

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2009-08-28
Meddelad i
Stockholm

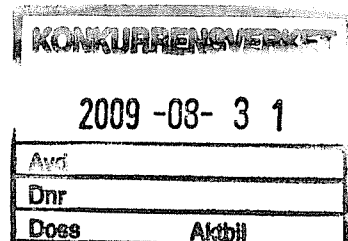
Mål nr
12816-09, 12872-09,
12874-09, 12875-09,
12876-09
Rotel 202

SÖKANDE

Aleris Omsorg AB, 556334-1659

Ombud:

Advokaterna Bob Johansson och Pontus Scherp
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

**MOTPART**

Stockholms stad

Ombud:

Stadsadvokaten Eva Ahlholm
Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Aleris Omsorg AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut av den 18 juni 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 439882

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: lansrattenistockholm@dom.se

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Stockholms stad genomför en upphandling av verksamhetsdriften vid tio vård- och omsorgsboenden för äldre, referensnr 08/2. Bland de leverantörer som lämnat anbud finns Aleris Omsorg AB.

Stockholms stad har i separata tilldelningsbeslut den 9 juni 2009 meddelat att andra anbudsgivare än Aleris Omsorg AB har antagits som leverantörer av verksamhetsdriften vid Postiljonen vård- och omsorgsboende, Riddargården vård- och omsorgsboende, Sjöstadsgården vård- och omsorgsboende, Sofiagården vård- och omsorgsboende och Tensta vård- och omsorgsboende.

Länsrätten har den 18 juni 2009 beslutat att upphandlingen så vitt avser verksamhetsdriften vid de aktuella vård- och omsorgsboendena tills vidare inte får avslutas.

YRKANDE M.M.

Aleris Omsorg AB (Aleris) yrkar att upphandlingen avseende verksamhetsdriften vid de ovan nämnda vård- och omsorgsboendena ska göras om.

Stockholms stad (Staden) bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER

Aleris anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Användning av referenser vid utvärdering

Stadens bedömning av mervärde och därmed anbudets tilldelade poäng, baseras bl.a. på hur anbudsgivaren ”gör troligt” att mervärde kommer att kunna uppnås. Bedöms det inte föreligga mervärde utgår inte någon poäng.

För sex av sju kriterier avser Staden att inhämta referensuppgifter. Kan inte referensen styrka anbudsgivarens beskrivning av mervärde kommer inte alla poäng att delas ut. Om referenser lämnar dåliga omdömen kommer poängen för det refererade kriteriet att strykas i sin helhet. Referensen avser i själva verket ett allmänt värdeomdöme om anbudsgivaren och dennes förmåga att uppfylla åtaganden. Frågorna tar överhuvudtaget inte sikte på de kriterier Staden uppställt och avser att styrka med referensupptagningen. Enligt förfrågningsunderlaget kan referens som styrker kvalificeringskrav åberopas för styrkande av såväl kravuppfyllelse, som mervärde i utvärderingen. Av lydelsen i avsnitt 1.8.1 i förfrågningsunderlaget framgår tydligt att Staden gör en åtskillnad mellan begreppen "referent" och "referens" och att samma referens (innehållet i utlåtandet) används för bedömningen både i kvalificeringsfasen och i utvärderingsfasen. Redan av förfrågningsunderlaget framgår alltså att användningen av referenser inte är förenlig med LOU. Av 12 kap. 1 § LOU framgår att utvärderingskriterier måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen samt vara avsedda att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kriterier som är att hänföra till anbudsgivarens förmåga att utföra ett uppdrag kan således inte utvärderas utan hör hemma i kvalifikationsfasen. Användning av referenser och utvärderingskriterier i offentlig upphandling har i praxis prövats av bl.a. EG-domstolen i mål C-532/06 (Lianakis AE m.fl.), Kammarrätten i Stockholm i dom den 19 september 2008 i mål nr 5512-08 och av Kammarrätten i Göteborg i dom den 1 juni 2009 i mål nr 788-09. Staden har sammanblandat kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen och de regler som gäller för respektive fas. Utvärderingsmetoden enligt förfrågningsunderlaget är således inte ägnad att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och strider mot 15 kap. 16 § LOU jämfört med 12 kap. 1 § LOU samt även mot transparensprincipen.

Proportionalitet och transparens

En utvärderingsmetod där referensernas omdöme om anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget påverkar poängsättningen och kan radera

poängen oavsett om mervärde har bedömts föreligga av Staden, får också till följd att anbudena inte utvärderas efter sina egna meriter utan endast efter leverantörens kvalifikationer som sådana. Får en leverantör ett dåligt omdöme av en referens utesluts möjligheterna att tilldelas kontrakt i upphandlingen oavsett hur konkurrenskraftigt själva anbudet är. Metoden strider således mot proportionalitetsprincipen och transparensprincipen. Användningen av referenser enligt förfrågningsunderlaget medför att anbudsgivarna inte fritt har kunnat utforma anbudena för att göra dem så konkurrenskraftiga som möjligt. Anbudsgivarna har nödgats begränsa anbudena så att endast mervärdena som har kunnat styrkas genom referenser omfattas av anbudena.

