



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-10-11
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6978-13 E
Enhet 2:6

SÖKANDE

Förenade Care AB, 556535-5400
Höjdrodergatan 19
212 39 Malmö

Ombud: Advokaten Anders Boquist och advokaten Emma Broncksson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2013 -10- 1 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 228378

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	---	---	-----------------------------------	---

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

6978-13 E

BAKGRUND

Kungsbacka kommun (kommunen) har genomfört upphandling avseende drift av Ekhaga äldreboende, referensnummer 12/188. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande med antagande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till kriterierna kvalitet i utförande och pris.

Enligt tilldelsbeslut den 13 juni 2013 avser kommunen att sluta avtal med en annan leverantör än Förenade Care AB (bolaget).

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Kommunen har inte angett hur kriterierna viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga eller angett kriterierna i fallande skala.

Under rubriken "Poängsättning och beräkning" i förfrågningsunderlaget anges den poängskala som kommunens referensgrupp ska använda för att poängsätta varje mervärde som de anser att anbudsgivaren utfäster inom varje område. Vad anbudsgivaren ska erbjuda eller prestera för att uppnå de olika poängen anges emellertid inte. De exempel som kommunen anger i "frågor och svar" är inte tillräckliga för att förfrågningsunderlaget ska uppfylla förutsägbarhet och transparens enligt LOU. Förfrågningsunderlaget ger dessutom obegränsat utrymme för subjektiva och skönsmässiga bedömningar.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

6978-13 E

Under punkten 4.1.9 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren beskriva hur verksamheten arbetar med miljö. Bolaget har inte fått någon poäng för miljöpolicy, trots att detta angavs i anbudet. Det visar tydligt att kommunens utvärdering inte är förtrodd och transparent och i strid med principerna om likabehandling då samtliga anbudsgivare inte tilldelats poäng trots att de erbjuder samma eller motsvarande mervärden.

Under punkten 4.1.11 "Bemötande" ska anbudsgivaren beskriva hur de kommer att bedriva värdegrundsarbete. Vad kommunen avser med värdegrundsarbete anges inte. Det framgår av resultatrapporten att det är vitt skilda saker som anbudsgivarna har fått poäng för. Att dessa vitt skilda saker är omständigheter som innebär ett mervärde i bemötande och värdegrundsarbete framgår dock inte av förfrågningsunderlaget. Varken "hembesök" före inflyttning" eller "reflektionstid" återfinns i förfrågningsunderlaget.

Under punkten 4.1.14 "Inriktning och kvalitet" ska anbudsgivaren beskriva hur verksamheten arbetar med systematiskt kvalitetsarbete. Vilken form av kvalitetsarbete som kommunen anser ska ge rätt till poäng framgår dock inte. Anbudsgivare har tilldelats poäng för "mystery shopper". Begreppet "mystery shopper" finns dock inte beskrivet i förfrågningsunderlaget eller i "Frågor och svar".

Under punkten 4.1.16 "Måltider" ska anbudsgivaren beskriva hur en god måltidsmiljö skapas. Vad kommunen anser är en god måltidsmiljö framgår inte av förfrågningsunderlaget och det är inte möjligt för en anbudsgivare att lämna ett optimalt anbud när anbudsgivaren inte vet vad som krävs för att uppnå de olika poängen. Eftersom det saknas klara och tydliga kriterier i förfrågningsunderlaget blir referensgruppens utvärdering med nödvändighet skönsmässig och subjektiv, vilket står i strid med LOU. Av resultatrapporten framgår att anbudsgivare har tilldelats poäng för vitt skilda sa-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

6978-13 E

ker, som exempelvis att aldrig använda haklapp. Att anbudsgivarna kan få poäng för att de erbjuder någon av dessa vitt skilda saker framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget. Dessutom har bolaget exempelvis inte fått poäng för att de inte använder haklapp utan istället tygförkläde eller tygservett av olika slag, vilket framgår av anbudet. Kommunens utvärdering är därmed i strid med likabehandlingsprincipen när de inte tilldelat samtliga anbudsgivare som inte använder haklapp poäng.

Under punkten 4.1.30 "Vård i livets slutskede" framgår av resultatrapporten att en anbudsgivare har fått poäng för att de erbjuder en ceremoni på boendet efter dödsfallet, vilket inte anges i förfrågningsunderlaget. Även bolaget erbjuder detta enligt sitt anbud men har inte fått någon poäng, vilket är i strid med principen om likabehandling. Att en minnesceremoni ska medföra ett mervärde framgår överhuvudtaget inte av förfrågningsunderlaget. Vidare visar den omständigheten att referensgruppen vid utvärderingen haft möjlighet att fritt välja vilka minnesceremonier som ska tilldelas poäng, vilket tydligt visar på den bristande transparensen och skönsmässigheten i utvärderingen.

