



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2013-05-29
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
3628-13 E
Enhet 2:6

SÖKANDE

Humana Omsorg AB, 556749-0007
Box 106
701 43 Örebro

Ombud: Eva-Lotta Sandberg
Humana AB
Warfvinges väg 39
112 51 Stockholm

MOTPART

Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka

ÖVRIG PART

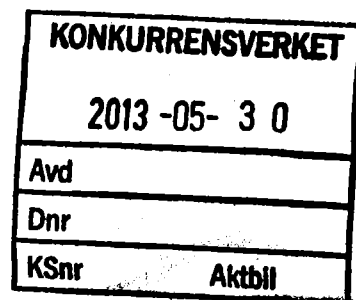
Förenade Care AB, 556535-5400
Höjdrodergatan 19
212 39 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och beslutar att rättelse ska ske i enlighet med vad som anges i domskälen.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 2
3628-13 E

BAKGRUND

Kungsbacka kommun (den upphandlande myndigheten) har genomfört upphandling av driftentreprenad av ett nybyggt särskilt boende i Vallda Heberg. Upphandlingen gäller B-tjänster och den upphandlande myndigheten har genomfört upphandlingen som en förenklad upphandling enligt 15 kap. LOU. Av tilldelningsbeslutet framgår att Förenade Care AB (Förenade Care) har tilldelats uppdraget. Av resultatrapporten framgår att sökande bolag Humana Omsorg AB (Humana) hade näst lägst jämförelsesumma och kom på andra plats vid utvärderingen samt att Carema Omsorg AB (Carema) kom på sista plats.

YRKANDE M.M.

Humana yrkar i första hand att upphandlingen inte ska få avslutas innan rättelse gjorts i form av att kvalificeringen av anbudsgivare görs om, varvid anbuden från Förenade Care och Carema förkastas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Såväl Förenade Care som Carema lämnade endast in uppgifter om en referens som uppfyllde förfrågningsunderlagets krav i stället för uppgifter om två sådana referenser. Anbuden uppfyller därför inte förfrågningsunderlagets krav och den upphandlande myndigheten skulle rätteligen ha förkastat de båda bolagens anbud. Att inte göra så strider mot principerna om lika-behandling och transparens.

I stället för att förkasta anbuden har den upphandlande myndigheten i fråga om Förenade Care själv trätt in som referens samt erbjudit Carema att komplettera sitt anbud med en helt ny referens. Även om den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget har förbehållit sig rätten att använda egna erfarenheter fråntar inte detta anbudsgivarna deras skyldighet att uppfylla samtliga uppställda skalkrav och lämna kompletta anbud.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2**DOM**

Av praxis framgår att lagen inte medger att upphandlande myndigheter företar egna undersökningar och kompletterar anbud åt en anbudsgivare. Väsentliga uppgifter såsom nya referenser kan inte heller tillföras ett anbud genom komplettering. Förvaltningsrätten ska därför förordna om rättelse så att anbuden från Förenade Care och Carema inte beaktas vid utvärderingen. Slutligen har Humana inte tilldelats poäng för samtliga mervärden som erbjudits.

Den upphandlande myndigheten anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Enligt 15 kap. 12 § LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudsökande eller anbudsgivare rättar ett uppenbart fel i anbudet. Vidare kan en upphandlande myndighet enligt 15 kap. 13 b § LOU begära in handlingar som berör leverantörens lämplighet efter anbudsinlämnandet. Att tillåta en anbudsgivare att komplettera med uppgifter om tidigare utförda uppdrag kan inte anses strida mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Enligt den upphandlande myndighetens uppfattning hade Carema och Förenade Care av ett uppenbart misstag lämnat in uppgifter om referensuppdrag där uppdragstiden inte hade varat under en period om minst 36 månader. Carema gavs möjlighet att komplettera sitt anbud, varefter det kunde konstateras att bolaget hade utfört två uppdrag av den art och längd som avses i förfrågningsunderlaget samt att uppdragen hade utförts på ett tillfredsställande sätt. Förenade Care har genomfört uppdrag för den upphandlande myndigheten som motsvarar föremålet för upphandlingen. Uppdraget har pågått under en sammanhängande period om minst 36 månader. I förfrågningsunderlaget framgår tydligt att kommunen förbehåller sig rätten att använda sig av egna erfarenheter. Den upphandlande myndigheten valde att göra detta avseende Förenade Care. Efter kontroll konstaterades att även detta bolag uppfyllde de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Förenade Care har getts möjlighet att yttra sig i målet och anför i huvudsak följande. Bolaget har uppfattat innehållet i punkt 2.2.4 i förfrågningsunderlaget på det sättet att uppgifter om uppdrag som utförts för den upphandlande myndigheten inte behöver lämnas. Denna tolkning vinner stöd av ordalydelsen i sista stycket i punkten 2.2.4. Det måste anses orimligt och stå i strid med kravet på erfarenhet av motsvarande uppdrag om den upphandlande myndigheten, med kännedom om bolagets år 2008 och 2009 inledda och fortfarande pågående uppdrag för densamma, skulle vara tvungen att diskvalificera bolagets anbud. Det bör vidare beaktas att de ifrågasatta uppdragen för Nyköpings kommun och Tomelilla kommun numera har pågått under längre tid än 36 månader. Vid tecknande av avtal i enlighet med tilldelningsbeslutet kommer kraven, oavsett hur förfrågningsunderlaget tolkas, att vara uppfyllda.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket i LOU).

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas (1 kap. 9 § LOU).

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget formuleras i målet aktuellt kvalificeringskrav enligt följande.

