



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2013-09-11
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
16567-13
16571-13

KONKURRENSVERKET

2013-09-11

Avd

Dnr

KSnr

Aktbil

SÖKANDE

Förenade Care AB, 556535-5400

Ombud: Advokat Anders Boquist och advokat Emma Brodesson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Stockholms stad

Ombud: Stadsadvokat Eva Granbohm
Juridiska avdelningen
Stadsledningskontoret
105 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Förenade Care AB:s ansökningar.

Dok.Id 391762

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Serviceförvaltningen vid Stockholms stad (Staden) genomför en upphandling avseende vård- och omsorgsboenden, dnr 125-1595/2012. Uppdraget avser verksamhetsdriften vid tre stycken vård- och omsorgsboenden; Kattrumpstullen, Linnégårdens och S:t Eriks. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling – LOU. Sista dagen för inlämnande av anbud var den 23 maj 2013. Anbud kunde inlämnas på ett eller flera boenden. I tilldelningsbeslut den 25 juni 2013 har Staden valt att anta annan anbudsgivare än Förenade Care AB (Bolaget).

Ansökan om överprövning

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om i de delar som avser boendet Kattrumpstullen (mål nr 16567-13) respektive boendet Linnégården (mål nr 16571-13). Till stöd för sin talan anför Bolaget bl.a. följande. Staden har brutit mot LOU och de upphandlingsrättsliga principerna genom att genomföra en upphandling baserad på ett förfrågningsunderlag som inte uppfyller ens lågt ställda krav på transparens och förutsägbarhet. Den utvärderingsmodell som beskrivs i förfrågningsunderlaget och tillämpats ger, i strid mot de grundläggande principerna, Staden en fullständig frihet att godtyckligt tilldela anbudsgivare poäng för mervärde och därigenom i praktiken ”fri prövningsrätt” vid kontraktstilldelningen.

Anbudsgivarna ska komma in med beskrivningar enligt fyra i förfrågningsunderlaget angivna kriterier;

- Engagerat ledarskap och individinriktade förhållningssätt,

- Omsorg och vård med värdighet, kontinuitet, trygghet och bestämmande,
- Stöd, stimulans och rätt till ett aktivt och meningsfullt liv och
- Övriga åtaganden.

Till varje kriterium finns angivet en bedömningsgrund, enligt vilken utvärderingsgruppen kan tilldela 50 eller 100 poäng. Vad anbudsgivaren ska erbjuda eller prestera för att erhålla poäng anges emellertid inte. Istället redovisas generella beskrivningar. Detta är inte tillräckligt för att förfrågningsunderlaget ska uppfylla kraven på förutsägbarhet och transparens enligt LOU och innebär i praktiken att Staden låter anbudsgivarna ange utvärderingskriterierna, vilka i efterhand bedöms av utvärderingsgruppen. Ett sådant förfrågningsunderlag strider mot LOU och grundprinciperna om likabehandling, öppenhet och förutsebarhet.

Vidare är användningen av en utvärderingsgrupp på åtta personer som inledningsvis var för sig och därefter gemensamt ska bedöma vilket mervärde anbudsgivarna erbjuder i strid med LOU, detta eftersom utvärderingsgruppens bedömning varken är förutsägbar eller transparent. Eftersom det saknas tydliga och förutsägbara kriterier för tilldelningen av mervärdespoäng står det utvärderingsgruppen fritt att ge poäng till de anbudsgivare som de önskar anlita. När utvärderingen äger rum vet dessutom de personer som ska utvärdera anbuderna vem anbudsgivaren är, vilket möjliggör subjektiva och skönsmässiga bedömningar grundade på ovidkommande hänsyn. Utvärderingsgruppen har ett stort utrymme att själva bestämma vad som ska anses utgöra ett mervärde vilket inte heller är förenligt med LOU.

För att uppfylla kraven enligt transparensprincipen räcker det inte med att angivna bedömningsgrunder är "vägledande". Utvärderingen ska istället genomföras i fullständig överensstämmelse med i förfrågningsunderlaget klart angivna utvärderingskriterier, vilket i förevarande fall inte varit

möjligt eftersom underlaget på grund av dessa brister inte medger att så sker.

