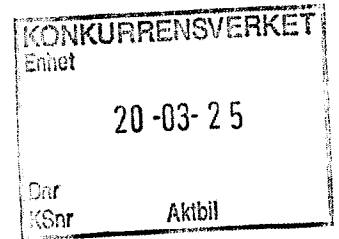




SÖKANDE

AB Solom, 556647-6700

Ombud: Advokat Henric Levin
Advokatfirman Allians Stockholm AB
Box 7325
103 90 Stockholm



MOTPART

Vård- och omsorgsnämnden i Sollentuna kommun

Ombud: Advokat Erik Olsson och jurist Viktor Robertson
Advokatfirman Kahn Pedersen KB
Box 16119
103 23 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras varvid AB Soloms anbud ska anses uppfylla kravet på överlappstid mellan personalens arbetspass.

YRKANDEN M.M.

Vård- och omsorgsnämnden i Sollentuna kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende driften av Malmvägens gruppbostad (SK2019-0106). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1092) om offentlig upphandling (LOU). I tilldelningsbeslutet den 24 september 2019 antogs Patia AB som leverantör i upphandlingen.

AB Solom (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om alternativt att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Till stöd för sin ansökan anför bolaget bl.a. följande.

Kommunen har överträtt de allmänna principerna för upphandling i 4 kap. 1 § LOU genom att inte behandlat samtliga anbudsgivare likvärdigt och inte genomfört upphandlingen på ett öppet sätt. Vidare har kommunen utformat och tillämpat tilldelningskriterierna i strid med 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Om kommunen hade bedömt bolagets anbud utifrån tilldelningskriterierna skulle bolaget sannolikt ha rangordnats som nummer ett och tilldelats avtal. Bolaget lämnade det lägsta anbudspriset av anbudsgivarna.

Bolaget har uppfyllt de obligatoriska ska-kraven och har därför kvalificerat sig till utvärderingen. Bolagets anbud har därefter under utvärderingskriterium 2 förkastats på grund av att god omvårdnad, kontinuitet och säkerhet inte kan garanteras med den offererade bemanningen. Detta trots att bolaget har uppfyllt ska-kraven under avsnittet 4.6.3 i upphandlingsdokumentet, vilka uttryckligen syftar till att garantera god omvårdnad, kontinuitet och säkerhet. Kommunen anser således att bemanningen baserat på samma uppgifter i samma underlag inte garanterar god omvårdnad, kontinuitet och säkerhet. Vilka kriterier som ligger till grund för

kommunens utvärdering av bolagets anbud enligt utvärderingskriterium 2 kan inte utläsas. Kommunen har tillämpat tilldelningskriterier som inte har presenterats i upphandlingsdokumentet och som anbudsgivarna inte har kunnat förutse. Det har varit helt omöjligt för bolaget att förutse att deras anbud skulle förkastas baserat på den redovisade bemanningen. Vidare kan framhållas att utvärderingskriterium 2 inte har tillmätts någon betydelse vid fastställandet av det mest fördelaktiga anbudet. Ingen viktning har skett genom detta kriterium utan det har endast tillämpats för att godkänna eller förkasta anbud. Genom att felaktigt tillämpa ett kvalificeringskriterium som ett tilldelningskriterium har upphandlingen medfört ett felaktigt resultat och bolaget lidit ekonomisk skada.

Kommunen anser att bolagets ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har ställt vissa krav på bemanningen för den aktuella grupp-bostaden. Av upphandlingsdokumentet framgår bl.a. att den bemanning som anbudsgivarna erbjuder ska vara schemalagd med överlappstid så att säker informationsöverföring möjliggörs. För att visa att anbudsgivarna uppfyller detta krav ska ett täthetsschema bifogas anbudet. Av täthetsschemat ska även antal personaltimmar per vecka och yrkeskategorier framgå. Av bolagets bifogade täthetsschema framgår dock att det inte finns någon överlappstid medräknad för dess personal i samband med skiftbytet kl. 14.30 under vardagar. Eftersom bolagets anbud inte uppfyller kravet på överlappstid har bolaget inte heller kunnat visa att det klarar av att garantera god omvårdnad, kontinuitet och säkerhet. Kommunen har förkastat bolagets anbud på grund av bristen på överlappstid. Det är således inte bolagets antal årsarbetskrafter som gjort att anbudet har förkastats. Kommunen bestrider att sammanblandning av olika typer av kriterier har skett på det sätt som bolaget påstår. Precis som bolaget anger i sin ansökan om överprövning har kravet på överlappstid inte tillmätts någon betydelse vid bedömningen av vilket anbud som varit det mest ekonomiskt fördelaktiga. Kravet på överlappstid har inte utgjort ett utvärderingskriterium eftersom det inte har

utvärderats i lagens mening. Det rör sig i stället om ett ska-krav som alla anbudsgivare ska uppfylla. Vidare anser kommunen att bolaget inte lidit eller riskerar att lida skada.