Syftet med referensupptagningen är, enligt 1.16.1 i förfrågningsunderlaget, att styrka det eventuella mervärde som anbudsgivarens beskrivningar och åtaganden angående tjänsten innebär. Det framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget hur ett eventuellt mervärde kommer att styrkas av referensupptagningen. Inte desto mindre ges referensupptagningen en avgörande roll för poängsättningen. Det är inte möjligt för en referent avseende ett tidigare utfört uppdrag att bedöma eller styrka huruvida det föreligger ett mervärde beträffande anbudsgivarens anbud i upphandlingen då referenterna inte har tagit del av anbudena. Referenterna kan därför rimligen inte uttala sig om någonting annat än just anbudsgivaren. Det kan tänkas att det i vart fall är teoretiskt möjligt att referenser kan användas i utvärderingsfasen avseende tidigare uppdrag även vid tjänster, t.ex. om tjänsten är av mycket enkelt slag och den upphandlade tjänsten är helt identisk med den som tillhandahållits till referensen. De tjänster som omfattas av den aktuella upphandlingen är dock komplexa, omfattande och inte alls identiska med tjänster som tillhandahållits i andra upphandlingar. Förutsättningarna är annorlunda bl.a. då andra förfrågningsunderlag har använts vilka innefattar andra tjänster och kriterier än de som erbjudits referenserna, att de har offererats till andra priser samt att tjänsterna

kommer att utföras av annan personal än den som utför tjänsterna åt referenterna.

Genom referenstagningen utreds om anbudsgivaren utför ett arbete som är ”bättre än normalt” vid drift av referensuppdraget. Vad som anses vara normalt och om referensuppdraget har utförts på ett sätt som är bättre än normalt, utgör referentens rent subjektiva åsikt. Kraven på anbudsgivarna kommer därmed att skifta beroende på referensen. Det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget om det krävs att flera referenser lämnar dåliga omdömen för att poängen ska strykas i sin helhet eller om det är tillräckligt att en referens lämnar ett dåligt omdöme. Förfrågningsunderlagets bristande transparens och förutsebarhet resulterar i att anbudsgivarna, baserat på förfrågningsunderlaget, inte kan skapa sig en uppfattning hur de ska lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Staden har vidare lämnats stort utrymme att utvärdera anbuden efter eget godtycke. Förfrågningsunderlaget strider därför mot 1 kap. 9 § LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet, likabehandling och proportionalitet.

Otydliga skall-krav

De skall-krav som Staden har uppställt är så otydliga att anbudsgivarna inte har kunnat bilda sig en uppfattning om vad som krävs för att anbudet ska anses uppfylla dem. Skall-kraven utgör huvudsakligen beskrivningar av hur verksamheten är beskaffad och Stadens ambitionsnivåer och det är svårt att identifiera vad som är riktiga skall-krav och i sådana fall hur de ska uppfyllas. Avsnitt 1.13.1.7 om ”Aktiv och meningsfull tillvaro” utgör ett av många exempel på otydlighet i förfrågningsunderlaget, vilket har följande lydelse:

”Entreprenören ska ordna så att de boende får daglig fysisk, psykisk, social, kulturell och andlig stimulans efter var och ens förutsättningar och behov. Vardagen får inte präglas av händelselöshet och tristess utan ska ha ett innehåll där de boendes förmåga och vilja till aktivitet och sysselsättning upprätthålls och tas tillvara. De boende som själva vill och kan vistas ute ska få regelbunden möjlighet till detta.

Arbetet ska organiseras så att vardagslivet är i fokus. Entreprenören ska sträva efter att de boende ska uppleva sin dag som meningsfull utifrån sina behov och förutsättningar. Individuella önskemål och intressen ska så långt möjligt

tillgodoses. De boendes individuella önskemål och intressen ska dokumenteras i den individuella genomförandeplanen.

Entreprenören ska samverka med anhöriga och andra för den boende viktiga personer och organisationer liksom med gode män och förvaltare.

I uppdraget ingår att vara de boende behjälplig med externa kontakter såsom t ex färdtjänst, läkare el. dyl.

För godkännande av anbudet beträffande detta krav krävs att anbudsgivaren i sitt anbud beskriver de aktiviteter och sysselsättningar som entreprenören avser tillhandahålla, samt att det framgår att de boende får tillgång till sysselsättning och aktiviteter på sådant sätt att kraven i denna punkt tillgodoses.”

När det gäller skall-krav, vars uppfyllande är ett krav för att anbudet alls ska utvärderas, måste särskilt höga krav på tydlighet gälla. Frågan om ett skall-krav är uppfyllt ska i princip kunna besvaras med ja eller nej, utan att det ska behövas någon relativ bedömning. De i förfrågningsunderlaget angivna skall-kraven är så allmänt hållna att det knappast torde vara möjligt att bedöma hur anbudet ska utformas för att säkerställa att skall-kraven uppfylls. Än svårare torde det vara för referenserna att uttala sig om hur anbudsgivaren ska göra detta.

