

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-06-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11450-08
Rotel 558

SÖKANDE

Edebohemmet AB, 556628-1696
P1 1580
763 91 Hallstavik

Ombud 1: Advokat Sofia Mårtensson
Ombud 2: Advokat Eva-Maj Mühlenbock
Advokatfirman Lindahl KB
Box 14240
104 40 Stockholm

MOTPARTER

1. Danderyds kommun
Box 28, Mörby centrum
182 11 Danderyd

2. Norrtälje kommun
Box 800
761 28 Norrtälje

3. Täby kommun
183 80 Täby

4. Vallentuna kommun
186 86 Vallentuna

5. Vaxholms stad
185 53 Vaxholm

6. Österåker kommun
184 86 Åkersberga

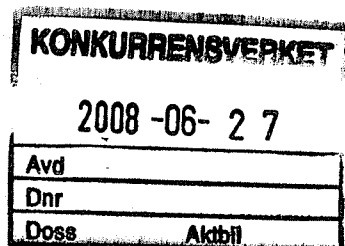
Ombud för 1-6:
Birgitta Palm
Täby kommun
183 80 Täby

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Edebohemmet AB:s ansökan om ingripande enligt LOU och förordnar att upphandlingen av Insatser för psykiskt funktionshindrade ska göras om i den del som gäller Hem för vård eller boende.



Dok.Id 343625

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00
E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Kommunerna Danderyd, Norrtälje, Täby, Vallentuna och Österåker samt städerna Lidingö och Vaxholm har med Täby kommun som samordnande kommun genomfört en förenklad upphandling enligt 6 kap. LOU av Insatser för psykiskt funktionshindrade. Upphandlingen som var uppdelad i två delar, en avseende "Hem för vård eller boende" och en avseende "Särskilt boende", påbörjades före den 1 januari 2008.

Av tilldelningsbeslutet framgår att Edebohemmet AB (bolaget) inte uppfyllt kvalificeringskravet på tre godkända referenser med motiveringen att två referenser kom in varav den ena uppgav att erfarenheten av anbudsgivaren varit så kortvarig att referenten endast kunnat besvara hälften av referensfrågorna.

YRKANDE M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen gällande kommunerna Danderyd, Norrtälje, Täby, Vallentuna och Österåker samt staden Vaxholm (upphandlande enheterna) och yrkar att upphandlingen, i den del den avser Hem för vård eller boende, får avslutas först sedan rättelse vidtagits innebärande att en ny utvärdering av anbuden och val av leverantör ska genomföras varvid bolagets anbud ska utvärderas. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Bolaget har i anbudet uppgivit fem referenser och vidtalat dessa. Av tilldelningsbeskedet framgår att upphandlingen, av för bolaget oklar anledning, blev försenad vilket enligt tilldelningsbeskedet ökade sannolikheten för att referenspersonerna av olika skäl skulle ha försvunnit från sina tjänster, varför de upphandlande enheterna i de flesta fall skickade referensblanketten till samtliga fem referenser och skickade ut påminnelser. Enligt förfrågningsunderlaget skulle referenserna vara vidtalade och vara tillgängliga under perioden 21 november – 14 december

2007. Då referenstagningen, helt utanför bolagets kontroll, inte kom att ske under denna period utan flera månader senare kan det förhållandet att de upphandlande enheterna inte fått tag i uppgivna referenser inte innebära att bolagets anbud kan diskvalificeras. Det har under dessa förhållanden ålegat de upphandlande enheterna att kontakta bolaget för att ge detta en möjlighet att självt söka upp referenserna alternativt komplettera med andra referenser om de först nämnda inte längre är i tjänst eller av annan anledning inte längre finns tillgängliga för att lämna referenser. Av tilldelningsbeskedet framgår också att de upphandlande enheterna själva varit medvetna om att förseningen ökade sannolikheten för att referenspersonerna av olika skäl skulle ha försvunnit från sina tjänster. Om de upphandlande enheterna hade genomfört referenstagningen inom den angivna tidsperioden skulle bolaget ha haft tre godkända referenser och därmed uppfyllt kvalificeringskravet.