Det förhållandet att Staden inte velat "hämna initiativkraften hos verksamhetsutövarna" medför inte att underlaget, trots dess brister, kan godtas inom ramen för en offentlig upphandling. Stadens förklaring att det skulle motverka upphandlingens syfte "att mer i detalj ange vilka typer av åtaganden som kommer att generera poäng" visar istället att det aldrig varit Stadens avsikt att klart redogöra för vilka kriterier som är avgörande vid utvärderingen.

Stadens inställning

Staden besfrider bifall till Bolagets ansökan och anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. Utvärderingen av anbuden har varken varit godtycklig eller subjektiv. Anbuden har alla bedömts på samma sätt utifrån förfrågningsunderlaget. Kriterierna har tillämpats objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare. Utvärderingsmodellen är inte otydlig och den uppfyller kraven på transparens.

De bedömningsgrunder som finns under varje kriterium anger klart och tydligt vilka beskrivningar och åtaganden som anbudsgivaren ska göra för att kunna erhålla mervärdespoäng. Bolagets påstående att Staden låter anbudsgivarna ange utvärderingskriterium stämmer inte. Även om förfrågningsunderlaget inte exakt klargör vilka typer av åtaganden som kommer att tilldelas poäng är förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt för att en anbudsgivare ska kunna förstå vad som kan ge mervärde i bedömningen och få en adekvat bild av vad inget mervärde, visst mervärde och utmärkt mervärde innebär.

Utvärderingsgruppens bedömningar har på samma sätt utgått ifrån att ta ställning till huruvida anbudsgivarnas beskrivningar och åtaganden innebär ett mervärde eller om beskrivningarna motsvarar grundkraven. Kriterierna bedömningsgrunder och de exempel som finns där har varit vägledande i bedömningarna. Det stämmer inte att utvärderingsgrupperna fritt skulle ha gett poäng till de anbudsgivare de önskar ska tilldelas kontrakten. När det används andra utvärderingskriterier än pris är det dock ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen.

Det stämmer att utvärderingprotokollen ger en översiktlig bild av vad utvärderingsgruppen ansett vara tyngst vägande i bedömningen av mervärden, protokollen säger inte att de bedömda mervärden som där lyfts fram är de enda mervärden som gruppen beaktat i anbudet.

Staden har inte velat styra utformningen av verksamheterna mer än vad som görs genom grundkraven i förfrågningsunderlaget och lagar eftersom det riskerar att hämma initiativkraften hos verksamhetsutövarna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska principerna om icke-diskriminering, lika-behandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande följas vid all offentlig upphandling. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad Bolaget har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Enligt EU-domstolens praxis gäller att förfrågningsunderlaget ska formuleras på ett sådant sätt att samtliga rimligt upplysta och normalt

aktsamma anbudsgivare kan få kännedom om den exakta innebörden av tilldelningskriterierna och således tolka dem på samma sätt (C-368/10 Max Haveaar). Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref 50 också uttalat bl.a. följande angående vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet göra 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Den övergripande frågan i målen är om upphandlingens utvärderingsmodell uppfyller kraven på transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget har inledningsvis anfört att utvärderingskriterierna i punkten 2.2 respektive 3.2 med tillhörande bedömningsgrunder är alltför generellt utformade och att det därför inte går att förutse vilka faktorer som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen.

Enligt förfrågningsunderlaget ska Staden bl.a. bedöma hur väl anbuderna uppfyller kriterierna "Engagerat ledarskap och individinriktade förhållningssätt", "Omsorg och vård med värdighet, kontinuitet, trygghet och bestämmande", "Stöd, stimulans och rätt till ett aktivt och meningsfullt liv" och "Övriga åtaganden". I förfrågningsunderlaget anges vidare under

respektive boende vilka faktorer som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen, de s.k. bedömningsgrunderna. För varje kriterium finns mellan två och fyra bedömningsgrunder. Som exempel på hur en sådan bedömningsgrund är utformad kan nämnas bedömningsgrund 1:1 för kriteriet "Engagerat ledarskap och individinriktade förhållningssätt". Här anges bl.a. att anbudsgivaren kortfattat ska beskriva den värdegrund som ska finnas i verksamheten vid det aktuella boendet och tydliggöra hur värdegrunden systematiskt och metodiskt sprids och förankras för att få genomslag i vården och omsorgen om den enskilde (punkterna 2.2.1.2 och 3.2.1.2). I fråga om övriga kriterier finns liknande bedömningsgrunder som alla, enligt förvaltningsrättens mening, på ett klart och preciserat sätt beskriver vad som avses med kriterierna och vilka faktorer som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Förvaltningsrätten anser således att förfrågningsunderlaget i dessa delar inte strider mot transparensprincipen.

