



KLAGANDE

Björkviks Vårdhem AB, 556257-3575
Björkviksvägen 20
243 35 Höör

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

Ombud: Jur.kand. Lina Bergqvist
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Kommunförbundet Skåne, 837600-9109
Box 53
221 00 Lund

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Skåne läns dom den 9 oktober 2008 i mål nr 9160-08, se bilaga A

SAKEN

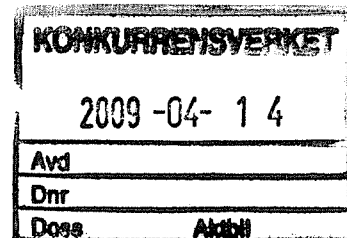
Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten förordnar att Kommunförbundet Skånes upphandling av vård- omsorgs- och behandlingsplatser ska göras om avseende delområde 1.1.5-1.1.8 samt 2.1.1, 2.1.3 och 2.1.4.

YRKANDEN

Björkviks Vårdhem AB (nedan Björkvik) yrkar att kammarrätten, med ändring av länsrättens dom, förordnar att upphandlingen ska göras om



såvitt avser delområdena 1.1.5-1.1.8 samt 2.1.1, 2.1.3 och 2.1.4. Björkvik anför i huvudsak följande. Kommunförbundet har brutit mot LOU genom att felaktigt och i strid med vad EG-domstolen fastslagit i mål C-532/06 (nedan Lianakis-domen) använt kvalificeringskriterier som tilldelnings-/utvärderingskriterier. Vidare är beskrivningarna i förfrågningsunderlaget med avseende på vad de upphandlande enheterna efterfrågar otydliga i sådan omfattning att det föreligger ett brott mot transparens- och likabehandlingsprincipen. Dessa brister har lett till att Björkvik i vart fall lidit risk för skada.

Frågan om kvalificeringskriterier som tilldelningskriterier

Det står genom Lianakis-domen klart att kriterier som avser att bedöma erfarenhet inte kan användas vid själva tilldelningen av kontraktet. Om denna typ av kriterier ska användas ska det ske vid bedömningen av anbudsgivarens förmåga och resurser. Samma sak gäller för kriteriet ”personalstyrka”. Detta avser inget annat än att bedöma en anbudsgivares förmåga att utföra tjänsten som sådan, inte att avgöra de kvalitativa aspekterna på sättet att utföra tjänsten. Länsrätten konstaterar att upphandlingen avser delar inom vård och omsorg samt att det då ligger i sakens natur att det är svårt att utforma ett förfrågningsunderlag optimalt. Det förhållandet att ett förfrågningsunderlag skulle vara svårt att utforma utgör emellertid inte något skäl överhuvudtaget för att kvalificeringskriterier skulle vara tillåtna att använda som tilldelningskriterier. Länsrätten uttalar vidare att då det kan förväntas att upphandlare kommer att få ta ställning till en förhållandevis stor variation av anbudsinnehåll medför detta att alltför preciserade kvalificeringskriterier skulle begränsa antalet och därmed möjliga leverantörer med följd att en god upphandling skulle försvåras. Länsrätten synes således mena att om upphandlingsföremålet är en tjänst som är svår att beskriva skulle detta motivera att man använder kvalificeringskriterier som tilldelningskriterier. Något stöd för detta finns inte i Lianakis-domen som säger att kriterier som syftar till att endast fastställa förmågan att utföra kontraktet inte får användas som tilldelningskriterier. Länsrätten har helt förbigått detta i sin dom. Kvalifice-

ringskriterier kan inte klassificeras som tilldelningskriterier med hänvisning till att kvalificeringskriterierna som sådana skulle vara svåra att beskriva. Avgörande för om ett kriterium är kvalificeringskriterium eller tilldelningskriterium är om kriteriet är kopplat till anbudsgivarens förmåga/kapacitet som sådan att utföra tjänsten – dvs. om det utgör en bedömning av resurser och/eller kompetens – eller om det avser att bedöma själva tjänstens utförande, dvs. hur tjänsten utförs. Inte till någon del i denna upphandling avser kriterierna ”personal” eller ”kvalitetssystem” hur själva tjänsten utförs utan avser endast att fastställa en viss kapacitet. Länsrätten anför vidare att det i punkt 4.1.2 i de administrativa föreskrifterna ställts upp kvalificeringskrav angående kapacitet och kompetens. Hur länsrätten kommit fram till denna slutsats är svårförståeligt. Innehållet i punkt 4.1.2 säger inte på någon punkt att det krävs viss utbildning, erfarenhet eller viss personalstyrka. Att rubriken anges som ”kapacitet och kompetens” innebär inte att man utifrån de i punkten angivna kraven verkligen kan bedöma om anbudsgivaren ifråga har de resurser – personal och tekniska – som krävs för att genomföra kontraktet. Vad punkten avser är krav på innehav av formella tillstånd och ingivande av beskrivningar av ett antal rutiner. Dessa krav innebär emellertid inte någon bedömning av om anbudsgivaren ifråga de facto har resurser att genomföra kontraktet ifråga. Innehållet i punkt 4.1.2 är irrelevant eftersom det inte på något sätt utgör ett stöd för att man skulle kunna använda kvalificeringskrav som tilldelningskriterier.