Det ska noteras att de upphandlande enheterna avseende övriga anbudsgivare i upphandlingen har skickat ut referensblanketten till dessa anbudsgivares samtliga fem angivna referenser utan att det gjorts någon prövning av orsaken till att referens nummer ett till tre inte svarat. Om någon eller några av övriga anbudsgivares referenser valt att inte besvara referensbrevet för att referenserna haft begränsad kännedom om aktuell anbudsgivare har detta således inte framkommit, och dessa bolag har fått tillgodoräkna sig de referensblanketter som faktiskt kommit in. Anbudsgivarna kan inte behandlas olika beroende på om referenserna väljer att inte svara alls av denna anledning, eller som i bolagets fall, väljer att svara men gör det i begränsad omfattning. Det ska särskilt noteras att referensen inte har angivit att bolaget inte skulle vara olämpligt för uppdraget, utan endast att referensen har för lite information för att kunna besvara samtliga frågor i referensblanketten.

Bolaget har vidare lagt ned mycket tid på att lämna in anbudet och har också tillskrivit samtliga referenser inför givandet av anbudet. Att en referens, vilken till bolaget skriftligen bekräftat att denne kan användas som referens i upphandlingen, lämnar ett sådant svar att bolaget inte kvalificeras i upphandlingen är också orimligt och innebär ett stort mått av godtycke. Detta särskilt mot bakgrund av att man i upphandlingen faktiskt krävt in fem referenser och då det är erforderligt att endast tre av dessa godtas.

Bolaget har således uteslutits från de upphandlande enheternas utvärdering trots att det uppfyllde skall-kravet om angivande av referenser, vilka hade inkommit med referensbrev om referenstagningen hade skett under den tid som angivits i förfrågningsunderlaget. De upphandlande enheterna har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Till följd av de felaktigheter som begåtts i upphandlingen kommer bolaget att lida skada. Utvärderingen måste göras om varvid bolaget ska ges möjlighet att söka upp vidtalade referenser alternativt komplettera anbudet med nya referenser.

De upphandlande enheterna bestrider bolagets begäran om överprövning och avvisar de synpunkter som bolaget anfört som grund för sin talan och yrkar att länsrätten upphäver det interimistiska beslutet och medger att de får avsluta upphandlingen och teckna avtal med vinnande anbudsgivare i enlighet med fattat tilldelningsbeslut av den 26 maj 2008. Som skäl för bestridandet anförs bl.a. följande.

De upphandlande enheterna har genomfört en samordnad upphandling av insatser för psykiskt funktionshindrade, där anbudsgivaren skulle lämna uppgift på fem referenser. För att kvalificeras skulle tre referenser godkännas. Vad som krävdes för att godkännas framgick av förfrågningsunderlaget. Referenserna skulle vara vidtalade. De upphandlande enheterna skickade en blankett med referensfrågor till av anbudsgivaren uppgivna referen-

ser. Dessa ombads att fylla i frågorna och returnera den ifyllda blanketten till de upphandlande enheterna. Detta förfarande fanns beskrivet i förfrågningsunderlaget.

Anbudsgivaren skulle förvissa sig om att referenterna säkert gick att få tag på under perioden 21 november – 14 december 2007. Dock förlängdes anbudsstiden till den 30 november och meddelande därom gick ut till samtliga förfrågningsunderlagshämtare. Den oväntat stora mängden anbud gjorde att anbudsöppningen tog tre dagar och detta tillsammans med den förlängda anbudsstiden gjorde att tidsplanen för genomgång av anbuderna försköts.

I förslag till tilldelningsbeslut står att endast två av bolagets referenter gått att få tag på, varav en endast besvarat hälften av frågorna i referensblanketten. Detta är en felskrivning av de upphandlande enheterna i beslutsförslaget. I själva verket har tre referenser gått att få tag på men en av dessa har endast besvarat hälften av frågorna i referensblanketten. Felskrivningen förändrar således inte tilldelningsbeslutet eftersom bolaget ändå inte kvalificerats, då kravet var att anbudsgivare skulle ha tre godkända referenser medan bolaget endast har två.

Det kan således konstateras att trots att referenstagningen skedde först i februari 2008 besvarade tre av referenserna frågorna och återsände den besvarade referensblanketten till de upphandlande enheterna. Dock kunde en av referenserna inte besvara alla frågor då hon, enligt egen uppgift, hade för kort erfarenhet av bolaget då den enda placering hon gjort där varat under en förhållandevis kort period.

Den av bolagets referenser, som besvarat hälften av referensfrågorna, har endast 15 poäng och har således inte nått upp till de 20 poäng som krävts för att referensen skulle godkännas.