Bolaget har vidare anfört att det är oklart vad som krävs för att anbudet ska erhålla en viss poäng och att detta i sin tur medför risk för godtyckliga bedömningar grundade på ovidkommande hänsyn.

Enligt förfrågningsunderlaget ska de fyra utvärderingskriterierna och dess bedömningsgrunder bedömas och poängsättas utifrån en tregradig poängskala om 0, 50 eller 100 poäng. Anbudet bedöms var för sig och bedömningen ska göras av en av Staden utsedd utvärderingsgrupp. Såväl utvärderingskriterierna som bedömningsgrunderna är procentuellt viktade i förhållande till varandra och hur stor vikt en viss poäng får vid den slutliga summeringen framgår i procent i förfrågningsunderlaget. I fråga om hur själva poängsättningen ska göras kan som exempel återges följande stycke avseende bedömningsgrunden 1:1 för kriteriet "Engagerat ledarskap och individinriktade förhållningssätt" (punkterna 2.2.1.2 och 3.2.1.2).

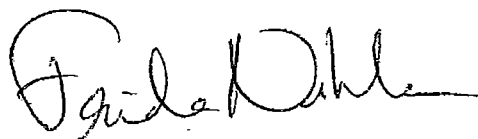
”50 eller 100 poäng kan utdelas för det mervärde som bedöms finnas i anbudsgivarens beskrivningar och åtaganden avseende hur man säkerställer att värdegrunden förankras och omfattas av personalen. Av beskrivningar och åtaganden ska framgå och göras troligt att värdegrunden kommer att genomsyra hela verksamheten och personalens förhållningssätt i planeringen, utförandet och uppföljningen av vården och omsorgen för den enskilde brukaren.”

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att utvärderingen i denna del avser anbudens kvalitet i förhållande till angivna kriterier. Som framgår ovan anges tydligt i bedömningsgrunderna vad som är det eftersträlvade syftet med varje kriterium. När det gäller utformningen av de rutiner, arbetssätt, metoder m.m. som behövs för att uppfylla angivna kriterier ges dock anbudsgivarna en närmast obegränsad frihet. Eftersom det är just anbudsgivarens förmåga att utforma unika lösningar som ska utvärderas har förvaltningsrätten inte några principiella invändningar mot förfrågningsunderlaget i denna del. Såsom utvärderingsmodellen är utformad kan bedömningen av hur väl ett anbud motsvarar det som efterfrågas inte heller bli annat än skönsmässig. Under förutsättning att utvärderingen sker på objektiva grunder, dvs. utifrån i förfrågningsunderlaget fastställda utvärderingskriterier, poängsskalor, viktning m.m., måste den upphandlande myndigheten därför ges visst utrymme för subjektivitet vid utvärderingen av anbudens innehåll. Förvaltningsrätten anser i denna del att upphandling uppfyller dessa krav. I fråga om vad som tillmäts betydelse vid poängsättningen anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget är tillräckligt klart och tydligt utformat för att varje leverantör, med utgångspunkt i underlaget, bör kunna skapa sig en god bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud (jfr Kammarrätten i Stockholms avgöranden i mål nr 1299-13 och 7362-12). Den omständigheten att en anbudsgivare endast genom att ta del av förfrågningsunderlaget inte fullt ut kan förutse utfallet av utvärderingen medför inte att utvärderingsmodellen som sådan brister i transparens (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 3014-09). Det har inte heller med

beaktande av Bolagets generella ifrågasättande av utvärderingsgruppens objektivitet framkommit skäl att anse att upphandlingen strider mot LOU. Sammantaget utgör det som Bolaget har anfört inte omständigheter som visar att upphandlingen har skett i strid med principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU och förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är därmed inte uppfyllda. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).



Frida Niklasson
Förvaltningsrättsfiskal

Sofie Larson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.