Särskilt om kriteriet ”personal” i förfrågningsunderlaget

Den centrala frågan i målet är om kriteriet ”personal” kan utgöra ett tilldelningskriterium. Innehållet i kriteriet ”personal” ska bedömas utifrån vad anbudsgivarna svarat i anbudsformuläret. I förfrågningsunderlaget anges att kommunerna bl.a. kommer att bedöma:

- relevant utbildning
- erfarenhet
- personaltäthet
- språk- och kulturkompetens

Ovanstående ska bedömas utifrån de svar som lämnas i anbudsformuläret under rubriken ”personal”.

Under rubriken ”personal” i anbudsformuläret ska bl.a. följande bedömas:

- totalt antal tillsvidareanställda
- sovande respektive vaken personal
- antal tjänster heltid
- andel vikarier
- antal varsel
- behandlingspersonal med upp till 1,5 års relevant eftergymnasial utbildning respektive 3 års akademisk utbildning
- beskrivning av personals utbildning
- beskrivning av hur personal rekryteras
- ledningens anställningstid i verksamheten
- personalomsättning
- extern handledning och handledarens kompetens
- vilka fortbildningar/utbildningar personalen gått igenom
- beskrivning av hur personalen får del i verksamhetens mål och synsätt

Inte någon av ovanstående punkter avser att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Inte någon av punkterna säger något om *hur* anbudsgivaren utför sin tjänst. Samtliga ovanstående delar avser uteslutande att konstatera vilka resurser anbudsgivaren har. Kraven är kvalificeringskrav, inte tilldelningskriterier. Härtill kommer att det inte anges vad det är som ska rendera mer poäng än något annat. Är en lång anställningstid för ledningen i verksamheten bättre än om ledningen har högre utbildning men kortare anställningstid men samtidigt lång anställningstid i annan verksamhet? Det sistnämnda visar även att underlaget brister i transparens. – Att som länsrätten anse att preciserade kvalificeringskrav skulle begränsa antalet anbudsgivare är inte något godtagbart skäl för att ha kvalificeringskrav som tilldelningskriterier. Om kommunerna önskat att bedöma erfarenhet och utbildning hade det ålegat kommunerna att

göra detta i kvalificeringsfasen. Om kommunerna ansett det svårt att precisera kraven i fråga om erfarenhet och utbildning hade kommunerna fått avstå från att bedöma dessa förhållanden. Det är den principiella skillnaden mellan kvalificeringskrav och tilldelningskriterier som är avgörande, inte om det är lätt eller svårt att definiera kvalificeringskraven.

Brott mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen

Länsrättens resonemang visar också att det föreligger ett brott mot transparensprincipen. Länsrätten uttalar att det kan "antas att anbudsgivare, som ägnar sig åt sådan verksamhet som är i fråga, tämligen väl kan bedöma vilka förväntningar som finns hos upphandlaren och hur ett anbud lämpligen bör utformas för största möjlighet att vinna upphandlingen". Förhållandet är emellertid sådant att kommunerna inte har redovisat vad det är som ska vara utslagsgivande i upphandlingen. Det av kommunerna felaktigt använda tilldelningskriteriet "personal" kan tjäna som exempel även i denna del. Som angetts ovan ska ett antal olika kategorier av personal redovisas av anbudsgivarna, t.ex. antal hel- och deltidsanställda, sovande nattpersonal, antal vikarier m.m. samt olika utbildningsnivåer. Ställer man detta i förhållande till poängsättningen, där t.ex. för 5 poäng anges "Mycket bra/god, enastående, uppfyller våra önskningar med råge, ger stort mervärde" infinner sig frågan vilka kommunernas "önskningar" är. Är det så att fler antal heltidsanställda med lägre utbildning är bättre än en anbudsgivare som redovisar färre antal heltidsanställda men istället med högre utbildning? Hur förhåller sig de olika delmomenten till varandra? Är kompetens i vissa språk mer värt än kompetens i andra språk? Hur tungt väger ledningens erfarenhet i förhållande till redovisade uppgifter om personalomsättning? Hur förhåller sig olika fortbildningar till varandra, görs det en kvalitativ bedömning av fortbildningarnas innehåll eller är det antalet fortbildningar som bedöms? – Svagheten i förfrågningsunderlaget är att kommunerna inte har beskrivit vad det är i de olika kriterierna som utgör kommunernas "önskningar". Kommunerna har överlåtit till anbudsgivarna att genom svar på ett antal frågor redovisa "önskningarna". På så vis är det anbudet som avgör nivån, inte bara på