Bolaget tillägger bl.a. följande. Det framgår av anbudet att personalen har överlappstid mellan alla arbetspass. Vid en rättelse skulle bolagets anbud således inte förkastas i utvärderingsfasen. Bolaget har redovisat bemanningen i det s.k. täthetsschemat och i fritextbeskrivningen angett att det föreligger överlappstid. Kommunen har dock behandlat täthetsschemat som ett arbetsschema och inte beaktat vad bolaget angett i fritextbeskrivningen, dvs. att det utlovas 30 minuters överlappstid mellan varje arbetspass.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 14 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast

1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §,
2. ekonomisk och finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller
3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för

myndigheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

I EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06 (den s.k. Lianakis-domen) konstaterade domstolen att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga inte kan anses utgöra ”kriterier för tilldelning”.

Av EU-domstolens avgörande samt ovan nämnda bestämmelser framgår att olika krav ställs på de kriterier som får användas i kvalificeringsfasen och de kriterier som får användas i utvärderingsfasen. Detta innebär att kriterierna inte får sammanblandas.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är därför om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget har anfört.

Bolaget har framfört flera invändningar mot hur upphandlingen har genomförts. Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande

enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Förvaltningsrättens bedömning

Otillåten sammanblandning av ska-krav och tilldelningskriterier?

Den första frågan som förvaltningsrätten ska ta ställning till är om kommunen har sammanblandat kvalificeringskriterierna och utvärderingskriterierna på ett sådant sätt som inte är förenligt med LOU.

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att det i upphandlingsprotokollet anges att samtliga sju anbudsgivare har uppfyllt de obligatoriska kraven varpå samtliga anbud har gått vidare till utvärdering. Av protokollet framgår dock att bolagets anbud inte erhållit något utvärderingspris eftersom kommunen har förkastat bolagets anbud under utvärderingskriterium 2. I protokollet anges att bolagets anbud har förkastats eftersom god omvårdnad, kontinuitet och säkerhet inte kan garanteras med den offererade bemanningen. Någon närmare motivering till varför bolagets anbud har förkastats anges inte i protokollet. Kommunen anför emellertid i förvaltningsrätten att anbudet har förkastats på grund av att bolaget inte har erbjudit överlappstid mellan personalens arbetspass under eftermiddagarna.

I upphandlingsdokumentet anges i avsnitt 4.6.3 följande.

4.6.3 Bemanning

Utföraren ansvarar för att verksamheten är bemannad dygnet runt, såväl vardag som helg, under kontraktstiden, så att god omvårdnad, kontinuitet och säkerhet alltid kan garanteras. Om utföraren

under kontraktstiden vill minska den till anbudet bifogade bemanningen (antal årsarbetare) ska det först godkännas av beställaren.

Arbetstiden för personalen ska schemaläggas på ett sådant sätt att de boendes behov och önskemål tillgodoses, även vid sjukdom, semester eller annan ledighet. Personalen ska vara schemalagd med överlappstid så att säker informationsöverföring möjliggörs.

OBS! Anbudsgivaren ska, utifrån underlagets krav, nuläget behov och vad anbudsgivaren anser krävs för att driva verksamheten, bifoga ett täthetschema (bilaga 3) där det framgår antal personaltimmar och yrkeskategorier, alla yrkeskategorier ska presenteras. En beskrivning i fritext ska också göras. Dessa beskrivningar kommer att utgöra en del i utvärderingen av anbudet.

Förvaltningsrätten konstaterar att avsnitt 4.6.3 Bemanning ligger under kapitel 4 Kravspecifikation. Med hänsyn till detta kan förvaltningsrätten inte tolka meningen ”Personalen ska vara schemalagd med överlappstid så att säker informationsöverföring möjliggörs” på annat sätt än att överlappstid för personalen är ett obligatoriskt krav som varje anbud ska uppfylla för att kvalificeras för vidare utvärdering.

