

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

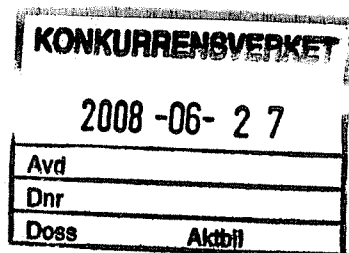
DOM
2008-06-26
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11449-08
Rotel 558

SÖKANDE

Elmstahemmet AB, 556294-7001
c/o Söderman
Semmersby 7086
760 40 Väddö

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



MOTPARTER

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

2. Norrtälje kommun
Box 800
761 28 Norrtälje

3. Täby kommun
183 80 Täby

4. Vallentuna kommun
186 86 Vallentuna

5. Vaxholms stad
185 53 Vaxholm

6. Österåker kommun
184 86 Åkersberga

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

SAKEN

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

Dok.Id 344653

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegelhuddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag
		E-post: lansrattenistockholm@dom.se		09:00-15:00

DOMSLUT

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

BAKGRUND

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

Av tilldelningsbeslutet framgår att Elmstahemmet AB (bolaget) inte uppfyllt kvalificeringskravet med följande motivering. Anbudsgivaren skulle bifoga referenser, som avsåg olika uppdrag av den typ som upphandlingen avsåg, från fem olika uppdragsgivare. Bolaget uppfyllde inte kravet då det som referens hade uppgivit sin förtroendeläkare.

YRKANDE M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen gällande kommunerna Danderyd, Norrtälje, Täby, Vallentuna och Österåker samt staden Vaxholm (upphandlande enheterna) och yrkar att upphandlingen, i den del den avser Hem för vård eller boende, får avslutas först sedan rättelse vidtagits innebärande att en ny utvärdering av anbuden och val av leverantör ska genomföras varvid bolagets anbud ska utvärderas. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

Bolaget har i anbudet uppgivit fem referenser och vidtalat dessa. Utöver förtroendeläkaren har bolaget angivit fyra andra referenser. Bolaget menar dels att det inte framgår av förfrågningsunderlaget att referens till förtroendeläkaren, dvs. en av de personer som har bäst kännedom om bolagets verksamhet och störst möjlighet att besvara de upphandlande enheternas referensfrågor, inte får lämnas, dels att det strider mot proportionalitetsprincipen att utesluta bolaget på grund härav. Av förfrågningsunderlaget följer att de upphandlande enheterna ska ta in tre referensformulär. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att referenserna har begärts in dels i syfte att få in en förteckning av genomförda uppdrag, dels för att inhämta utlåtande om leverantörens lämplighet för uppdraget. Istället anges tydligt att syftet enbart har varit att referenserna ska besvara referensblanketten, dvs. utgöra underlag för en bedömning av leverantörernas lämplighet. Huruvida en av bolagets fem referenser inte uppfyller de upphandlande enheternas krav på att få besvara frågorna saknar således betydelse. Bolaget har uppgivit fyra referenser förutom förtroendeläkaren, vilka de upphandlande enheterna har kunnat skicka referensblanketten till.

Bolaget vill också hänvisa till EG-domstolens dom i mål C-3 15/01, av vilken det framgår att det inte är tillåtet att använda antalet referenser som tilldelningskriterium. Antalet referenser kan inte heller tillmätas betydelse vid kvalificeringen av leverantörer. De upphandlande enheterna har i här aktuell upphandling krävt in fem referenser, trots att endast tre av referenserna får någon betydelse för kvalificeringen. Att utesluta bolaget från upphandling med angivande av att en av fem referenser är en förtroendeläkare strider med bakgrund härav mot proportionalitetsprincipen. Bolaget hänvisar också till Kammarrättens i Stockholm dom i mål 3950-2002, i vilken kammarrätten finner att det förhållandet att en anbudsgivare inte uppfyllt ett skall-krav avseende angivande av referensperson och telefonnummer (utan enbart hänvisat till myndigheten som sådan) inte innebär att anbudsgivaren avvikit från förfrågningsunderlagets krav på ett sådant sätt att anbudet kan

förkastas. Ett betydelselöst förhållande kan således inte innebära att en anbudsgivares anbud förkastas. Då referenser vidare skulle utvärderas i upphandlingen och vid utvärderingen hade lägst prioritet av urvalskriterierna ansåg kammarrätten därutöver att det skulle strida mot huvudprincipen om affärsmässighet att låta kravet på referenser och telefonnummer få en sådan betydelse som den upphandlande enheten gett det. Motsvarande gäller i här aktuell upphandling.