svaren på frågorna utan även på kommunernas värdering, dvs. utvärderingen av ett anbud görs i förhållande till anbudets eget innehåll och inte i förhållande till kriterier/krav/nivåer som fastställs av kommunerna. Då förfrågningsunderlaget inte är utformat på ett sådant sätt att bedömningen av anbuderna sker i förhållande till krav/mål som kommunerna ställt upp utan i förhållande till sitt eget innehåll föreligger en klar risk för att anbuderna behandlas olika. Därmed föreligger också ett brott mot likabehandlingsprincipen. Som ett skäl för att förfrågningsunderlaget inte kan utformas optimalt anger länsrätten den vida omfattning som upphandlingen har. Detta förhållande är emellertid inget skäl för inte utforma förfrågningsunderlaget i överensstämmelse med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Det hade varit ett skäl om det utifrån objektiva grunder inte hade varit möjligt att göra upphandlingen på ett annat sätt. Kommunerna har emellertid valt att lägga samman ett stort antal delområden i upphandlingen dvs. det är kommunerna själva som gjort upphandlingen komplicerad. Utifrån objektiva skäl hade det inte varit nödvändigt att genomföra upphandlingen på det sätt som gjorts. Även med det valda upplägget hade förfrågningsunderlaget kunnat göras klart bättre. I underlaget finns t.ex. ingen utförlig nulägesbeskrivning av de olika kommunernas arbete/verksamhet inom de olika vårdområdena eller hur nyttjandet för specifika områden ser ut i dagsläget. Det enda som finns är en redogörelse på en halv sida i de administrativa föreskrifterna.

Inkonsekvent utvärderingsmodell

Det föreligger även brott mot transparens- och likabehandlingsprincipen enligt följande. Priserna i upphandlingen ska anges för respektive kategori, dvs. pris lämnas separat för utslussning, utredning, behandling respektive placering med kort varsel. Priserna har därefter utvärderats separat. Däremot har övriga kriterier, t.ex. kvalitet med underkriterierna verksamhetsinnehåll och personal, inte utvärderats separat för de enskilda kategorierna utslussning, utredning, behandling och placering med kort varsel. För kriterierna verksamhetsinnehåll och personal gäller att dessa bedömts tillsammans i ett och samma sammanhang, oberoende av om det

rört sig om utredning, placering med kort varsel eller behandling. Modellen tar således inte hänsyn till att verksamhetsinnehållet är eller kan vara olika och därmed kan kräva olika kompetens för utredning, utslussning, placering med kort varsel respektive behandling. Samtliga delmoment i verksamhetsinnehåll respektive personal har lagts ihop, dvs. även i det fall man kan särskilja vissa delar i verksamhetsinnehållet som hänförligt till t.ex. behandling har denna del bedömts även i delen utredning. Detta är ett klart metodfel i den redovisade och tillämpade utvärderingsmodellen.

Skada

Björkvik har lidit skada eller i vart fall risk för skada på grund av de felaktigheter som förekommer i upphandlingen. Björkvik hade kunnat utforma ett klart bättre anbud om förfrågningsunderlaget varit korrekt utformat och därmed kunnat tilldelas kontrakt i ytterligare områden, däribland de mer värdefulla behandlingsdelarna.

Kommunförbundet Skåne anser att kammarrätten ska avslå överklagandet. Kommunförbundet hänvisar till vad det anfört i länsrätten och tillägger i huvudsak följande. Beträffande *kvalificerings- respektive tilldelningskriterier* är skillnaden dem emellan, precis som Björkvik anger, att ett kvalificeringskriterium berör anbudsgivarens förmåga att utföra en tjänst medan ett tilldelningskriterium berör hur anbudsgivaren kan utföra tjänsten. Detta följer av Lianakis-domen. Därtill är EG-domstolens dom i mål C-513-99 (Concordia) aktuell. I domen konstateras att rekvisiten för tilldelningskriterier är uppfyllda så länge det finns ett samband med kontraktets föremål, inte ger myndigheterna obegränsad frihet, anges i kontraktshandlingarna eller i meddelandet om upphandling, är förenliga med gemenskapsrättens principer i övrigt och framför allt med icke-diskrimineringsprincipen. De av Björkvik angripna delarna är endast enskilda frågor under ett underkriterium. Det anges i respektive underkriterium att alla frågor i ”anbudsformuläret ligger till grund för bedömningen”. Det är följaktligen inte så att t.ex. utbildningsnivå är ett tilldelnings-

kriterium, det är en delfråga av 27 frågor. Under Personal ställs t.ex. frågor kring antal anställda i olika kategorier, utbildningsnivå i form av språkkunskaper och vilken extern handledning som finns för personalen. Inom Kvalitetssystem ställs t.ex. frågor om verksamhetens journalföringssystem och hur avbrott i placeringar följs upp. I alla delar, och särskilt sammantaget, finns en direkt koppling till hur anbudsgivaren kan utföra tjänsten. – Beträffande *inkonsekvent utvärderingsmodell* är Björkviks påstående att modellen är felaktig inte korrekt. Kommunförbundet har, såväl för pris som för övriga kriterier, i utvärderingen endast tagit med de delar som rör respektive område. Det som Björkvik påstår vara den önskade modellen är alltså den modell som använts. Detta framgår av såväl underlag som tilldelningsbesked.