Även användningen av referenser i upphandlingen står i strid mot transparensprincipen. Det är svårt att av beskrivningen i 1.16.1 om utdelning av poäng för mervärde förstå hur en beskrivning ska kunna styrkas av någon annan. Det framgår inte vilka frågor som skulle ställas till referenterna eller vad i beskrivningen som ska styrkas. Poäng kommer att strykas i sin helhet om referenter lämnar dåliga omdömen. Det framgår dock inte vad som menas med ”dåliga omdömen”. Inte heller huruvida det ska ske en poängförlust om en referens ger dåligt omdöme medan en eller flera andra referenser har givit ett gott omdöme. Stadens möjlighet att enligt förfrågningsunderlaget hämta in egna referenser och att Staden lämnas stort utrymme för att bedöma vilken effekt referensernas omdöme ska få för utvärderingen, medför att den upphandlande myndigheten ges möjlighet att helt utesluta en anbudsgivare som Staden har negativa erfarenheter av. Att referenser endast ska styrka poäng i de fall anbudet för ett kriterium bedömts innehålla mervärde motsvarande högsta poäng, så som Staden gör gällande, kan knappast utläsas ur förfrågningsunderlaget. Beskrivningen i

denna för utvärderingen mycket viktiga del är så otydligt utformad att den lämnar utrymme för ett flertal tolkningar. Otydligheterna innebär ett brott mot 1 kap. 9 § LOU eftersom anbudsgivarna inte av förfrågningsunderlaget kan utläsa hur anbuden kommer att utvärderas och eftersom Staden vid utvärderingen ges ett betydande utrymme för godtycke. Avseende Stadens hänvisning till Länsrätten i Stockholms läns dom i mål nr 13472-08 kan konstateras att det inte rör sig om ett identiskt förfrågningsunderlag. I avgörandet har inte de frågor prövats som är aktuella i förevarande mål och avgörandet saknar således betydelse för frågan om det nu aktuella förfrågningsunderlaget är förenligt med LOU.

Utvärderingen har inte skett i enlighet med förfrågningsunderlaget

Staden har inte räknat i enlighet med det sätt som framgår av förfrågningsunderlaget. Multiplicering av uppnått poängtal för varje kriterium med angiven vikt ger sammanlagt inte de poäng som Staden har redovisat att anbudsgivarna har erhållit. Aleris har inte i förfrågningsunderlaget kunnat hitta något stöd för den poängberäkning som Staden hänvisar till. Enligt staden är den högsta möjliga totalsumman 100 poäng. Enligt förfrågningsunderlaget ska emellertid poängtalerna för varje utvärderingskriterium multipliceras med den angivna vikten i procent. Den högsta möjliga totalsumman bör då enligt Aleris beräkningar vara 3,25 poäng och inte 100 poäng. Staden har utvärderat anbuden på ett sätt som inte framgår av förfrågningsunderlaget, vilket strider mot transparensprincipen och utgör grund för åtgärd enligt LOU.

Skada

Aleris har, då Staden brutit mot bestämmelserna i LOU, lidit skada eller riskerar att lida skada eftersom bolaget inte har tilldelats kontrakt. Av praxis framgår det att det inte kan krävas att en anbudsgivare måste visa att bristerna i upphandlingen ledde till att denne inte vann upphandlingen för att denne ska anses ha lidit skada i den mening som avses i LOU. Det är

tillräckligt för en åtgärd enligt LOU att anbudsgivaren genom brott mot LOU hindrats att delta på ett rättvist sätt.

Staden anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

Användning av referenser vid utvärdering

Frågorna till referenterna tar sikte på de aktuella utvärderingskriterierna och i det skriftliga frågeformuläret anges att frågorna avser bedömning om mervärde. Därefter ställs frågorna utifrån olika rubriker. Dessa rubriker avser utvärderingskriterierna, i förfrågningsunderlaget punkten 1.16. Någon sammanblandning av de båda faserna på sätt som skulle stå i strid med LOU eller de grundläggande principerna finns inte i upphandlingen. I frågeformuläret som använts i utvärderingen understryks att referenserna avser tjänster t.ex. genom att det anges "Era bedömningar avseende mervärde" beträffande rubriker som motsvarar utvärderingskriterierna. Av frågorna framgår vidare att det handlar om tjänstens kvalitet och tjänsternas utförande i den enskildes vardag. Att frågorna inleds med att bedömning av anbudsgivarens förmåga att t.ex. ge mervärde avseende exempelvis måltidsmiljö och omsorg och service i den enskildes vardag eller att värdegrundsarbete kommer den enskilde till del, ändrar inte den tydliga kopplingen till kvaliteten i tjänsten. Utifrån de åberopade avgörandena från EG-domstolen och kammarrätterna kan konstateras att det inte finns något "förbud" mot att använda referenser i utvärderingsfasen. En förutsättning är dock att referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Alla utvärderingskriterier i upphandlingen syftar till att få så god kvalitet för den enskilde i dennes vardag som möjligt. När det gäller driftsansvar för vård- och omsorgsboenden så kan ett litet företag, som i princip inte har någon omsorgspersonal i sitt företag när anbud lämnas, komma ifråga för tilldelning. Det skulle stå i strid med proportionalitetsprincipen om en upphandlande myndighet ställde som krav för kvalificering av ett företag, att företaget skulle ha ett visst antal anställda med viss utbildning. Däremot är personaltäthet i det dagliga arbetet en viktig