2.2.4 Referensuppdrag (erfarenheter)

Anbudsgivare ska inneha och visa att de har erfarenhet att utföra motsvarande uppdrag som denna förfrågan avser. Anbudsgivare ska i anbudet lämna uppgifter på minst (2) uppdrag, utförda för två (2) olika organisationsnummer, där denne utfört vård- och omsorgsverksamhet för äldre eller liknande. Uppdragen får inte vara äldre än tio (10) år och ska ha pågått under en sammanhängande period om minst 36 månader. [...] Kommunen förbehåller sig rätten att använda egna erfarenheter om anbudsgivare inom de senaste fem (5) åren utfört uppdrag för denne.

Av upphandlingsprotokollet anges följande under punkten 2.2.4 Referensuppdrag (erfarenheter).

Carema lämnade in ett referensuppdrag som inte pågått under en sammanhängande period om 36 månader. Carema medgavs möjligheten att komplettera inlämnat anbud med ett referensuppdrag som pågått under en sammanhängande period om 36 månader. Förenade Care lämnade också in ett referensuppdrag som inte pågått under en sammanhängande period om 36 månader. Kommunen använde sig av egna erfarenheter då anbudsgivaren utfört ett uppdrag för denne inom de senaste fem åren som pågått under en sammanhängande period om 36 månader.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 6
3628-13 E

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är om den upphandlande myndigheten har agerat i strid med principerna i LOU när den godtagit Förenade Cares anbud.

Fråga om brister i Förenade Cares anbud

Av punkten 2.2.4 i förfrågningsunderlaget framgår tydligt att det är ett kvalificeringskrav att anbudsgivarna ska lämna in uppgifter avseende minst två uppdrag som uppfyller vissa särskilt angivna krav. Uppdragen ska bl.a. ha pågått under en sammanhängande period om minst 36 månader.

Av handlingarna i målet framgår att Förenade Cares anbud endast innehöll uppgifter om ett kvalificerande referensuppdrag. Det framgår vidare att den upphandlande myndigheten "tillskrev" Förenade Care en referens baserat på uppdrag som utförts för den upphandlande myndigheten och att bolaget därmed bedömdes uppfylla i målet aktuellt kvalificeringskrav.

Förvaltningsrätten vill härvid påpeka att kravet på att lämna in uppgifter om kvalificerande referensuppdrag inte, såsom Förenade Care och den upphandlande myndigheten gjort gällande, enbart handlar om att anbudsgivaren faktiskt har utfört två uppdrag av aktuellt slag. Såsom kravet är formulerat utgör det ett formellt krav på att anbudsgivarens anbud ska innehålla uppgifter om två kvalificerande referensuppdrag. Att den upphandlande myndigheten förbehållit sig rätten att använda egna erfarenheter avseende anbudsgivare kan inte, enligt förvaltningsrättens mening, tolkas som att bolag som genomfört tillräckligt långa och aktuella uppdrag för den upphandlande myndigheten endast behöver lämna in uppgifter om ett kvalificerande referensuppdrag.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Sida 7
3628-13 E

Det är ostridigt att ett av de två referensuppdrag som Förenade Care lämnade in uppgifter om inte uppfyllde kravet på att ha pågått under minst 36 månader. Mot bakgrund av vad som framförts ovan konstaterar förvaltningsrätten att Förenade Cares anbud inte uppfyllde alla kvalificeringskrav vid anbudstidens utgång och att den upphandlande myndigheten därmed inte följt principen om likabehandling vid hanteringen av anbuden. Att aktuellt uppdrag numera, efter anbudstidens utgång, har pågått tillräckligt länge föranleder ingen annan bedömning.

Kravet på att sökanden ska ha lidit skada

För att förvaltningsrätten ska kunna besluta om åtgärd enligt LOU krävs enligt 16 kap. 6 § att sökande bolag har lidit eller kan komma att lida skada av att den upphandlande myndigheten agerat i strid med principerna i LOU. Det framgår av tilldelningsbeslutet att Humana kommit på andra plats vid utvärderingen, efter Förenade Care, och Humana kan således konstateras ha lidit skada eftersom Förenade Cares anbud inte borde ha kvalificerat sig till utvärderingsfasen.

Utgången i målet

Den upphandlande myndighetens agerande att bortse från det formella kravet att lämna in uppgifter om två kvalificerande referensuppdrag innebär att principen om likabehandling inte har iakttagits i upphandlingen. Då Humana genom förfarandet har lidit skada finns det skäl att besluta om ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska således bifallas. Då felaktigheten inte är hänförlig till förfrågningsunderlaget är det tillräckligt att besluta om rättelse. Förenade Care ska vid en förnyad genomgång av anbuden inte anses ha uppfyllt kravet på att i anbudet ha lämnat in uppgifter avseende minst två referensuppdrag enligt punkten 2.2.4 i förfrågningsunderlaget.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Sida 8
3628-13 E

Övriga grunder för talan

Humana har även anfört att Carema brustit i aktuellt kvalificeringskrav. Mot bakgrund av att Carema placerade sig efter Humana vid utvärderingen kan Humana inte anses ha lidit skada oaktat om den upphandlande myndigheten har agerat i strid med principerna enligt LOU i samband med hanteringen av Caremas anbud. Det saknas därför skäl att pröva vad som anförs avseende brister i Caremas anbud. Mot bakgrund av utgången i målet saknas även skäl att pröva vad som anförs av Humana avseende brister vid utvärderingen av anbudet.

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



Monika Knutsson

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande i målet har varit Anna Wennergren.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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. 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom omtådena 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.

DV 3109/1B LOU