



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2012-12-05
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
2890-12 E

SÖKANDE

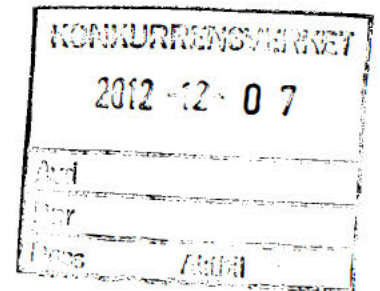
Firma Asken [REDACTED]
[REDACTED]

MOTPART

Östersunds kommun
831 82 Östersund

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 47858

Postadress
Box 314
871 27 Härnösand

Besöksadress
Backgränd 9

Telefon
0611 - 34 98 00
E-post:
forvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax
0611 - 34 98 10

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Östersunds kommun (kommunen) genomför en upphandling av bemaningstjänster (ref nr 2011-119, dnr 1979-2012). Genom tilldelningsbeslut den 31 augusti 2012 antog kommunen avseende avtalsområde 1 fem leverantörer enligt rangordning för Bergs, Härjedalens, Krokoms, Åre och Östersunds kommuner

1. Big Care AB
2. StudentConsulting Sweden AB
3. Kornboden Resurs AB
4. LäkarLeasing i Sverige AB
5. Dedicare AB

YRKANDEN M.M.

Firma Asken [REDACTED] (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU avseende avtalsområde 1, "Vård och omsorg, Östersunds kommun, Sjuksköterskor och distriktssköterskor" och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att utvärderingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Bolaget har haft motsvarande avtal mellan åren 2008 till 2012. När nu bolaget har lämnat anbud med det bästa priset i sitt avtalsområde och dessutom fått goda referenser är det uppenbart att upphandlingsprocessen måste ha missat sitt syfte. Utvärderingen av anbuden har varit orimlig. Enligt gällande bestämmelser och förfrågningsunderlaget ska det anbud som antas vara det som är ekonomiskt mest fördelaktigt för kommunen med hänsyn till pris och tillhandahållande av tjänster. Ingenstans i förfrågningsunderlaget finns det angivet hur kommunen värderar kriterierna i förhållande till varandra, vilket strider mot principerna om transparens och förutsägbarhet. Utfallet av utvärderingen får förhållandet ca 6 procent för priset och ca 94 procent för tillhandahållande av tjänster (referenternas svar). Utvärderingssammansättningen innebär också att det fullkomligt orimliga resultatet att anbudsgivaren kan lämna ett fyra gånger så högt pris så länge denna ser till att

referenserna ger maximal utdelning. Risken är uppenbar att denna utvärderingsmetod blir än mer kostnadsdrivande vid framtida upphandlingar, eftersom kriteriet pris har så låg viktning i relation till kriteriet tillhandahållande av tjänst. Anbudsgivarna blir sannolikt mer måna om att få fram goda referenser än att räkna fram lägsta pris. En annan viktig aspekt i sammanhanget är att den starka övervikten på referenternas betydelse kan gynna stora etablerade företag och missgynna små och nyetablerade företag som inte har så många relevanta referenser att tillgå. Detta motverkar likabehandlingsprincipen. De frågor som ställts till referenspersonerna, och likaså alternativen till svar, är mycket dåligt utformade. Svaren på förfrågningsunderlagets fyra frågor till referenterna utgör tilldelningskriteriet tillhandahållande av tjänst och betygssätts enligt följande bedömning och poängsättning:

100 procent Mycket bra, uppfyller våra krav med råge, ger stort mervärde.

Poäng = SEK 10 000

50 procent Bra, uppfyller våra förväntningar, ger visst mervärde.

Poäng = SEK 5 000

0 procent Acceptabelt, godkänd nivå, ger dock inget mervärde.

Poäng = SEK 0

Svarsalternativen strider mot proportionalitetsprincipen. Upphandlaren får inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som kan anses ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven måste ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Förutom att referensernas poängsätt är orimligt högt viktade rymmer tolkningen av frågorna en mycket stor godtycklighet/subjektivitet hos den enskilde referenten. I förfrågningsunderlaget framgår det *att* men inte *hur* referenternas svar ska viktas i den sammanvägda bedömningen, och inte heller att referenternas svar ska viktas så mycket högre än priset.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Bolaget har gjort gällande att kommunen inte angivit hur

viktningen av utvärderingskriterier ska gå till. Detta är felaktigt och kommunen vill göra domstolen uppmärksam på att viktning och utvärderingskriterier mycket tydligt framkommer i förfrågningsunderlaget. I punkt 1.6 framgår att det anbud ska antas som är det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till pris och tillhandahållande av tjänster. Under samma punkt framgår att leverantörernas eget anbudspris justeras i ett så kallat jämförelsepris. Ju högre kravuppfyllnad ett anbud kan visa i utvärderingen, desto lägre jämförelsepris. Den leverantör som efter utvärderingen har det lägsta jämförelsepriset antas. Vidare framgår under punkt 2.2.17 med tydlighet hur referenspersonernas svar kommer att utvärderas. Det kan därmed inte finnas någon tvekan om att kommunen i upphandlingen på ett transparent och likabehandlande sätt visat hur utvärderingen ska genomföras. Bolaget påstår att referensernas betydelse har en orimligt stor inverkan på det jämförelsetal som avgjort tilldelningsbeslutet. Kommunen hävdar motsatsen och att det är kommunen som ställer upp kraven utifrån verksamhetens behov, inte utifrån en leverantörs önskemål. Bolaget vill också ge sken av att det i förfrågningsunderlaget inte framgår hur referenternas svar ska viktas i den sammanvägda bedömningen (jämförelsepris), och inte heller att referenternas svar ska viktas så mycket högre än pris. Kommunen anser att det med tydlighet av förfrågningsunderlaget framgår hur referenternas svar ska viktas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

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 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 (16 kap. 6 § LOU).

Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2002 ref. 50).

Handlingarna i målet

Av förfrågningsunderlaget punkten **1.6 Utvärdering** framgår följande.

1.6.1 Utvärdering

Det anbud ska antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till följande tilldelningskriterier

1. Pris
2. Tillhandahållande av tjänster

Leverantörens egna anbudspris justeras i ett så kallat jämförelsepris. Ju högre kravuppfyllnad ett anbud kan visa i utvärderingen, desto lägre jämförelsepris. Den leverantör som efter utvärderingen har det lägsta jämförelsepriset antas.

Av förfrågningsunderlaget punkten **2.2.17 Tillhandahållande av tjänster** framgår följande.

För utvärdering av kriteriet tillhandahållande av tjänster ska leverantören ange två stycken referenser för bedömning av deras arbetssätt. Referenser ska lämnas enligt punkt 2.2.18 och 2.2.19. Referensen ska vara informerad om att de är utsedd som referenspersoner samt förberedd på frågor för att säkerställa att de kan svara på dessa, samt referenserna ska vara anträffbara per telefon eller e-post.

Följande frågor kommer att ställas till referenspersonerna för utvärdering:
Hur väl uppfyllde/uppfyller leverantören era förväntningar att tillhanda-

SEK 10 000

*hålla konsulter enligt avtalad tid?
(Fasta svarsalternativ)*

% 100 Mycket bra, uppfyller våra förväntningar med råge, ger stort mervärde

% 50 Bra, uppfyller våra förväntningar, ger visst mervärde

% 0 Acceptabel, godkänd nivå, ger dock inget mervärde

*Hur väl uppfyllde/uppfyller leverantören era förväntningar att identifiera och förstå uppdragsgivarens behov?
(Fasta svarsalternativ)*

SEK 10 000

% 100 Mycket bra, uppfyller våra förväntningar med råge, ger stort mervärde

% 50 Bra, uppfyller våra förväntningar, ger visst mervärde

% 0 Acceptabel, godkänd nivå, ger dock inget mervärde

*Hur väl uppfyllde/uppfyller leverantören era förväntningar att leverera efterfrågad kompetens?
(Fasta svarsalternativ)*

SEK 10 000

% 100 Mycket bra, uppfyller våra förväntningar med råge, ger stort mervärde

% 50 Bra, uppfyller våra förväntningar, ger visst mervärde

% 0 Acceptabel, godkänd nivå, ger dock inget mervärde

*Hur väl uppfyllde/uppfyller leverantören era förväntningar på att hantera och administrera uppdrag i enlighet med avtalade villkor?
(Fasta svarsalternativ)*

SEK 10 000

% 100 Mycket bra, uppfyller våra förväntningar med råge, ger stort mervärde

% 50 Bra, uppfyller våra förväntningar, ger visst mervärde

% 0 Acceptabel, godkänd nivå, ger dock inget mervärde

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet som förvaltningsrätten har att ställning till är om kommunen brutit mot bestämmelserna i LOU genom förfrågningsunderlagets utform-

ning och den genomförda utvärderingen och om detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris och tillhandahållande av tjänster kommer att antas. Vidare framgår att leverantörens pris kommer att justeras i ett jämförelsepris baserat på hur hög kravuppfyllnad ett anbud kan visa i utvärderingen. Av förfrågningsunderlaget framgår också hur referensernas svar kommer att poängsättas. Utvärderingen har sedan skett på så sätt att anbudsgivarens pris har minskats med de poäng anbudsgivaren fått genom referenserna. Bolaget har invänt att utvärderingen varit orimlig, att priset viktats för lågt och att det av förfrågningsunderlaget inte framgår hur viktningen kommer att ske.

Förvaltningsrätten anser att det av förfrågningsunderlaget kan utläsas att anbudsgivarens pris kommer att viktas mot poängen från referenssvaren. Det är inte helt tydligt exakt hur viktningen kommer att ske, men enligt förvaltningsrättens mening är inte förfrågningsunderlaget så otydligt att det innebär ett brott mot de grundläggande principerna i LOU. Utvärderingen har skett genom att anbudsgivarens pris minskats med de poäng anbudsgivaren fått genom referenserna och anbudsgivaren som därför har det lägsta jämförelsepriset har antagits som leverantör. Förvaltningsrätten anser inte att förfrågningsunderlagets utformning eller utvärderingen har utformats i strid med bestämmelserna i LOU.

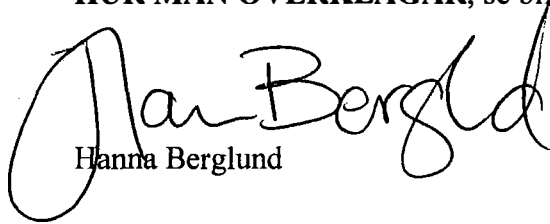
Vad gäller frågorna som ställts till anbudsgivarens referenser och de svarsalternativ som funnits har bolaget anfört att referenstagningen missgynnar nystartade och mindre företag samt att svarsalternativen är oproportionerliga eftersom de ställer högre krav än nödvändigt på leverantören. Förvaltningsrätten anser inte att referenstagningen eller de i förfrågningsunderla-

get angivna svarsalternativen innebär att kommunen agerat i strid med LOU.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten därmed att det inte är visat att kommunen agerat i strid med LOU på ett sådant sätt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Hanna Berglund



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1C LOU