Bolagets referens nummer två har inte svarat på referensfrågorna men de upphandlande enheterna har inte för denna referens, och inte heller för någon av de andra anbudsgivarnas referenser, tagit reda på varför någon av referenserna avstått från att besvara referensfrågorna. Utan referensblanketten har skickats ut till bolagets samtliga referenser. Därmed kan konstateras att samtliga anbudsgivare har behandlats på ett likvärdigt sätt.

Bolaget har i likhet med alla andra anbudsgivare självt valt ut sina referenser. Det framgick klart vilka krav som referenserna skulle uppfylla för att kunna vara referent och att dessa var att referensen skulle avse uppdrag av den typ som upphandlingen avsåg. Om bolaget valt en referens, som har en så kort erfarenhet av bolaget att denne inte kunde svara på referensfrågorna är det tveksamt om referenten uppfyllde förfrågningsunderlagets krav för att vara referens. Bolaget hade tillgång till frågorna under anbudstiden varför det hade möjlighet att läsa frågorna och ta ställning till om de referenser man valt kunde besvara dessa.

Syftet med att i en upphandling begära in referenser och utlåtanden från dessa är att med hjälp av dessa skaffa sig en uppfattning som kompletterar övriga anbudshandlingar om anbudsgivarens sätt att utföra efterfrågat uppdrag. Om det av förfrågningsunderlaget framgår vilka frågor som ska ställas till referenserna, hur bedömningen av svaren ska göras, vad som krävs för att referensen ska vara godkänd och hur många godkända referenser som anbudsgivaren ska ha, strider det inte mot proportionalitetsprincipen att utesluta en anbudsgivare då denna inte erhåller de antal godkända referenser som krävts.

Noteras ska även att bolaget inte överprövar den del av upphandlingen som avser Lidingö stad, trots att Lidingö ingår precis som vilken som helst av de

övriga upphandlande enheterna. Inte en bokstav skiljer vare sig i underlag eller i beslut. De upphandlande enheterna ställer sig ytterst tveksam till detta handlande och finner att krav och villkor som ur EG-rättsliga perspektiv är godtagbara för Lidingö även måste vara godtagbara för övriga upphandlande enheter. Det är oskäligt att samma krav är affärsmässiga och inte bryter mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap 4 LOU i en upphandlande enhet och icke affärsmässiga och bryter mot affärsmässigheten i LOU 1 kap 4 § för en annan upphandlande enhet i en och samma upphandling.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt övergångsbestämmelserna till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling ska bestämmelserna i LOU tillämpas på upphandlingar som påbörjats före den 1 januari 2008.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår bl. a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn. Kravet på affärsmässighet kommer också till uttryck i 1 kap. 22 § LOU, av vilken framgår att den upphandlande enheten ska anta antingen det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till samtliga omständigheter som pris, leveranstid, driftkostnader m m, eller det anbud som har lägst anbudspris.

Begreppet affärsmässighet får ses som ett utflöde av de inom EG-rätten gällande principerna om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av likabehandlingsprincipen följer att alla leverantörer ska behandlas lika, dvs. ges så lika förutsättningar som möjligt för att delta i anbud. Vissa leverantörer eller grupper av leverantörer får inte ensidigt gynnas.

Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Dock får förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när (se RÅ 2002 ref 50).

Av proportionalitetsprincipen följer att kvalifikationskraven och kraven i kravspecifikationen måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till de behov som ska täckas. Kraven på leverantörerna får inte vara större än vad som behövs. De ska också vara ändamålsenliga för den aktuella upphandlingen. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för upphandlingen och av inte oväsentlig betydelse.

Utredning i målet

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande under rubriken 2.3 Prövning och utvärdering av anbud. Prövning av inkomna anbud kommer att ske i två steg. Steg 1, kvalificeringen, är en prövning av anbudsgivarens företag. Steg 2, utvärderingen, är en prövning av den tjänst anbudsgivaren erbjuder.

Under rubriken 3. Kvalificering punkten E. Referenser framgår följande. Anbudsgivare ska i anbudet bifoga uppgift på fem referenser, som avser fem olika uppdrag av den typ som denna upphandling avser, från fem olika uppdragsgivare. Referenserna ska vara VIDTALADE och anbudsgivaren ska förvissa sig om att referenserna säkert går att få tag på under perioden 21 november – 14 december 2007. Anbudsgivare ska lämna uppgift om namn, adress, telefonnummer samt e-postadress till var och en av de fem referenserna. Kommunen kommer att skicka ett referensformulär till de tre första referenser, som anbudsgivaren angivit. Skulle någon av dessa inte gå att få tag på p.g.a. sjukdom eller liknande skäl, kommer kommunen att skicka referensformuläret till den fjärde och vid behov den femte uppgivna referensen. Referensformuläret ska således skickas in till kom-

munen från totalt tre olika referenser. En bedömning av referenserna kommer därefter att göras på en poängskala mellan 0 till 4. För var och en av de lämnade tre referenserna måste den totala poängen bli minst 20 poäng för att referenserna ska anses godkända och anbudsgivaren gå vidare till utvärdering.