Björkvik anför härefter i yttrande bl.a. följande. Björkvik vidhåller att förfrågningsunderlaget inte är tillräckligt preciserat med avseende på de olika *kategorierna* (behandling, utredning etc), vilket medför ett icke tillåtet utrymme för skönsmässiga bedömningar. Det förhållandet att även vissa andra förhållanden än utbildningsnivå, språkkunskaper etc. berörs i utvärderingskriterierna och att det skett någon form av sammanvägd bedömning innebär inte att det skulle vara tillåtet att bedöma resursfrågor (kvalificeringskrav) i utvärderingsfasen. Björkvik vidhåller därför vad som tidigare anförts om felaktig användning av *kvalificeringskriterier som utvärderingskriterier*. Även om det skulle vara så att Kommunförbundet tillämpat *utvärderingsmodellen* på det sätt som påstås leder själva uppbyggnaden av modellen till att tillämpningen blir inkonsekvent. Anbudsen har nämligen avgivits utifrån hur modellen redovisats i förfrågningsunderlaget och denna redovisning är – med avseende på verksamhetsinnehåll och personal – inte uppdelad på de olika kategorierna utan den är en del som inte tar hänsyn till skillnaderna i de olika kategorierna. Om Kommunförbundet vid utvärderingen gjort en uppdelning på olika kategorier även för övriga kriterier utom priset avviker en sådan tillämpning från modellens beskrivning i förfrågningsunderlaget och innebär i sådant fall ett brott mot LOU. – Björkvik anser dessutom, som komplet-

tering av tidigare åberopade grunder, att utformningen av upphandlingen är konkurrensbegränsande. Utformningen av upphandlingen genom att 36 kommuner gemensamt genomför en upphandling medför att en förlorande anbudsgivare utesluts från marknaden motsvarande de upphandlande enheternas geografiska område för den tid upphandlat avtal är i kraft. En konsekvens av denna form av upphandling blir att antalet aktörer på sikt kommer att minimeras, vilket i sin tur innebär att möjligheterna att genomföra optimala upphandlingar reduceras. Genom att göra en gemensam upphandling av denna storlek motverkas ett av syftena med LOU; att tillvarata och utveckla konkurrensen. Genom den konkurrensbegränsning som upphandlingen således innebär föreligger ett brott mot LOU.

Kommunförbundet anför här efter i yttrande bl.a. följande. Några enskilda frågor, t.ex. om utbildningsnivå, skulle ha kunnat utgöra ett kvalificeringskrav om de lyfts ut ur tilldelningskriteriet och formulerats som ett kvalificeringskrav. Detta gör dock inte att hela tilldelningskriteriet i sig, så som det är formulerat, utgör ett kvalificeringskrav. Det är kraven och kriteriernas formulering och användning som ska bedömas, inte om enskilda frågor i ett kriterium hade kunnat lyftas ut ur kriteriet och då fått ett annat användande. Att exempelvis en fråga om utbildningsnivå kan vara ett kvalificeringskrav är ostridigt. Något förbud mot att använda frågor som hade kunnat lyftas ut och ensamma användas som kvalificeringskrav finns inte, så länge som kriteriet är korrekt formulerat och använt i sin helhet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vad först gäller innebörden av Lianakis-domen med avseende på frågan om en upphandlande myndighet är förhindrad att – såvitt nu är av intresse – i tilldelningsfasen beakta anbudsgivarnas erfarenhet och personalstyrka kan följande återges från domen. Myndigheten ska vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet (kvalificeringsfasen) utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. Tilldel-

ning av kontraktet däremot genomförs mot bakgrund av de kriterier som anges i artikel 36.1 i rådets direktiv 92/50 (motsvaras av artikel 53.1 i det nya direktivet 2004/18/EG; kammarrättens anm.), nämligen lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I sistnämnda fall ger artikeln inte någon uttömmande uppräknning av de kriterier som myndigheten får välja mellan. Myndigheten ges således möjlighet att välja de kriterier som den avser att tillämpa vid tilldelningen av kontraktet. Valet kan dock endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen enligt EG-domstolen inte utgöra tilldelningskriterier. I målet vid den nationella domstolen avser de kriterier som myndigheten valt som tilldelningskriterier emellertid huvudsakligen vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga, dvs. anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet. EG-domstolen konstaterar följaktligen att artiklarna 23.1, 32 och 36.1 i direktiv 92/50 utgör hinder för att den upphandlande myndigheten under ett anbudsförfarande beaktar anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen inte med hänvisning till att dessa faktorer utgör ”kriterier för kvalitativt urval” utan i stället till att de utgör ”kriterier för tilldelning”.