kvalitetsaspekt i tjänstens utförande. Behov av personaltäthet beror på vårdtyngd, disposition av boendet m.m. Angivande av personaltäthet är således en förutsättning som är helt förbunden med uppdragets utförande och utformning, och inte något som avser företaget. Samma bedömning gör sig gällande beträffande åtagande om utbildningsinsatser. Det aktuella mervärdet innebär också en viktig kvalitetsaspekt för tjänstens utförande. Ett sådant kvalitetsåtagande motsvarar naturligtvis visst värde och är väl ägnat att använda för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Staden åberopar i denna del en analys från Konkurrensverket, ”Referenser i anbudsutvärdering”, daterad 2009-04-28. I det av bolaget åberopade avgörandet från Kammarrätten i Göteborg den 1 juni 2009 tydliggörs att Staden använt referenser på rätt sätt i de upphandlingar som nu är föremål för länsrättens prövning. I nu förevarande mål avser krav på referens i kvalificeringen styrkande av anbudsgivarens erfarenhet avseende tidigare drift, medan det i skrivningar om referenser i förfrågningsunderlagets utvärderingsdelar tydliggörs att referenserna i dessa delar avser tjänstens kvalitet.

När det gäller skrivning under punkten 1.12.6 så är det riktigt att begreppet referenser i denna punkt avser person som avger referenser, vilket framgår av sista meningen i samma punkt, ”Observera dock att det i vissa fall ställs krav på fler än en referens”. Detta syftar på den föregående meningen i förfrågningsunderlaget, som behandlar kravet på referenser av ”såväl kravuppfyllelse, som mervärde i utvärderingen”. Kraven i dessa delar avser krav på mer än en referent, i meningen mer än en person. Begreppet referent används inte alltid när det gäller personen som avger referens. Ytterligare exempel på att begreppet referens i förfrågningsunderlaget faktiskt också används beträffande person som avger referensen finns i punkten 1.16.1. Det finns således inte något fog för att ta skrivningen i punkten 1.12.6 till stöd för att det skett sammanblandning av kvalificeringsfas och utvärderingsfas eller för att förfrågningsunderlaget inte skulle vara transparent.

Det är möjligt för referenter att ha uppfattning om mervärde avseende tjänsters kvalitet, utan att referenterna tar del av förfrågningsunderlaget. Det är tillräckligt med den vägledning som i upphandlingen givits i de till referenterna ställda frågorna. Referenshanteringen har skett skriftligt och samma frågor har ställts beträffande alla anbudsgivare. Skrivningen i förfrågningsunderlaget om att alla poäng inte kan utdelas om mervärdet inte styrks har tillämpats på nu angivet sätt, det vill säga "alla", lika med, högsta poäng har inte erhållits om mervärdet inte styrkts genom anbudsgivarens och Stadens egna referenser.

Proportionalitet och transparens

Det stämmer inte att innehållet i och konkurrenskraften hos anbudet och Stadens egen utvärdering av anbudet saknar varje betydelse vid utvärderingen om en referens lämnar ett negativt omdöme om anbudsgivaren. Att Aleris anbud beträffande vissa kriterier inte bedömts innebära mervärde och därför givits 0 poäng, eller beträffande andra kriterier bedömts innehålla visst mervärde, och därför lett till poängavdrag på grund av referenser, har sammantaget lett till att bolaget i konkurrens med andra anbud inte bedömts ha lämnat de ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Det är väl motiverat att referenser har en viss inverkan, och utvärderingen är utformad med balans mellan å ena sidan anbudets konkurrenskraft utifrån åtaganden och beskrivningar om mervärde och å andra sidan referensernas inverkan. Ett anbud kan tilldelas poäng för ett kriterium även om mervärde inte styrks av referenser, dock inte alla poäng. Referenserna är således ändamålsenliga vad gäller utvärderingen av ekonomiskt mest fördelaktigt anbud, och referenserna har inte givits en oproportionerlig betydelse i upphandlingen. Att poäng kan komma att strykas kan inte anses oproportionerligt eftersom det gäller poäng för mervärde i tjänstens utförande, d.v.s. poäng för ett utförande utöver vad som krävs enligt kravspecifikation. Vidare gäller det kvalitetsaspekter som har avgörande betydelse för brukarna. Referenterna är personer som i en beställarroll haft att ansvara för äldreomsorg i bl.a. motsvarande boendeformer och referenserna lämnas inom ramen för denna

