



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2018-04-27
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 12553-17

KONKURRENSVERKET	
2018-04-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Vardaga Äldreomsorg AB, 556573-6450

Ombud: advokaten Catharina Piper och jur. kand. Matilda Hellström
 Advokatfirman Lindahl KB
 Studentgatan 6
 211 38 Malmö

MOTPART

Höganäs kommun
 Stadshuset
 263 82 Höganäs

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Höganäs kommuns upphandling Drift av Vikhaga – särskilt boende, dnr 17/8, ska göras om.

BAKGRUND

Höganäs kommun genomför upphandling avseende drift av Vikhaga – särskilt boende, dnr 17/8. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande.

Enligt tilldelningsbeslut den 13 november 2017 antogs anbudet från Förenade Care AB. Av beslutet framgår att anbudet från Vardaga Äldreomsorg AB inte utvärderades på grund av att anbudet inte var komplett.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Vardaga Äldreomsorg AB (Vardaga) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Vardagas anbud ska beaktas i utvärderingen. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Upphandlingsdokumenten är otydliga gällande vilken eller vilka typer av sammanställningar som ska ges in avseende bemanning. Då Vardaga har lämnat in en bemanningsplan i enlighet med vad som framgår av upphandlingsdokumentet kan Vardaga svårtligen förstå varför deras anbud har förkastats. Det framgår inte av upphandlingsdokumenten att ett bemanningsschema/täthetsschema ska bifogas anbudsgivarnas anbud. Det framgår inte heller i Frågor och svar att det är ett ”schema” med en fördelning som kommunen önskar. Kommunen har således inte varit tydlig med vad de efterfrågar i denna del, dvs. ett bemanningsschema. För det fall det ska tolkas som att Vardaga inte har lämnat in en bemanningsplan enligt vad kommunen har efterfrågat har kommunen inte varit tydlig i denna del.

I förevarande upphandling och i upphandlingsdokumentet ges ingen vägledning om vad som ska tillmätas betydelse för att uppnå olika mervärden gäl-

lande de fyra olika tilldelningskriterierna. Det framgår inte vad kommunen värdesätter eller förväntar sig gällande de olika mervärdena eller vad de anser påverkar bedömningen för att uppnå godkänd, något mervärde, bra mervärde eller mycket bra mervärde. I enlighet med LOU, de gemenskapsrättsliga principerna och praxis ska kommunen lämna någon form av anvisning om vad som efterfrågas och vad som krävs för att uppnå olika mervärden. Upphandlingsdokumentet och utvärderingsmodellen är ofullständiga och otydliga i denna del. De ofullständiga formuleringarna kring olika mervärden och bristen gällande vad som krävs för att uppnå olika nivåer strider således mot kraven på transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU.

Vardaga har uteslutits trots att bolaget uppfyller samtliga ställda krav som varit ställda i upphandlingsdokumentationen. Uteslutningen har därmed varit felaktig varför det även finns skäl att rätta upphandlingen.

Vardaga har lidit skada till följd av att kommunen har utformat ett otydligt upphandlingsdokument samt inte följt upphandlingsdokumentet, LOU samt praxis och därtill uteslutit Vardagas anbud från upphandlingen. Hade kommunen varit tydligare i upphandlingsdokumentet hur utvärderingen skulle gå till hade Vardaga kunnat lämna ett mer fördelaktigt anbud. Om kommunen hade följt upphandlingsdokumentet hade Vardaga vidare tilldelats kontraktet i upphandlingen.

Höganäs kommun (kommunen) anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. I Vardagas anbud finns en bilaga som beskriver bemanningen utifrån grundkraven i förfrågningsunderlaget, men inget mer. Av svarsrutorna uppmanas anbudsgivaren att bifoga sammanställning över bemanning, bemanningsplan och heltidsmått enligt utvärderingskriterierna. Det är inte sannolikt att tolkningen av ordet ”bemanningsplan” och ”sammanställning över bemanning” skulle utgöra samma information är anledningen till att Vardaga inte kommit in med ett komplett anbud. Om Vardaga varit

osäkra på vad som menades hade bolaget kunna ställa en fråga om det. Eftersom efterfrågad information inte lämnats gick Vardagas anbud inte vidare till utvärdering. Eftersom anbudet inte utvärderats kan det inte med säkerhet sägas om Vardaga kunde ha varit aktuella för kontraktet och om skaderekvisitet har uppfyllts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet 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.

Förvaltningsrättens bedömning

I upphandlingsmål gäller att den som ansöker om överprövning på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter som talan grundas på och att förvaltningsrättens prövning är begränsad till de omständigheter som åberopats av parterna (se RÅ 2009 ref. 69).

Vardaga har gjort gällande att upphandlingsdokumenten är otydliga när det gäller vilka dokument som ska ges in avseende bemanning, och att utvärderingskriterierna är otydliga avseende vilka faktorer som ska tillmätas

betydelse för att uppnå olika mervärden gällande de fyra olika tilldelningskriterierna.

Av upphandlingsdokumenten framgår bl.a. följande.

Av punkt 3.47 Personal/bemanning, framgår vilka krav som ställs på bemanning, bl.a. avseende vilka personalkategorier som ska finnas, vilka uppgifter olika personalkategorier ska svara för samt personaltäthet.