Till tolkning av Lianakis-domen vill kammarrätten uttala följande. En anbudsprövning består av två faser: kvalificeringsfasen, varvid anbudsgivarnas lämplighet kontrolleras utifrån kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderings- eller tilldelningsfasen, där tilldelning sker i enlighet med kriteriet lägsta pris eller, som i förevarande fall, det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är viktigt att hålla isär de båda faserna, bl.a. av det skälet att ett av de grundläggande syftena med bestämmelserna om offentlig upphandling är att skattebeta-

larna – som en följd av en god konkurrens - ska få bästa möjliga kvalitet till lägsta möjliga pris. Utslagsgivande för vilket företag som ska vinna en upphandling ska därför vara pris och kvalitet på varan/tjänsten och inte faktorer som rör själva företaget som sådant, t.ex. dess ekonomiska och finansiella ställning. Lagstiftaren har dock insett att upphandlande enheter och myndigheter måste skyddas mot – i och för sig attraktiva – anbud, om risken för att företaget i fråga inte kommer att kunna fullfölja kontraktet är stor. Därför måste vissa minimikrav få ställas på de anbudsgivande företagen. Det är däremot inte tillåtet att på något sätt premiera företag med större ekonomisk eller finansiell styrka än vad minimikraven anger. Tanken är således att de anbudsgivare som kvalificerat sig till tilldelningsfasen ska nollställas vad avser de faktorer som enbart rör själva företaget. Vid tilldelningsfasens poängsättning och rangordning får enbart de faktorer som rör varans/tjänstens pris och kvalitet beaktas. Annars skulle etablerade företag med stora finansiella resurser gynnas i förhållande till mindre företag med små finansiella resurser, vilket skulle vara negativt för konkurrensen, eftersom möjligheten till inträde på marknaden i många fall skulle försvinna.

I Lianakis-målet var det enligt kammarrättens mening uppenbart att de tilldelningskriterier som kommunen hade använt inte kunde få beaktas i denna fas, eftersom kriteriet erfarenhet skulle bedömas mot bakgrund av värdet av genomförda projekt, kriteriet personalstyrka och utrustning skulle bedömas i förhållande till arbetsgruppens storlek och slutligen kriteriet förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen skulle bedömas i förhållande till värdet på de åtaganden som företaget hade gjort. Kammarrätten tolkar domen på så vis att ”förbudet” mot att beakta anbudsgivarnas erfarenhet enbart gäller sådan erfarenhet som är relevant för att bedöma risken för att anbudsgivaren inte kommer att kunna genomföra det i upphandlingen aktuella projektet, vilken risk enbart ska bedömas i kvalificeringsfasen.

Vad härefter gäller möjligheten att använda kriteriet i tilldelningsfasen gör kammarrätten följande bedömning. Kvalitet och pris är av avgörande betydelse när det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Sambandet mellan erfarenhet/kompetens och kvalitet är givetvis varierande från bransch till bransch. Minst torde sambandet vara inom produktion av standardiserade produkter. I vissa fall kan kvaliteten mätas enbart genom att kvalitetstesta själva produkten. I sådana fall saknar personalens erfarenhet och kompetens betydelse och får följaktligen inte poängsättas. I andra branscher är förhållandet det omvända. Det framstår t.ex. som praktiskt omöjligt att mäta kvaliteten inom vård och omsorg om inte personalens erfarenhet och kompetens skulle få bedömas. Avgörande är om erfarenhet kan förväntas leda till ökad kvalitet. Om personalens erfarenhet och kompetens inte skulle få beaktas i tilldelningsfasen skulle det inom t.ex. äldreården kunna leda till att de företag som har personal med större erfarenhet och kompetens än minimikraven skulle konkurreras ut och kriteriet ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle i praktiken ersättas med kriteriet lägsta pris. Enligt kammarrättens mening innebär Lianakis-domen inte något hinder mot att poängsätta personalens erfarenhet och kompetens inom ramen för tilldelningsfasen om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivån på det som ska upphandlas.

I förevarande mål om upphandling av vård- och omsorgs- och behandlingsplatser är emellertid förfrågningsunderlaget bristfälligt i detta hänseende i så måtto att Kommunförbundet inte närmare har angett vad det är som ska presteras i de olika delar som upphandlingen avser. Såsom Kommunförbundets anbudsformulär är utformat ska således under rubrikerna Verksamhetsinnehåll respektive Kvalitetssystem beskrivas vad anbudsgivaren har att erbjuda i dessa hänseenden, utan att det samtidigt funnits någon närmare beskrivning av vad Kommunförbundet vill köpa. Vid poängsättning av övriga kriterier än pris ska poäng ges utifrån skalan ”Mycket bra/god, enastående, uppfyller våra önskningsar med råge, ger stort mervärde” etc. Denna poängsättning ger utrymme för godtycke då