yrkesroll. De tillhör därför de personer som bäst vet vad som är normal kvalitet i utförandet i vård- och omsorgsboende. Vidare ställs referensfrågorna beträffande de specifika kvalitetsaspekterna i utvärderingskriterierna. Referenserna är således inte några allmänna värdeomdömen. Sammanfattningsvis är detta referensvillkor i hög grad adekvat och nödvändigt att ställa för att säkerställa att utvärdering sker på så bra grunder som möjligt. Det är inte i strid med proportionalitetsprincipen att i tiden aktuella referenser med krav på dokumentation kan leda till avdrag av poäng för mervärde om referenten lämnar dåligt omdöme. Förfrågningsunderlagets utformning är inte i strid med LOU hindrande för anbudsgivarnas anbudsutformning. Anbudsgivarna har i förfrågningsunderlaget uppmanats att i anbuden göra beskrivningar och åtagande för mervärde beträffande angivna utvärderingskriterier rörande kvalitetsaspekter i tjänstens utförande. Att det framgår av förfrågningsunderlaget att Staden även kan använda egna referenser, eller att avdrag kan göras om det finns aktuella dåliga omdömen hindrar inte anbudsgivare att avge konkurrenskraftigt anbud. Det är riktigt att referenterna inte tagit del av anbudet. Det har inte på något sätt framkommit att det i de åberopade domarna förutsätts att referenterna läst anbudet. Referenserna får inte oproportionerligt stor vikt, utan referenser har använts på sätt som överensstämmer med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna.

Poängavdragen beträffande bolagets anbud har gjorts med anledning av referens från en referent. Ordet referenter har använts för att uttrycka att poängavdrag sker om en eller flera referenter ger dåligt omdöme. I förfrågningsunderlaget anges inte något minimikrav för antal referenter i denna del. Det kan tilläggas att det ofta torde röra sig om den upphandlande myndighetens egna referenser när det gäller brister, varför det rimligen inte borde påverka förutsättningarna för anbudens utformning om det beträffande referenter skulle krävas minst två och inte en referent för poängavdrag. Skulle det anses finnas otydlighet beträffande om det krävs en eller två referenter för poängavdrag, så är detta i vart fall inte av sådan

karaktär att det skulle utgöra grund för att upphandlingen i sin helhet skulle göras om (jmf RÅ 2002 ref. 50).

Otydliga skall-krav

Det framgår mycket klart av beskrivningarna av respektive utvärderingskriterium i förfrågningsunderlagets delar avseende de olika boendena vad som är av betydelse för utvärdering av mervärde. Preciseringsnivån i kravspecificeringen är överensstämmande med, eller till och med högre än vad som är vanligt vid upphandling av äldreomsorg. Bolagets anbud har godkänts vad gäller krav i kravspecificering och bolaget har således inte heller lidit någon skada på grund av kravens utformning eller utvärderingen av anbudet i denna del. Motsvarande krav, kriterier och beskrivning i förfrågningsunderlag av vad som kan utgöra mervärde har använts i en upphandling av drift av vård- och omsorgsboenden 2008. Vid en överprövning av tilldelningsbesluten fann Länsrätten i Stockholms län i dom den 26 augusti 2008, mål nr 13472-08, att uppgifterna i förfrågningsunderlaget fick anses vara tillräckligt klart och tydligt utformade för att varje leverantör, med utgångspunkt i underlaget, skulle kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Det är riktigt att det i punkten 1.13.1.7 under rubriken "Aktiv och meningsfylld tillvaro" görs en beskrivning av de krav som ställs på tjänstens utförande i det rubricerade avseendet. Det ligger i sakens natur att sådana krav, som ibland kallas mjuka krav, har en beskrivande karaktär. Detta innebär inte att kraven saknar relevans eller är otydliga. Relevansen av kvalitetskraven i 1.13.1.2 till och med 1.13.1.7 understryks inte minst av att tidigare uppföljningar visat att det i äldreomsorgen kan finnas brister i dessa avseenden. Det är inte eftersträvansvärt att i en kravspecificering göra en närmare detaljreglering för hur arbetet i äldreomsorg ska utföras för att uppnå vissa kvalitetsmål och krav. De i kravspecificeringen angivna kraven är tillräckligt tydliga för att anbudsgivare ska förstå vad som efterfrågas, och för att kraven ska kunna ligga till grund för både utvärdering och

meningsfull uppföljning av tjänsterna. Någon bedömning huruvida skallkraven uppnås mer eller mindre bra har inte skett beträffande kraven i kravspecifikationen. Beskrivningar som i denna del lämnats i anbudet samt referenser har endast tjänat som underlag till bedömning av om anbudet uppfyller krav på tjänsten eller inte. Aleris anbud har bedömts uppfylla alla krav i steg 2 och bolaget antas ha förstått vad som efterfrågats i denna del. I steg 3 anges vad som tillmäts vikt för bedömning av utvärderingskriterier avseende kvaliteten i tjänstens utförande. De beskrivningar som görs i förfrågningsunderlaget i denna del är så preciserade att det inte finns utrymme för godtycke i strid med LOU. Det måste också anses stå klart att utvärderingskriterierna är kopplade till den tjänst som upphandlas.