Som framgår av ovanstående exempel har det saknats möjlighet för anbudsgivarna att vid anbudsgivningen veta vad de bör erbjuda för att få poäng som ger rätt till mervärdesavdrag. RÅ 2002 ref 50 är inte tillämpligt eftersom Migrationsverket, i motsats till kommunen, i förfrågningsunderlaget hade angett vilka krav som anbudsgivarna ska uppfylla. Kammarrätten i Stockholm har i dom den 6 februari 2013 mål nr 7362-12 ansett att ett förfrågningsunderlag där en liknande utvärderingsmodell tillämpats varit i strid med LOU på grund av att förfrågningsunderlaget stred mot principerna om förutsebarhet och transparens. Av det som framgår av resultatrapporten framstår det som att poäng kunde erhållas lättare inom vissa områden än andra, vilket inte heller framgår av förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget uppfyller inte de i 15 kap. 12 § LOU angivna

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

6978-13 E

kraven på hur utvärderingskriterierna ska anges. Vidare ger utvärderingsmodellen obegränsat utrymme för godtyckliga bedömningar och inte på förhand en ledning beträffande hur kriterierna ska bedömas. Bolaget har inte kunna lämna ett optimalt anbud, vilket inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan. I andra hand yrkar kommunen att förvaltningsrätten beslutar om rättelse. Till stöd för sin inställning anför kommunen bl.a. följande.

Kommunen har använt en utvärderingsgrupp för att säkerställa en kvalitativ värdering. Samtliga underlag från anbudsgivarna har varit anonymiserade för att ytterligare säkerställa likabehandlingsprincipen. Anbudsgivarna har haft tillgång till utförlig information om vad som avses med ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Det har tydligt i förfrågningsunderlaget angivits vad som är maximalt mervärdesavdrag för respektive delkriterium (nio stycken). Det har i förfrågningsunderlaget tydligt angivits de olika delkriteriernas inbördes vikt. Det framgår tydligt att alla nio delkriterier har samma vikt.

Angående vilka medvärden som kommer medföra poäng har kommunen i underlaget angivit inom vilka delkriterier som poängen kommer att tilldelas. Kommunen har angivit miniminivåer för respektive delkriterium och beskrivit målen med de olika delkriterierna. Vidare har kommunen angivit hur poängen kommer att fördelas utifrån mervärdets betydelse för att uppnå det av kommunen uppsatta målen och därtill exemplifierat vad som motsvarar respektive poängnivå.

Under tiden för frågor och svar kom en anbudsgivare in med önskemål om förtydligande av utvärderingsmodellen och mervärden. Eftersom kommunen inte på förhand kan redogöra uttömmande för vilka mervärden som

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

6978-13 E

kommer att generera poäng, då syftet med kriterierna var att uppmuntra leverantörerna att inom ramen för delkriterierna utforma egna kreativa lösningar, lämnades ytterligare exempel på mervärden. Efter förtydligandet kom det inte in några ytterligare frågor om utvärderingsmodellen, inte heller från bolaget. Om bolaget hade önskat ytterligare förtydligande hade de kunnat komma in med frågor till kommunen. Bolaget har i vart fall inte gjort något för att försöka begränsa en eventuell skada (jfr Länsrätten i Göteborg dom mål nr 380-03 E och Kammarätten i Stockholms dom mål nr 3014-09). Vidare ansåg Högsta förvaltningsdomstolen att Migrationsverkets utvärderingsmodell var tillräckligt tydlig, trots att den saknade mycket av den transparens som föreligger vid aktuell upphandling (RÅ 2002 ref 50).

Vad gäller delkriteriet "Miljö" är det inte rimligt att tilldelas ytterligare poäng för delar som redan ingår i ISO-certifiering. Miljöpolicy är en sådan del. Det innebär att en anbudsgivare möjligen fått en poäng för mycket i utvärderingen av delkriteriet miljö. Detta påverkar dock inte bolagets möjligheter att vinna upphandlingen. Avseende delkriteriet bemötande har kommunen beskrivit de mervärden som bolaget tar upp i sin inlaga i förfrågningsunderlaget med kompletteringar. För delkriteriet inriktning och kvalitet anges tydligt att kriteriet avser systematiskt kvalitetsarbete som bolaget har tilldelats poäng för. Vad gäller delkriteriet måltider anges i underlaget för anbud att det avser mervärden kopplade till kvalitet i måltider och måltidsmiljö. Flera av de mervärden som bolaget tar upp i sin inlaga som poänggivande är trivselhöjande och inspirerande för de boende, varför det är helt i linje med förfrågningsunderlaget att de tilldelats poäng. Att bolaget valt att kalla haklappen för förkläde eller tygservett ändrar inte att det är en haklapp, varför de inte tilldelats poäng för detta mervärde. Även om bolaget skulle ha tilldelats poäng påverkar de inte utgången av upphandlingen då bolaget skulle ha fått samma mervärdesavdrag, varför bolaget inte har eller skulle kunna ha lidit skada.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