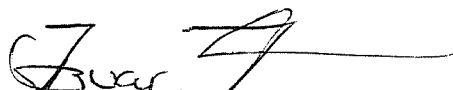
den förefaller innebära att det är anbudsgivaren som ska göra bedömningen om den erbjudna insatsen är mycket god etc., eftersom det inte framgår gentemot vems eller vilka önsknings bedömningen annars ska göras. Detta leder till att det är anbudsgivarna, inte Kommunförbundet, som anger nivån på det som ska upphandlas. Eftersom förfrågningsunderlaget i allt väsentligt inte ger upplysning om önskat innehåll, standard, resultat etc. i den vård etc. som ska upphandlas återstår således för anbudsgivarna att precisera detta, vilket medför att anbuden inte behandlas lika. Kommunförbundets invändning att ett mer detaljerat förfrågningsunderlag skulle bli alltför omfattande och svåröverskådligt utgör inte skäl att acceptera utformningen av underlaget, då omfattningen av upphandlingen – såvitt framgår – enbart bestämts av förbundet. Mot bakgrund av det anförda finner kammarrätten att förfrågningsunderlaget har sådana väsentliga brister med avseende på transparens och likabehandling att upphandlingen – i de delar som är föremål för prövning i detta mål – måste göras om.

Beträffande Björkviks invändningar mot utvärderingsmodellen anser kammarrätten att modellen visserligen inte är optimal men att det inte visats att principerna om likabehandling och transparens trätts för när.

Vad slutligen gäller Björkviks invändning att upphandlingen till följd av sin storlek (geografiska omfattning) på sikt leder till konkurrensbegränsning gör kammarrätten följande bedömning. Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Effektiv konkurrens på både kort och lång sikt får anses vara ett av syftena bakom upphandlingsrätten. Att omfattningen av en upphandling kan medföra att företag som inte tilldelas kontrakt riskerar att slås ut, vilket i sin tur kan leda till minskad konkurrens i framtiden, är dock enligt kammarrättens mening inte en sådan omständighet som innebär att upphandlingen genomförts i strid mot nämnda principer.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Se bilaga B (formulär 1)




Ingvar Johansson



Berit Nilsson

referent



Robert Moldén



LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN
Avdelning 1
Anna Klara Brage

DOM
2008 -10- 0 9
Meddelad i
Malmö

Bilaga A

Sida 1 (8)

Mål nr
9160-08 E

SÖKANDE

Björkviks Vårdhem AB, 556257-3575
Björkviksvägen 20
243 35 Höör

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Kommunförbundet Skåne, 837600-9109
Box 53
221 00 Lund

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Björkviks Vårdhem AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

2008 -10- 0 9

YRKANDEN M.M.

Kommunförbundet Skåne (Kommunförbundet) genomför upphandling av vård-, omsorgs- och behandlingsplatser. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling.

Björkviks Vårdhem AB (Björkvik) har, vad gäller delområdena 1.1.5 – 1.1.8 samt 2.1.1, 2.1.3 och 2.1.4, begärt överprövning av upphandlingen och yrkat att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin ansökan har Björkvik anfört i huvudsak följande. Kommunförbundet har använt kvalificeringskriterier som tilldelningskriterier. Kriterierna ”personal” samt ”kvalitetssystem” uppges i förfrågningsunderlaget vara tilldelningskriterier. Dessa avser dock bedömningar av vilka resurser anbudsgivarna besitter för att utföra ifrågavarande uppdrag, dvs. en bedömning av anbudsgivarnas förmåga. Kriterierna avser inte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Således är de rätteligen att anse som tilldelningskriterier. Även om länsrätten finner att ”personal” kan utgöra ett tilldelningskriterium, har Kommunförbundet brutit mot transparensprincipen genom otydliga beskrivningar i förfrågningsunderlaget. Den beskrivning av kriteriet personal som lämnas i förfrågningsunderlaget är så vag att nämnda princip har åsidosatts. I kriteriet bedöms utbildning och erfarenhet i förhållande till målgrupp och verksamhetens innehåll. Vad som avses med verksamhetens innehåll finns dock inte beskrivet i förfrågningsunderlaget. Verksamhetens innehåll kan såsom det är formulerat vara den beskrivning som var och en av anbudsgivarna gör i sitt anbud av den egna verksamheten och det är i förhållande till denna beskrivning som bedömningen av utbildning och erfarenhet görs. Bedömningen relaterar inte till villkor och krav redovisade av Kommunförbundet. Det ovan sagda gäller även för vad Kommunförbundet i övrigt ska bedöma med avseende på personal. Kommunförbundet ska t.ex. bedöma ”handledning” men förbundet har inte redovisat vilka krav som finns på handledning. Bedömningen av anbuderna har styrts av respektive anbudens innehåll och inte av Kommunförbundets krav. Anbuderna har således