Utvärderingen har inte skett i enlighet med förfrågningsunderlaget

Staden vitsordar att det i resultatrapporterna framkommer vissa fel i multipliceringarna av uppnådda poäng med i förfrågningsunderlaget angiven vikt. Kontrollräkningen visar att felen inte rubbar den inbördes ordningen mellan anbuden utom i två fall, och att dessa helt saknar betydelse för tilldelningsbesluten i upphandlingarna. Den poäng som bedömts föreligga avseende bolagets anbud har inte kunnat leda till tilldelning för något av de boenden som överprövningarna rör, även om poängavdrag inte hade gjorts med anledning av referens. Felen påverkar således inte tilldelningsbesluten och innebär inte några omständigheter som står i strid med LOU och de gemensprättsliga principerna. Felen har inte minskat anbudsgivarnas förutsättningar att utforma anbud utifrån förfrågningsunderlaget. Vid utvärdering har poängbedömning gjorts i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget.

Skada

Staden konstaterar i denna del att bolaget inte skulle uppnå högst poäng för något boende, även om poängavdragen med anledning av referenser inte hade gjorts. Så är fallet också oavsett ovannämnda räkne- och redovisningsfel. För att bolagets anbud skulle vara det mest ekonomiskt fördelaktiga

skulle det, även om referenser inte alls skulle ha använts i utvärderingen, ändå ha krävts att flera andra anbudsgivare skulle ha lämnat anbud innehållande mindre mervärde än vad som har varit fallet.

DOMSKÄL

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.

I 12 kap. 1 § LOU anges bl.a. att en upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Under 1.8.1 i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att

”I förfrågningsunderlaget efterfrågas referenser i kvalificering, kravspecifikation samt utvärdering. Referens som styrker kvalificeringskrav kan naturligtvis återopas för styrkande av såväl kravuppfyllelse, som mervärde i utvärderingen. Observera dock att det i vissa fall kan ställas krav på fler än en referent.”

I 1.12.6 anges beträffande referenser samma som ovan med avseende på ”Kvalificeringskrav/krav på leverantören”.

Av 1.13.1.1. beträffande ”Kravspecifikation – krav på tjänstens utförande” framgår att

”Anbudsgivaren ska för att godkännas beträffande kraven i kapitel 13 intyga att tjänst enligt anbud kommer att uppfylla samtliga i kapitlet angivna krav. Där så särskilt anges krävs därutöver särskild redovisning eller att referenser gör trovärdigt att kraven kan uppfyllas.”

Kraven specificeras härefter under avsnitt 1.13.1.2 till och med 1.13.1.7 enligt följande rubriker

- De boendes dagliga tillvaro, förutsättningar och krav på insatser
- Självbestämmande och integritet
- Trygghet och kontinuitet
- Gott bemötande
- Service och omvårdnad
- Aktiv och meningsfylld tillvaro

Av 1.13.1.8 framgår att kontroll av att ovan nämnda krav uppfylls bl.a. kommer att ske genom hörande av en referent.

I 1.16.1 redogörs för utvärderingskriterier m.m. i utvärderingsfasen enligt följande.

”Anbudsgivaren ska för de olika kriterierna ange åtagande och beskrivningar om hur tjänsten kommer att utföras. [...] Bedömningarna av mervärde kommer bl.a. att baseras på hur anbudsgivaren gör troligt att mervärdet kommer att kunna uppnås [...].

I utvärdering prövas vilket anbud som för varje vård- och omsorgsboende är det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till erbjuden kvalitet till de av staden bestämda ersättningsnivåerna. Anbuderna kommer att poängsättas efter den poängskala som redovisas nedan.

Poäng erhålls för det mervärde som redovisas i förhållande till i kapitel 13 ställda krav. Bedöms det inte föreligga mervärde utgår det inte någon poäng.

De sju kriterierna kan ge poäng enligt följande

1. Omsorg och service i den enskildes vardag – (0,5-1) + (0,5-1) + (0,5-1) + (0,5-1)
Maximalt 4 poäng
2. Aktiviteter i den enskildes vardag – (1) + (0,5-1) + (0,5-1) Maximalt 3 poäng
3. Hälso- och sjukvård – (1-2) + (1) Maximalt 3 poäng
4. Kost – (1) + (0,5-1) + (0,5-1) Maximalt 3 poäng
5. Motivation, kontinuitet och värdegrund - (0,5-1) + (0,5-1) + (0,5-1) Maximalt 3 poäng
6. Säkerställande av insatsernas genomförande - (0,5-1) + (0,5-1) + (0,5-1) Maximalt 3 poäng
7. Utbildningsinsatser – (1-3) maximalt 3 poäng

Uppnått poängtal för varje kriterium multipliceras med nedan angiven vikt (procenttal).

[...]

De sju kriterierna viktas enligt följande

1. Omsorg och service i den enskildes vardag – 25 % (R)
2. Aktiviteter i den enskildes vardag – 20 % (R)
3. Hälso- och sjukvård – 15 % (R)
4. Kost – 12 % (R)
5. Motivation, kontinuitet och värdegrund – 11 % (R)
6. Säkerställande av insatsernas genomförande – 9 % (R)
7. Utbildningsinsatser – 8 % (R)

För kriterier som är märkta med ”R” kommer referens att inhämtas. Alla poäng kommer inte att utdelas om beskrivning av mervärde inte kan styrkas av Stadens egna och/eller av anbudsgivaren lämnad referens. [...] Om referenter lämnar dåliga omdömen, kommer poängen för referat kriterium strykas i sin helhet, om uppgifterna också kan styrkas av dokumentation som är högst ett år gammal.