6978-13 E

Vad gäller den anbudsgivare som tilldelats poäng för minnesceremoni har anbudsgivaren fått poäng för att det är en ceremoni med tydlig struktur i form av bl.a. tal/minnesord till den avlidne. Bolaget har i sitt anbud beskrivit att de berättar för övriga boende om att någon avlidit och tänder ett ljus vid eftermiddagsfikat samt köper en blomma. Bolagets erbjudande är inte sådant att det förgyller tillvaron eller skapar trygghet för de boende. Även om bolaget skulle fått poäng för denna del påverkar det inte utgången av upphandlingen då nuvarande poäng gett samma mervärdesavdrag i anbudsutvärderingen. Bolaget har därför inte eller skulle kunna ha lidit skada.

Påstående att det skulle vara svårare att få poäng i vissa delkriterier än andra saknar grund. Att anbudsgivaren erbjudit olika mervärden inom ramen för ett av förfrågningsunderlagets kriterier än ett annat är inget som kommunen kan förfoga över. Utvärderingen av anbuden har genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget. Hela modellen och processen är utformad för att möta principerna om transparens och likabehandlande.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap. 6 § LOU första stycket framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

6978-13 E

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om kommunen brutit mot de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU, främst kravet på transparens, och att det har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Frågan är vidare om en eventuell brist leder till att upphandlingen måste göras om eller om det är tillräckligt med rättelse.

Bolaget anser att upphandlingen har baserats på ett förfrågningsunderlag som inte uppfyller krav på transparens och förutsebarhet. Bolaget har anfört att den utvärderingsmodell som tillämpats gett kommunen fullständig frihet att godtyckligt tilldela anbudsgivare poäng och mervärdesavdrag. Vidare har bolaget framfört att anbudsgivare inte har behandlats lika eftersom de inte fått poäng för samma eller motsvarande saker som erbjudits.

I förfrågningsunderlaget till aktuell upphandling anges att anbuderna prövas mot bl.a. obligatoriska krav på tjänsten. I avsnittet "Obligatoriska krav på tjänsten" framgår minimikrav avseende utförandet av driftentreprenaden. Under avsnittet finns det nio områden, bl.a. miljö, bemötande, inriktning och kvalitet, måltider samt vård i livets slutskede där anbudsgivaren ges möjlighet att beskriva hur kraven kommer att uppfyllas och möjligheter att övertrumpfa minimikraven. Det framhålls vidare i förfrågningsunderlaget att en referensgrupp i kommunen kommer att bedöma och poängsätta inlämnad beskrivning/erbjuden kvalitet inom respektive område. I avsnittet "Poängsättning och beräkning" anges poängsskala där ett poäng ges för mervärde av liten betydelse, tre poäng för mervärde av betydelse och 10 poäng för mervärde av stor betydelse. I avsnittet beskrivs även vad för typ av utfästelse som är av olika betydelse och exempel på sådana. Antalet tilldelade poäng beror på antalet mervärden som utfästes och digniteteten på utfästelserna. Förvaltningsrätten konstaterar härvid att en upphandlande enhet inte nödvändigtvis i detalj måste ange vad som måste uppfyllas för

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

6978-13 E

att en viss poäng ska uppnås. Däremot måste den upphandlande enheten ge anbudsgivaren ledning avseende vad som måste uppfyllas för att en viss poäng ska uppnås. Förfrågningsunderlagets utformning har inte medfört att det har varit svårt för anbudsgivarna att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid prövning av anbuden. Utformningen av förfrågningsunderlaget har således inte öppnat för en alltför godtycklig bedömning. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att det av förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt framgår vad anbudsgivaren har att uppfylla för att erhålla viss poäng för att principerna i LOU ska anses uppfyllda.

Slutligen har det inte heller genom vad bolaget i övrigt anfört och åberopat framkommit att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada. Även om en anbudsgivare fått en poäng för mycket i utvärderingen av delkriteriet "Miljö" har bolaget inte visat att bolaget skulle ha rangordnats högre och har därför inte lidit eller kunnat komma att lida skada.

Mot bakgrund av vad som anförts ovan saknas skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökningen om överprövning ska således avslås.

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



Maria Jolfors Detagt

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Karin Birath.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.