Förvaltningsrätten instämmer i bolagets ståndpunkt att det är motsägelsefullt att bolaget anses, enligt protokollet, uppfylla alla obligatoriska krav samtidigt som bolagets anbud förkastas i utvärderingsfasen med hänvisning till att bolaget inte erbjuder överlappstid. Frågan är då om det har skett en sådan otillåten sammanblandning av kriterierna.

I upphandlingsdokumentet anges i avsnitt 5.1 följande.

5.1 ANBUDSUTVÄRDERING

De anbudsgivare vars anbud uppfyller samtliga ställda krav och där anbudsgivarna har accepterat kontraktsvillkoren utan reservationer kommer att genomgå utvärdering enligt nedan ställda kriterier.

Följande kriterier kommer att tillämpas vid utvärderingen:

- Utvärderingskriterium 1 – Pris
- Utvärderingskriterium 2 – Kvalité
 - Bemanning

- Utvärderingskriterium 3 – Kvalité
 - Fiktivt fall 1
 - Fiktivt fall 2

Den presenterade bemanningen kommer att ställas i relation till underlagets krav och nulägets behov. Om beställaren bedömer att god omvårdnad, kontinuitet och säkerhet inte kan garanteras med den offererade bemanningen kommer anbudet att förkastas.

Utvärderingspriset, som kommer att jämföras mellan anbudsgivarna, tas fram genom att anbudspriset via olika bedömningsnivåer kan räknas antingen upp eller ned med 15 % eller lämnas oförändrat per fiktivt fall. Om anbudsgivarens redogörelse för minst ett fiktivt fall inte bedöms vara acceptabel kommer anbudet att förkastas.

Det anbud som efter utvärdering erhåller det lägsta utvärderingspriset anses vara för kommunen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, enligt kriteriet bästa förhållandet mellan pris och kvalité, och kommer att tilldelas detta uppdrag.

I avsnitt 5.1.2 specificeras vad som gäller för utvärderingskriterium 2.

5.1.2 Utvärderingskriterium 2 – Kvalité

Anbudsgivaren ska bifoga ett täthetsschema (bilaga 3) med utgångspunkt i underlagets krav och nulägets behov. Av täthetsschemat ska antal personaltimmar och yrkeskategorier framgå, alla yrkeskategorier ska presenteras. En beskrivning i fritext ska också bifogas, där personaltillgänglighet för aktiviteter och chefs närvaro ska framgå. Redogör också för hur den redovisade bemanningen, i bifogat täthetsschema, kommer att arbeta utifrån respektive yrkesroll och svarar upp mot brukarnas behov. Dessa beskrivningar kommer att utgöra en del i utvärderingen av anbudet.

Bifoga offererat täthetsschema (ifylld bilaga 3, täthetsschema). Av täthetsschemat ska antal personaltimmar per yrkeskategori framgå. Bifoga en beskrivning av bemanningen enligt instruktionen ovan. Max fyra A4-sidor (Times New Roman).

Med hänsyn till utformningen av utvärderingskriterium 2 anser förvaltningsrätten att någon egentlig utvärdering varken av bolagets anbud eller av övriga anbud kan ske. Kriteriet bidrar således inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket är tilldelningskriteriernas enda syfte. Det enda som låter sig göras enligt utvärderingskriterium 2 är att låta anbudet gå vidare för utvärdering enligt utvärderingskriterium 3 eller att förkasta anbudet. Inget av dessa två alternativ medför någon viktning av

anbud. Enligt praxis får ett och samma kriterium inte användas både i kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen (se bl.a. Lianakis-domen och Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6420-09). Även om bolagets anbud har förkastats i utvärderingsfasen anser förvaltningsrätten att överlappstiden i praktiken endast varit ett ska-krav. Under dessa förhållanden anser förvaltningsrätten att kommunen inte har sammanblandat kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier på ett sådant sätt som är oförenligt med LOU.

Uppfyller bolaget ska-kravet om överlappstid?

Den andra frågan som förvaltningsrätten ska ta ställning till är om bolagets anbud uppfyller kravet på överlappstid i samband med skiftbytet av personal kl. 14.30.

Bolaget gör gällande att det framgår av bolagets anbud att bolaget erbjuder överlappstid mellan samtliga arbetspass och anför bl.a. följande. Bolaget har redovisat bemanningen i täthetschemat och angett i fritextbeskrivningen att det föreligger överlappstid om 30 minuter mellan varje arbetspass.