Bolaget kan inte, genom att som en av fem referenser angivit en förtroendeläkare, anses ha avvikit från förfrågningsunderlagets krav på ett sådant sätt att dess anbud kan förkastas. Vidare står detta i strid mot huvudregeln om affärsmässighet då endast tre av fem referenser ska besvara referensformuläret och därmed få betydelse för bolagets kvalificering. Bolaget skulle vidare ha uppfyllt kvalificeringskravet på tre godkända referenser om de upphandlande enheterna hade ställt frågan till samtliga av bolaget angivna referenser. Det ska noteras att de upphandlande enheterna avseende övriga anbudsgivare i upphandlingen har skickat ut referensblanketten till dessa anbudsgivares samtliga fem angivna referenser utan att det gjorts någon prövning av orsaken till att referens nummer ett till tre inte svarat. Utvärderingen måste därför göras om varvid bolagets anbud ska utvärderas.

De upphandlande enheterna har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Till följd av de felaktigheter som begåtts i upphandlingen kommer bolaget att lida skada. Utvärderingen måste göras om varvid bolagets anbud ska utvärderas.

De upphandlande enheterna bestrider bolagets begäran om överprövning och avvisar de synpunkter som bolaget anfört som grund för sin talan och yrkar att länsrätten upphäver det interimistiska beslutet och medger att de

får avsluta upphandlingen och teckna avtal med vinnande anbudsgivare i enlighet med fattat tilldelningsbeslut av den 26 maj 2008. Som skäl för bestridandet anförts bl.a. följande.

Ett av kvalificeringskraven i upphandlingen var att anbudsgivaren skulle uppge fem referenser av viss typ. För att anbudsgivaren skulle kvalificeras skulle tre av dessa lämna godkända referenser. Vad som krävdes för "godkända" framgick av förfrågningsunderlaget. Bolaget lämnade sin förtroendeläkare som en av referenserna. Bolaget uppfyllde därmed inte kvalificeringskravet då förtroendeläkare inte var den typ av referens som efterfrågats. En förtroendeläkare sköter den medicinska tillsynen på läkarnivå i hem för vård eller boende. Läkaren placerar inte personer i dessa verksamheter och är inte heller en uppdragsgivare av den typ som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Förtroendeläkaren känner säkert verksamheten i bolaget väl men det har inte efterfrågats referenspersoner som rent allmänt känner anbudsgivarens verksamhet väl utan referenspersoner som varit uppdragsgivare och placerat personer i verksamheten. Referensblankettens frågor avser att ta reda på hur utföraren utfört vissa specifika uppgifter i tidigare uppdrag. Dessa frågor är inte av medicinsk karaktär. Att ha förtroendeläkaren som referens kan inte godkännas eftersom denne inte har möjlighet att besvara de frågor som ställdes till referenspersonerna. Av såväl frågorna i referensblanketten som av ordalydelse i förfrågningsunderlaget framgår tydligt att förtroendeläkare inte hör till den typ av referens som efterfrågats.

De upphandlande enheterna har efterfrågat fem referenser. Bolaget hänvisar till ett avgörande från EG-domstolen, där man slagit fast att det inte är tillåtet att använda antalet referenser som tilldelningskriterium. Detta avgörande kan inte anses tillämplig på denna upphandling. Referenserna i denna upphandling har använts i kvalificeringsfasen och syftet med att begära fem referenser var dels att få in en förteckning över genomförda uppdrag, dels att från tre av dessa inhämta utlåtanden om leverantörens lämplighet att

utföra uppdrag. Varken antalet referenser eller själva referenserna har utvärderats.

Den av bolaget refererade domen i Stockholms kammarrätt, mål nr 3950-2002, kan inte i den del som refereras äga tillämplighet på denna upphandling. I kammarrättsdomen rörde frågan utvärdering av referenser, vilket inte är frågan här. Avsikten med att begära in fem referenser är att de upphandlande enheterna efter lång erfarenhet av denna typ av upphandlingar upprepade gånger behövt begära kompletteringar av referenser för att överhuvudtaget ha några anbud att utvärdera. Sannolikt skulle detta behövt göras även i denna upphandling. För att undanröja att anbudsgivarna inte genom denna komplettering skulle behandlas olika har fem referenser begärts in.