[...]”

I 1.16.2 anges vidare bl.a. att

”All referenstagning kommer att dokumenteras skriftligt. Sker referenstagning genom samtal så kommer detta att ske efter frågemall, utifrån det krav eller mervärde som ska prövas eller värderas. frågorna begränsas till att avse att anbudsgivarnas beskrivningar m.m. kommer att uppnås.”

I skrivelsen ”Begäran om referens” som Staden skickat till utvalda referenter anges följande:

Era bedömningar avseende mervärde

Denna del avser er bedömning av anbudsgivarens förmåga att göra bättre insatser än vad ni anser är normalt beträffande ansvariga för motsvarande drift. I frågans utformning ligger att bedömningen god förmåga är bättre än normalt.

1. *Omsorg och service i den enskildes vardag*
Bedöms anbudsgivaren ha god förmåga att tillse att de boende får omsorg och service av god kvalitet?
2. *Aktiviteter i den enskildes vardag*
Bedöms anbudsgivaren ha god förmåga att tillse att de boende erbjuds och blir delaktiga i meningsfulla aktiviteter eller sysselsättning?
3. *Hälso- och sjukvård - rehabilitering*
Bedöms anbudsgivaren ha god förmåga att arbeta med metoder och arbetssätt, som medför att de boende kan behålla och förbättra sina funktioner samt ge den enskilde förutsättningar för ett så självständigt liv som möjligt?
4. *Kost*
 - A) Bedöms anbudsgivaren ha god förmåga att säkerställa att särskilda näringsbehov uppmärksammas och åtgärdas?
 - B) Bedöms anbudsgivaren ha god förmåga att ordna en för de boende god måltidsmiljö?
5. *Motiveringsarbete och kontinuitet i utförande av insatser*
 - A) Bedöms anbudsgivaren ha god förmåga att ordna så att det blir god kontinuitet vad gäller den personal som för en boende utför vård, omsorg och service, dvs att det i hög grad blir samma personal som utför insatser för den boende?
 - B) Bedöms anbudsgivaren ha god förmåga att genomföra arbete som motiverar personalen att vara engagerade och fokuserade på de boendes bästa och lyhörda för deras önskemål?
 - C) Bedöms anbudsgivarens organisation genomsyras av ett värdegrundsarbete som kommer den enskilde boende till del?
6. *Arbete med genomförandeplan och brukaruppföljningar mm i den dagliga omsorgen*
 - A) Bedöms anbudsgivaren ha god förmåga att ordna med en ändamålsenlig och säker dokumentation?
 - B) Bedöms anbudsgivaren ha goda rutiner och arbetssätt för samverkan med anhöriga?

Länsrätten gör följande bedömning.

Användning av referenser vid utvärdering

En förutsättning för att använda referenser i utvärderingsfasen är att referenstagningen syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis framgår att

kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivare förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Vilka kriterier som är relevanta måste emellertid, enligt länsrättens bedömning, bedömas från fall till fall. Vad som i ett fall kan betraktas som ett typiskt kvalificeringskrav kan i ett annat fall utgöra ett utvärderingskriterium.

Staden har i den aktuella upphandlingen i utvärderingen prövat vilket anbud som för varje vård- och omsorgsboende är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till erbjuden kvalitet till de av Staden bestämda ersättningsnivåerna. Poäng har i utvärderingen erhållits för det mervärde som redovisas i förhållande till angivna krav på tjänstens utförande. Till styrkande av mervärde har Staden använt sig av referenser.

Kammarrätten i Göteborg har, i mål nr 7332-08, avseende upphandling beträffande ledningssystem, prövat frågan om referenser får vara en del av anbudsutvärderingen. Kammarrätten fann i detta mål att frågor om anbudsgivarens administrativa hantering av tjänsten, aktiva arbete med förbättring av arbetsmiljön, leverans av rätt tjänst i rätt tid, dialog med beställaren och service mot abonnenterna samt entreprenadens prisvärdhet, inte kan anses huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan till den tjänst anbudsgivaren erbjuder. Kammarrätten i Stockholm har, i mål nr 5512-08, prövat samma fråga avseende en upphandling av byggservicearbeten, och fann härvid att frågor rörande anbudsgivarens kvalitet som leverantör i fråga om produktivitet, förmåga att hålla tider, bemötande, kvaliteten på anbudsgivarens yrkesmän, snabbhet i leveranser och redovisning samt referentens förtroende för anbudsgivaren och om denne kunde rekommendera anbudsgivaren, huvudsakligen var att hänföra till anbudsgivarens kvalifikationer.