Kommunen vidhåller att bolagets anbud inte uppfyller kravet på överlappstid och anför bl.a. följande. Kravets uppfyllelse på överlappstid skulle visas genom att anbudsgivarna gav in ett täthetsschema. Av bolagets bifogade täthetsschema framgår att det inte finns någon överlappstid medräknad för dess personal i samband med det skiftbyte som bolaget planerat kl. 14.30 under vardagar. I stället framgår det tydligt att arbetstiden för den personal som har arbetat under förmiddagspasset slutar kl. 14.30 och att eftermiddagspersonalen påbörjar sitt pass vid samma tidpunkt. Vad som i övrigt anges i anbudsgivarnas verksamhetsbeskrivningar påverkar inte det faktum att de bifogade täthetscheman var avgörande för kontrollen av om anbudsgivarna uppfyller kravet på överlappstid. I motsats till vad bolaget

anför skulle det framgå direkt av det bifogade täthetsschemat att personalen har överlappstid. Att bolaget anger i sin verksamhetsbeskrivning att det kommer att erbjuda överlappstid spelar mindre roll eftersom detta påstående inte stöds av täthetsschemat. En allmän försäkran om att kraven i upphandlingen är uppfyllda är inte tillräckligt om det finns andra uppgifter i anbudet som visar att ett visst krav inte är uppfyllt (se Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6690-6691-11).

Förvaltningsrätten konstaterar att i den fritextbeskrivning som bifogats täthetsschemat anges att "Väl tilltagen överrapporteringstid på 30 min finns mellan samtliga pass". Förvaltningsrätten anser att denna skrivning är specifik och tydlig. Dessutom är fritextbeskrivningen av bolaget benämnd som "Bemanningsbeskrivning". Den kan således inte tolkas som en sådan allmän försäkran som kommunen påstår. Därtill konstaterar förvaltningsrätten att i avsnitt 4.6.3 i upphandlingsdokumentet anges att täthetsschemat och fritextbeskrivningen kommer att utgöra en del i utvärderingen av anbudet. Enligt förvaltningsrättens mening stödjer upphandlingsdokumentet bolagets uppfattning att täthetsschemat ska läsas tillsammans med fritextbeskrivningen. Kommunen hävdar att det ska framgå direkt av det bifogade täthetsschemat att personalen har överlappstid. Något krav på att överlappstiden uttryckligen ska redovisas i täthetsschemat kan, enligt förvaltningsrättens mening, emellertid inte utläsas av upphandlingsdokumentet. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att bolaget och kommunen har olika uppfattningar om hur täthetsschemat ska fyllas i. Kommunen anser att täthetsschemat är ett arbetsschema och att personalens överlappningstid ska redovisas i schemat. I instruktionen till täthetsschemat anges följande:

Kolumnen "Personal": Fyll i en rad per personal och benämnn varje personal med yrkeskategori. Även verksamhetschef och annan ledande befattning samt nattpersonal ska redovisas. Ange endast arbetstid i direkt arbete med de boende, tid för t.ex. arbetsplatsträffar ska inte redovisas.

Kommunen anför att överlappstiden syftar till att säkerställa att personalen ska kunna lämna information till varandra om det tidigare skiftet.

Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att det inte framgår av upphandlingsdokumentet att överlappstiden ska redovisas uttryckligen i täthetsschemat. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att det varit fel av kommunen att förkasta bolagets anbud på den grunden att bolaget inte redovisat överlappstiden i schemat. Förvaltningsrätten anser således att bolaget – genom att ange i fritextbeskrivningen att överrapporteringstid på 30 min finns mellan samtliga pass – får anses uppfylla ska-kravet om överlappstid. Det har därmed varit fel av kommunen att förkasta anbudet. Förvaltningsrätten anser därför att kommunen har agerat i strid med likabehandlings- och transparensprincipen. Bolaget kan antas ha lidit skada eller riskerat att lida skada till följd av kommunens agerande i detta avseende. Det finns därmed grund för ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten anser att felet inte kan anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede och att ett ingripande i form av rättelse är en tillräcklig åtgärd. Rättelse ska ske på så sätt att anbudet från bolaget ska anses uppfylla kravet på överlappstid mellan personalens arbetspass.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Eva Furberg

Rådman

Annika Kihlström har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