inte bedömts utifrån lika förutsättningar varför också likabehandlingsprincipen har åsidosatts. I förfrågningsunderlaget finns vidare inte beskrivet vad som efterfrågas genom upphandlingen samt vad målet med verksamheten är. Exv. nämns i de administrativa föreskrifterna avseende verksamhetsinnehåll, att kvaliteten bedöms i förhållande till "målgruppens behov". Det anges dock inte vad "målgruppens behov" är. Björkvik har tvingats utforma sitt anbud i okunnighet om nivån på de krav gentemot vilka bedömningen av verksamhetsinnehåll ska göras. Detta kan även illustreras genom den tillämpade poängsättningssskalan. Exv. fem poäng anges vara bl.a. "mycket bra". I förhållande till vad något är "mycket bra" beskrivs däremot inte. Det har inte varit förutsebart hur poängsättningen sker, varför Kommunförbundet kan göra en subjektiv bedömning av varje enskild anbudsgivares svar i dessa delar. Kommunförbundet har haft alltför stort utrymme för skönsmässiga bedömningar. Motsvarande brister föreligger avseende kostkriteriet. Vidare utgör det ett skallkrav i upphandlingen att till anbudens bifoga relevanta tillstånd. Kommunförbundet har åsidosatt detta krav genom att godkänna anbud som inte inkommit med erforderliga tillstånd. Som ytterligare obligatorisk förutsättning gäller att en anbudsgivare inte kan bli antagen på området utslussning och placering med kort varsel om denne inte blir antagen på området behandling. Utslussning och placering med kort varsel har dock bedömts även i fall då tillräckliga poäng i delen för behandling inte uppnåtts. Kommunförbundet har vid utvärderingen vidare avvikit från villkor i förfrågningsunderlaget också på så sätt att den av förbundet formulerade motiveringen till tilldelningen av poäng inte överensstämmer med den utdelade poängen. Björkvik har i ett visst avseende tilldelats tre poäng trots att den text som finns angiven är kopplad till fyra poäng. Vad gäller kriteriet kost har Björkvik av Kommunförbundet vidare blivit informerat om att samtliga anbudsgivare erhållit en poäng per automatik. Att så skulle ske framgår inte av förfrågningsunderlaget.

Kommunförbundet har bestridit bifall till ansökan och anfört i huvudsak följande. Förfrågningsunderlaget är transparent. De begrepp och definitioner som används i underlaget är allmänt vedertagna i branschen och har inte genererat några frågor från övriga anbudsgivare. Alla som arbetar inom de aktuella områdena vet t.ex. vad handledning är. Tvärtom mot vad Björkvik hävdar skulle ett underlag som i detalj beskriver varje del och varje kriterium inte vara transparent. Ett sådant underlag skulle bli så omfattande och detaljerat att anbudsgivarna skulle få mycket svårt att sätta sig in i det. Förbundet är skyldigt att skriva ett förfrågningsunderlag som är tillräckligt tydligt för att alla anbudsgivare ska få all relevant information och kunna lämna jämförbara anbud. Detta har förbundet gjort. Björkvik har, bortsett från vad gäller kriteriet kost, genomgående fått höga poäng. Bolaget har således beskrivit sin verksamhet på ett mycket bra sätt och har därmed inte haft problem att förstå underlaget. Under förutsättning att de grundläggande principerna i LOU och gemenskapsrätten inte träds för när, saknas det vidare ett krav på att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller är optimalt utformade. Det ställs relativt höga krav för att ett upphandlingsförfarande ska kunna anses vara bristfälligt i detta avseende. Förfrågningsunderlaget ger sammantaget en god bild av Kommunförbundets önskemål och är på intet sätt otydligt. Beträffande bedömning av utslussning och placeringar med kort varsel, påverkar de olika delarna inte varandra i utvärderingen och redovisas i sammanställningen endast som information. Det är vidare riktigt att den av förbundet formulerade motiveringen till antalet poäng blivit felaktig. Den erhållna poängen är dock riktig, varför Björkvik inte har lidit någon skada i detta avseende. Vad gäller frågan om kvalificerings- respektive tilldelningskriterier leder blotta förekomsten av orden "personal" och "kvalitetssystem" inte till att kriterierna är kvalificeringskriterier. De kvalificeringskrav som ställs upp kännetecknas av en tydlig koppling till leverantörens förmåga att utföra tjänsten. Tilldelningskriterierna kännetecknas vidare av att de berör hur leverantören kan utföra tjänsten. Det är inte otillåtet att bedöma exv. personalens utbildning, då utbildningsnivån påverkar

2008 -10- 0 9

hur tjänsten utförs. En viss subjektivitet uppstår automatiskt vid utvärdering av de kriterier som är aktuella för upphandlingen.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 1 september 2008 avseende delområdena 1.1.5, 1.1.6 och 1.1.8, samt den 15 september 2008 avseende delområde 1.1.7, förordnat att Kommunförbundet inte får avsluta den påbörjade upphandlingen intill dess annat beslutats. Motsvarande har beslutats den 12 september 2008 i mål nr 9161-08E avseende bl.a. delområdena 2.1.1, 2.1.3 och 2.1.4.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan länsrätten pröva om en upphandlande enhet 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 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

I mål C-532/06 har EG-domstolen konstaterat att en åtskillnad måste göras mellan kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier. Kvalificeringskriterier ska syfta till att fastställa anbudsgivarens lämplighet och ska utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. Tilldelningskriterierna däremot ska utgå från kriterierna om lägst pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. EG-domstolen konstaterar att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördel-

aktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga, inte kan anses utgöra tilldelningskriterier. I den aktuella upphandlingen hade den upphandlande enheten beaktat anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projekt inom fastställda tidsfrister såsom tilldelningskriterier. EG-domstolen fann dock att dessa kriterier huvudsakligen avsåg att fastställa anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser och att det därmed rörde sig om kriterier som avsåg anbudsgivarens förmåga att utföra projekt. Kriterierna var således inte tillåtna tilldelningskriterier.