Den nu aktuella upphandlingen avser vård- och omsorgsboenden för äldre. Enligt Staden syftar utvärderingskriterierna till att få så god kvalitet för den enskilde i dennes vardag som möjligt. Frågorna som ställts till referenspersonerna för att styrka mervärde har avsett anbudsgivarens förmåga att tillse att de boende får god omsorg, meningsfulla aktiviteter, att metoder och arbetssätt medför att de boende kan behålla och förbättra sina funktioner, att särskilda näringsbehov uppmärksammas och åtgärdas och att de boende får en god måltidsmiljö. Vidare efterfrågas anbudsgivarens förmåga att ordna kontinuitet med personalen på boendena, att motivera personalen att vara engagerade samt förmågan att dokumentera och anbudsgivarens rutiner för att samverka med anhöriga. Dessa kriterier kan enligt länsrättens mening i nu aktuell upphandling inte anses huvudsakligen hänförliga till anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet, utan till föremålet för upphandlingen, det vill säga den tjänst som anbudsgivaren erbjuder. Referensupptagningen som skett i anbudsutvärderingen har således syftat till att utvärdera hur anbudsgivare tidigare har utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten, och inte till att utreda anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Referenserna kan därmed tjäna till att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Länsrätten finner således att anbudsutvärderingen inte kan anses ha påverkats av ovidkommande hänsyn.

Aleris har gjort gällande att samma referens, i betydelsen utlåtande, enligt skrivningen i förfrågningsunderlaget kan användas för bedömning i både kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen, vilket innebär att faserna har blandats ihop. Av frågeformuläret som referenterna har fyllt i framgår dock huruvida bedömningen referenten gör ska avse mervärde eller anbudsgivarens förmåga. Länsrätten anser inte att det av skrivningen i förfrågningsunderlaget framgår att användningen av referenser i detta avseende varit i strid med LOU.

Proportionalitetsprincipen

Av förfrågningsunderlaget framgår att om referenter lämnar dåliga omdömen, kommer poängen för refererat kriterium att strykas i sin helhet, om uppgifterna också kan styrkas av dokumentation som är högst ett år gammal. Aleris har anfört att denna metod strider mot proportionalitetsprincipen eftersom anbuden inte utvärderas efter sina egna meriter utan endast efter leverantörens kvalifikationer. Bolaget har också anfört att anbuden har begränsats så att endast mervärden som kan styrkas av referenser omfattas av anbuden. Med hänsyn till att poäng utdelas för mervärde i tjänstens utförande och att referenserna avser kvalitetsaspekter som har avgörande betydelse för boende på vårdhemmen, anser länsrätten att referenser får vägas in i bedömningen. Enligt länsrättens mening är det inte i strid med proportionalitetsprincipen att dokumenterade, aktuella brister kan leda till avdrag av poäng för mervärde om referenten lämnar dåligt omdöme.

Otydligt förfrågningsunderlag

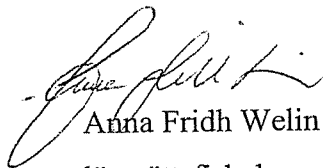
Aleris har anfört att skall-kraven i 1.13 avseende kravspecifikation i förfrågningsunderlaget är så otydliga att anbudsgivarna inte har kunnat bilda sig en uppfattning om vad som krävs för att anbudet ska anses uppfylla dessa. Länsrätten konstaterar att Aleris anbud har godkänts vad gäller krav i kravspecificeringen. Enligt länsrättens mening är kraven tillräckligt tydliga för att anbudsgivare ska förstå vad som efterfrågas. Staden har vidare uppgett att skrivningen under punkt 1.16.1 i förfrågningsunderlaget innebär att endast mervärde motsvarande högsta poäng ska styrkas av referenser. Även om beskrivningen i förfrågningsunderlaget inte är helt tydlig på denna punkt, anser länsrätten att denna otydlighet inte är av sådan karaktär att upphandlingen ska göras om. Inte heller oklarheter om vad som utgör dåligt omdöme eller huruvida poängförlust om en referens ger ett dåligt omdöme alltid kommer ifråga är av sådan karaktär att upphandlingen ska göras om. Länsrätten finner vid en samlad bedömning att uppgifterna i förfrågningsunderlaget får anses vara tillräckligt klart och tydligt utformade

för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Aleris har vidare anfört att Staden inte har räknat i enlighet med det sätt som framgår av förfrågningsunderlaget. Staden har vidgått att det förekommer fel i multipliceringarna av uppnådda poäng. Enligt en kontrollräkning rubbar inte multipliceringsfelen den inbördes ordningen mellan anbuden utom i två fall och dessa saknar betydelse för tilldelningsbesluten i upphandlingarna. Ifrågavarande felaktighet/felräkning har således, enligt länsrättens bedömning, inte påverkat bolagets möjligheter att erhålla kontraktet i fråga eller utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

Länsrätten finner sammanfattningsvis att varken förfrågningsunderlaget eller den utvärdering som Staden tillämpat, utifrån vad Aleris anfört, kan anses behäftade med sådana brister att de krav som uppställs i LOU eller i övrigt följer av de gemenskapsrättsliga kraven på transparens, förutsebarhet eller proportionalitet har trätts för när. Mot bakgrund härav och vad som anförts i det föregående finner länsrätten att grund för ingripande enligt LOU saknas. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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


Anna Fridh Welin
länsrättsfiskal

Föredragande har varit Sofie Sandell.



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 var till 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.