Av punkt 1.16 Kvalificering, utvärdering och utvärderingskriterier, framgår bl.a. följande.

(...)

Utvärderingen av anbud görs av en utvärderingsgrupp.

Följande kriterier poängsätts och viktas enligt nedan.

Ledning och ledningsorganisation 20 %

Bemanning 35 %

Introduktion och kompetensutveckling 10 %

Kvalitetsarbete, arbetssätt, metoder och samverkan 35 %

Varje kriterium poängsätts på en skala 1-4 där:

1 = godkänd

2 = något mervärde

3 = bra mervärde

4 = mycket bra mervärde

UTVÄRDERINGSKRITERIER

Bemanning

Anbudsgivaren skall lämna en sammanställning över samtlig personal som ska arbeta på enheten, fördelat per yrkeskategori/funktion och antal årsarbetare.

Beträffande undersköterskor ska dessutom fördelning göras avseende dag (07:00-21:00 samt natt 21:00-07:00).

Om någon personalgrupp även har annat ansvar inom ordinarie tjänst, till exempel gruppleddare, biträdande chef etcetera ska omfattningen anges separat.

Bemanningsplan som visar en tänkt grundbemanning för sjuksköterskor respektive omvårdnadspersonal. Bemanningsplan ska omfatta veckans alla dagar, dag (07.00-21.00) respektive natt (21.00-07.00).

För respektive personalkategori ska även heltidsmått i antal timmar per vecka anges.

(...)

Bifoga sammanställning över bemanning, bemanningsplan och heltidsmått enligt utvärderingskriterie 2.

Av EU-domstolens praxis framgår att de grundläggande principerna om likabehandling och transparens innefattar att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt formulerat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Vidare ska förfrågningsunderlaget och tilldelningskriterierna vara utformade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (se EU-domstolens domar i målen C-19/00 SIAC Construction p. 42 och C-368/10 Max Havelaar p. 88 och p. 109).

Av Högsta förvaltningsdomstolens praxis framgår även att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer bl.a. av EU-rättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (se RÅ 2002 ref. 50).

Höganäs kommun har inte utvärderat Vardagas anbud på grund av att anbudet inte bedömdes vara komplett. Kommunen har på fråga från Vardaga uppgett att avseende utvärderingskriterie 2, Bemanning, efterfrågas följande dokument.

- 1) Sammanställning över samtlig personal som ska arbeta på enheten, fördelat per yrkeskategori och antal årsarbetare.
- 2) Bemanningsplan som visar tänkt grundbemanning för sjuksköterskor respektive omvårdnadspersonal. Bemanningsplanen ska omfatta veckans alla dagar, dag (07.00-21.00) respektive natt (21.00-07.00).

Kommunen uppger att i Vardagas anbud saknas dokument enligt punkt 2.

Av upphandlingsdokumentet framgår att anbudsgivare ska ”bifoga sammanställning över bemanning, bemanningsplan och heltidsmått enligt utvärderingskriterie 2” i enlighet med vad som anges i punkt 1.16. Parterna har dock olika uppfattning om vilka dokument som ska bifogas. Vardaga har i sitt anbud angett fördelningen av sjuksköterskor och omvårdnadspersonal för dag respektive natt. Kommunen menar att en bemanningsplan innefattar andra uppgifter, som det får förstås motsvarande ett bemanningsschema. Enligt förvaltningsrätten ges inte någon tydlig vägledning för vad de efterfrågade dokumenten ska innehålla varken i punkt 1.16 eller punkt 3.47. Såvitt framkommit i målet ges sådan vägledning inte heller på annat sätt i upphandlingsdokumentet. Vad som anges i upphandlingsdokumentet ger enligt förvaltningsrätten utrymme för tolkning i fråga om vilken information avseende bemanningen som efterfrågas och som ska bifogas anbudet. Enligt förvaltningsrätten kan det därmed inte konstateras att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare skulle tolka informationen på samma sätt. Upphandlingsdokumentet är därmed inte så klart och tydligt utformat som de grundläggande principerna i LOU förutsätter.

Av upphandlingsdokumentet framgår vilka poäng som kan ges för olika mervärden vid utvärdering av anbudet, att poängen ska viktas på angivet sätt och att en utvärderingsgrupp gör utvärderingen. Någon vägledning för vad anbudet ska innehålla för att uppnå ett visst poäng finns däremot inte. Tilldelningskriterierna är således inte utformade på ett sådant sätt att en leverantör på grundval av dessa kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Utvärderingskriterierna öppnar även upp för en alltför godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av anbudsgivarna. Utvärderingskriterierna uppfyller därmed inte de krav som kan ställas på förutsebarhet och likabehandling.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att upphandlingen brister i transparens och likabehandling. Upphandlingen har därmed inte genomförts

i enlighet med 4 kap. 1 § LOU. De angivna bristerna har påverkat Vardagas möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, vilket medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Eftersom nu aktuella brister i upphandlingsförfarandet är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är det inte tillräckligt att förordna om rättelse, utan upphandlingen ska göras om.

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



Louise af Klint

Susanne Axelsson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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-postadress, 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 rättsens 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 rättsens 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.