Slutligen framgår att anbudsgivare, som uppfyller kraven under punkt A-D samt har tre godkända referenser, bedöms vara kvalificerad och kommer att gå vidare till nästa steg.

Av tilldelningsbeslutet framgår bl.a. följande. Eftersom upphandlingen blev försenad ökade sannolikheten för att referenspersonerna av olika skäl skulle ha försvunnit från sina tjänster, varför de upphandlande enheterna i de flesta fall skickade referensblanketten till samtliga fem referenser.

Länsrättens bedömning

Länsrätten har att pröva den del av upphandlingen som rör Hem för vård eller boende.

Av upphandlingsunderlaget framgår att upphandlingen påbörjats före den 1 januari 2008 varför tillämplig lag i detta mål är lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU.

Länsrätten konstaterar inledningsvis att referensblanketten skickats ut till samtliga av bolagets fem referenser. Länsrätten konstaterar vidare att de upphandlande enheterna i yttrande till länsrätten gjort gällande att det i motiveringen förslaget till tilldelningsbeslutet skett en felskrivning, men att felskrivningen inte förändrar tilldelningsbeslutet - vilket medför att tilldelningsbeslutet kvarstår.

Länsrätten konstaterar även att det framgår av bl.a. förfrågningsunderlaget att varje upphandlande enhet kommer att fatta egna beslut om utförare, teckna egna avtal och ansvara för avtalen under avtalstiden. Bolaget har enligt länsrättens mening rätt att själv välja vilket/vilka av de upphandlande enheterna som bolagets begäran om överprövning omfattar vilket medför att prövningen inte gäller Lidingö stad.

När det gäller förfarandet som använts vid referenstagningen gör länsrätten följande bedömning. De upphandlande enheterna har valt att ha ett förfarande där referenser skulle svara på en blankett med frågor. Blanketten skulle skickas ut av den upphandlande enheten och sedan återsändas till densamma. Av förfrågningsunderlaget framgår det att referenserna ska vara vidtalade och att anbudsgivaren ska förvissa sig om att referenserna säkert går att få tag på under perioden 21 november – 14 december 2007. Den aktuella upphandlingen har sedan, enligt de upphandlande enheterna, dragit ut på tiden vilket medfört att blanketten med frågor till referenserna skickats ut först under februari 2008. De upphandlande enheterna har inte informerat anbudsgivarna om att utskicket till referenserna, på grund av förseningen av upphandlingen, skulle komma att skjutas upp och sedan ske först ca två månader efter den i förfrågningsunderlaget angivna tidsperioden. Vid tidpunkten för den förlängda anbudstidens utgång återstod drygt två veckor av den angivna tiden för referenstagning. Anbudsgivarna har således inte fått möjlighet att informera sina referenser om förseningen av utskicket. Utskicket har dessutom p.g.a. förseningen, enligt uppgift från de upphandlande enheterna, i de flesta fall gjorts till samtliga fem referenser utan någon prövning av orsaken till att referenserna ett till tre inte svarat. De upphandlande enheterna har således, utan att informera anbudsgivarna, frångått upphandlingens förfrågningsunderlag på ett sätt som blivit godtyckligt och till bolagets nackdel. Mot denna bakgrund finner länsrätten att de upphandlande enheterna har brutit mot 1 kap. 4 § LOU och även att bolaget lidit eller kan komma att lida skada på grund av detta. Förut-

sättningar för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU föreligger därmed. Enligt detta lagrum har domstolen, oavsett hur yrkandet utformats, att välja mellan att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se RÅ 2005 ref. 47).

Eftersom det är fråga om att de upphandlande enheterna har frångått vad som framgår av förfrågningsunderlaget, bolaget har uteslutits redan i kvalificeringsfasen och bristerna kan anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede finner länsrätten att upphandlingen av Insatser för psykiskt funktionshindrade ska göras om i delen som avser Hem för vård eller boende.

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



Wenche Skoglund

Rådman

Föredragande har varit Amelie Jönsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

