företagsledare.

När det gäller de enskilda företrädare som använts för att styrka Polstjärnans uppfyllnad av kravet i punkt 3.2.3 så konstaterar förvaltningsrätten att det inte har ställts några detaljerade krav på anställningens omfattning, längd på uppdrag eller att den åberopade företrädaren ska ha haft viss position. Gällande LR så framgår det av ingivet intyg utfärdat av Ordföranden i social- och utbildningsutskottet i Sorsele kommun bl.a. att ”[...] LR haft ansvar för kommunens äldreomsorg under perioden 121001–151120.” Dessa uppgifter har vidimerats av ytterligare tre anställda inom Sorsele kommun. Bolaget har anförts att i enlighet med uppställt krav ska åberopade uppdrag ha utförts under tiden 140524–170524. Vidare menar Bolaget att man fått uppgift om

att LR endast varit ansvarig för kommunens äldreomsorg fram till dess hennes lönetillägg upphörde, nämligen den 30 juni 2015. Oavsett om det förhåller sig på det viset så har LR varit ansvarig för Sorsele kommuns äldreomsorg under en tid av ett år och en månad och detta uppdrag är utfört inom de senaste tre åren. Således uppfyller LR i Upphandlingen uppställt krav.

Avseende IS så har det i Polstjärnans anbud angetts att hon bl.a. varit verksamhetschef hos Aleris Omsorg AB för Brushanens äldreboende i Linköping under tiden 2012–2017 och att hon nu arbetar deltid för Polstjärnan och deltid för Brushanen. Gällande företrädaren LNK anges att hon varit anställd som Klustersamordnare/verksamhetschef på Kosmo AB (numera Norlandia AB) vilket innebär att hon ansvarade för sju olika äldreboenden. Hon satt vidare i Kosmos ledningsgrupp samt att hon också varit verksamhetschef för äldreboendet Skräddargården.

Förvaltningsrätten finner att enligt de uppgifter som lämnats om åberopade företrädare i Polstjärnans anbud så uppfyller dessa det uppställda kravet i punkt 3.2.3. Kommunen har i upphandlingsdokumentet inte fordrat någon ytterligare bevisning på kravuppfyllelse utöver det som Polstjärnan presterat och att uppställa ett mer långtgående krav endast för viss anbudsgivare skulle innebära ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Förvaltningsrätten tar slutligen ställning till vad Bolaget anfört om Polstjärnans bristande uppfyllelse av kraven i punkt 4.16.1 och 4.10. Såväl kravet om ledningssystem som kravet rörande utförarens kompetens ska i enlighet med vad som anges i upphandlingsdokumentet endast accepteras/bekräftas av anbudsgivaren och behöver inte bevisas ytterligare i samband med anbudsgivningen. Polstjärnan har i sitt anbud angett att samtliga krav under punkt 4.16 och 4.10 accepteras och uppfylls av Polstjärnan.

Med beaktande av hur ovan nämnda krav är formulerade i upphandlingsdokumentet finner förvaltningsrätten dessutom att de utgör s.k. kontraktsvillkor som ska uppfyllas först vid utförandet av aktuellt uppdrag. Följden av en leverantörs eventuella bristande skall-kravsuppfyllnad vid kontraktets fullgörande är inte en upphandlingsrättslig fråga, utan får lösas på kontraktsrättslig väg.

Sammanfattningsvis kan vad Bolaget anfört i målet inte föranleda att någon åtgärd enligt 20 kap. 6 § LOU blir aktuell. Ansökan om överprövning ska i enlighet härmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Magnus Wickström

Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller

4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