I förevarande fall framgår av förfrågningsunderlaget, bilaga administrativa föreskrifter, punkten 4.3, att det anbud kommer att antas som är det ekonomiskt mest fördelaktiga i enlighet med tilldelningskriterierna pris, kvalitet och, i förekommande fall, kost. I punkten 4.4.2 anges följande beträffande kriteriet kvalitet. *Bedömningen av kvalitet består av*

Personal (30 % vikt av bedömningskriteriet kvalitet) Relevant utbildning och erfarenhet i förhållande till målgrupp och verksamhetens innehåll, handledning, kontinuitet och personaltäthet efter vårdbehov samt språk- och kulturkompetens bedöms i relation till innehållet. Frågorna och svar under rubriken personal i anbudsformuläret ligger till grund för bedömningen.

Vård-, omsorgs- och behandlingsinnehåll (50 % vikt av bedömningskriteriet kvalitet) Kvaliteten bedöms i förhållande till målgruppens behov, metod, dokumentation/skriftliga rutiner, vårdprogram, utslussningsprogram, vårdtidens längd, insatsens resultat. Vidare bedöms redovisning av externa och interna utvärderingar (sammanfattning och utredarens bedömning inkl länk till utredningen), uppföljningar av insatsens resultat i form av statistik. Frågorna och svar under rubriken verksamhetsinnehåll i anbudsformuläret ligger till grund för bedömningen.

Kvalitetssystem avseende insatsen resultat/effekt (20 % vikt av bedömningskriteriet kvalitet) Bedömning sker av policys, skriftliga föreskrifter,

systematiskt kvalitetsarbete och ev. kvalitetssäkringssystem avseende insatsens resultat/effekt. Frågorna och svar under rubriken kvalitetssystem i anbudsformuläret ligger till grund för bedömningen.

De i målet aktuella upphandlingarna gäller vård-, omsorgs- och behandlingsplatser avseende bl.a. missbruksvård, äldreomsorg och omsorg om psykiskt funktionshindrade. Enligt länsrättens mening ligger det i sådana fall i sakens natur att svårigheter föreligger när det gäller att utforma ett förfrågningsunderlag optimalt avseende bl.a. närmare preciseringar av vad som efterfrågas. Det kan förväntas att upphandlaren kommer att få ta ställning till en förhållandevis stor variation i olika anbudsgivares verksamhetsinnehåll och utformning. Att då uppställa specifika och detaljerade kvalificeringskriterier avseende bl.a. personal och kvalitetssystem kan antas starkt begränsa antalet möjliga leverantörer och därmed försvåra en god upphandling. Det kan påpekas att det i förfrågningsunderlaget under punkten 4.1.2 uppställs kvalificeringskrav angående kapacitet och kompetens som avser anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget som sådant. Enligt länsrättens mening kan det vidare antas att anbudsgivare, som ägnar sig åt sådan verksamhet som är i fråga, tämligen väl kan bedöma vilka förväntningar som finns hos upphandlaren och hur ett anbud lämpligen bör utformas för största möjlighet att vinna upphandlingen. Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

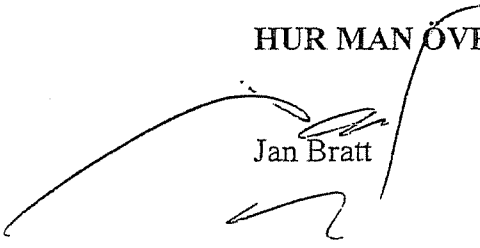
Länsrätten finner mot bakgrund av det anförda att Kommunförbundets utformning av tilldelningskriterier inte kan anses strida mot LOU:s bestämmelser eller grundläggande principer för upphandling. Det kan inte heller bedömas att förfrågningsunderlaget varit oklart eller på annat sätt bristfälligt i förhållande till nämnda bestämmelser och principer. Då det slutligen

2008 -10- 0 9

inte heller kan anses ha framkommit annat än att Kommunförbundets utvärdering av anbud skett objektivt och i enlighet med förfrågningsunderlaget saknas grund för ingripande enligt LOU.

Med denna dom upphör de interimistiska besluten den 1 respektive den 15 september 2008 avseende delområdena 1.1.5 – 1.1.8 att gälla. Det interimistiska beslutet i mål nr 9161-08E avseende delområdena 2.1.1, 2.1.3 och 2.1.4 har upphört att gälla genom beslut i det målet denna dag.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Jan Bratt

FORMULÄR 1

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

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

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och innehålla:

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

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