Tillvägagångssättet vid referenstagning har också klart angetts i förfrågningsunderlaget varför detta varit transparent för anbudsgivarna. Att begära fem referenser strider inte heller i detta fall mot proportionalitetsprincipen. Att en leverantör lämnar fel referens (förtroendeläkaren) innebär inte att den upphandlande enheten agerar på ett sätt som är oförenligt med proportionalitetsprincipen.

Noteras ska även att bolaget inte överprövar den del av upphandlingen som avser Lidingö stad, trots att Lidingö ingår precis som vilken som helst av de övriga upphandlande enheterna. Inte en bokstav skiljer vare sig i underlag eller i beslut. De upphandlande enheterna ställer sig ytterst tveksamma till detta handlande och finner att krav och villkor som ur EG-rättsliga perspektiv är godtagbara för Lidingö även måste vara godtagbara för övriga upphandlande enheter. Det är oskäligt att samma krav är affärsmässiga och inte bryter mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 LOU i en upphandlande enhet och icke affärsmässiga och bryter mot affärsmässigheten i LOU 1 kap. 4 § för en annan upphandlande enhet i en och samma upphandling.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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

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

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

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

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

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

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

Utredning i målet

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

Under rubriken 3. Kvalificering punkten E. Referenser framgår följande. Anbudsgivare ska i anbudet bifoga uppgift på fem referenser, som avser fem olika uppdrag av den typ som denna upphandling avser, från fem olika uppdragsgivare. Referenserna ska vara VIDTALADE och anbudsgivaren ska förvissa sig om att referenserna säkert går att få tag på under perioden 21 november – 14 december 2007. Anbudsgivare ska lämna uppgift om namn, adress, telefonnummer samt e-postadress till var och en av de fem referenserna. Kommunen kommer att skicka ett referensformulär till de tre första referenser, som anbudsgivaren angivit. Skulle någon av dessa inte gå att få tag på p.g.a. sjukdom eller liknande skäl, kommer kommunen att skicka referensformuläret till den fjärde och vid behov den femte uppgivna referensen. Referensformuläret ska således skickas in till kommunen från totalt tre olika referenser. En bedömning av referenserna kommer därefter att göras på en poängskala mellan 0 till 4. För var och en av de lämnade tre referenserna måste den totala poängen bli minst 20 poäng för att referenserna ska anses godkända och anbudsgivaren gå vidare till utvärdering.

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

Länsrättens bedömning

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

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

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

När det gäller förfarandet som använts vid referenstagningen gör länsrätten följande bedömning. Av första meningen i punkten E i förfrågningsunderlaget framgår följande. Anbudsgivare ska i anbudet bifoga uppgift på fem referenser, som avser fem olika uppdrag av den typ som denna upphandling avser, från fem olika uppdragsgivare. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att anbudsgivare, som uppfyller kraven under punkt A-D samt har tre godkända referenser, bedöms vara kvalificerad och kommer att gå vidare till nästa steg. Bolaget har endast kommit in med fyra referenser som uppfyllt kravet enligt första meningen punkten E. Det framgår dock därefter av förfrågningsunderlaget att det för att gå vidare till nästa steg endast krävs att man har tre godkända referenser. Kravet att inkomma med fem referenser får således, mot bakgrund av vad de upphandlande enheterna själva har anfört, främst tolkas som en hjälp för anbudsgivarna att lyckas få tre godkända referenser. Länsrätten finner mot denna bakgrund att det strider mot 1 kap. 4 § LOU att diskvalificera bola-

get i detta steg utan att pröva om tre, av deras övriga fyra referenser, kunnat godkännas på det sätt som angivits i förfrågningsunderlaget. Vad de upphandlande enheterna anfört föranleder inte någon annan bedömning. Förutsättningar för åtgärd enligt LOU föreligger därmed. Domstolen har enligt 7 kap. 2 § LOU, oavsett hur yrkandet utformats, att välja mellan att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se RÅ 2005 ref. 47). Då det i målet är fråga om en brist som påverkat upphandlingen redan i upphandlingens kvalificeringsfas finner länsrätten att upphandlingen av Insatser för psykiskt funktionshindrade ska göras om i den del som avser Hem för vård eller boende.

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



Wenche Skoglund

Rådman

Föredragande har varit Amelie Jönsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

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

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

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

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan 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 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.

