



| | |
|------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012 -05- 1 1 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

KLAGANDE
Kävlinge kommun
244 80 Kävlinge

Ombud: Advokat Tomas Eliasson och jur. kand. AnnaMalin Petré
Advokatfirman Delphi i Malmö AB
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

MOTPART
ISS Facility Services AB, 556410-3280
Box 47635
117 94 Stockholm

Ombud: Advokat Jan Andersson och jur. kand. Camilla Nilsson
Advokatfirman Pedersen AB
Box 3462
103 69 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Förvaltningsrätten i Malmös dom den 18 augusti 2011 i mål nr 5233-11,
se bilaga A

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Kävlinge kommun (Kommunen) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, lämnar ISS Facility Services AB:s (ISS) ansökan utan bifall. Kommunen anför följande. Förvaltningsrätten har gett ISS tolkningsföreträdare avseende hur det uppställda skall-kravet ska tolkas. För det

fall skall-kravet ska tolkas så som ISS och förvaltningsrätten gör gällande är det oproportionerligt, i relation till den tjänst som är föremål för upphandling. Härutöver skulle det få orimliga konsekvenser om en anbudsgivare ges tolkningsföreträde på sätt som nu skett. Sodexo AB (Sodexo) har inkommit med de uppgifter som efterfrågats i skall-kravet och uppfyller därför det aktuella kravet. Anbudet har preciserats i enlighet med bestämmelserna i 9 kap. 8 § andra stycket LOU. Ett anbud får preciseras eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det har i förevarande fall enbart varit fråga om en precisering av redan inlämnade uppgifter, varför preciseringen inte utgör en otillåten komplettering.

Kommunens syfte med skall-kravet är att säkerställa att personalen som kommer att utföra städningen har fått en grundläggande introduktion i städning samt att säkra att leverantören efter introduktionen fortsätter att fortbilda sin personal. Kommunen vill även få en bild av hur stor del av personalstyrkan som genomgår fortbildning. Avsikten med skall-kravet har knappast varit att varje utbildning som genomförts under föregående år ska redovisas, avseende antal timmar och antal deltagare. I denna del vill kommunen framhålla att inte någon av anbudsgivarna har uppfattat skall-kravet på det sättet då ingen inkommit med sådana uppgifter.

Trots det kompletta anbudet från Sodexo önskade kommunen få förtydligt (specificerat) det inlämnade anbudet ytterligare. Detta var dock inte nödvändigt för att konstatera att Sodexo uppfyllt det aktuella skall-kravet. Anledningen till begäran var helt enkelt att kommunen var intresserad av vilka mer specifika utbildningar som personalen genomgått.

ISS anser att kammarrätten ska avslå överklagandet och anför följande. Det uppställda skall-kravet är tydligt och går inte att misstolka. ISS bestrider kommunens påstående om att Sodexo har inkommit med det som har efterfrågats i det uppställda skall-kravet. I Sodexos anbud går inte att utläsa vilka

utbildningsinsatser som faktiskt har genomförts under 2010 med uppgift om antal deltagare i förhållande till antal anställda (procentuellt).

Syftet och avsikten med ett skall-krav är att avgöra om en anbudsgivare kvalificerar sig till utvärderingsfasen och ingenting annat. Bakomliggande motiv, intentioner, interna diskussioner med mera är härvid fullständigt irrelevant. Kvalificeringen ska ske genom en objektiv bedömning, i enlighet med LOU:s grundläggande principer i 1 kap. 9 §. Kommunen får därför inte anta ett anbud som inte uppfyller angivna krav.

Sodexo har under rubriken "Generell introduktionsplan" redogjort för introduktionsplanen för ny personal under första halvåret, dock inte i enlighet med skall-kravet som anger att "Anbudsgivaren ska redovisa generell introduktionsplan som visar hur anbudsgivaren tillser att nyanställda får introduktion i städmetoder, arbetsmiljö och kemikalier".

Det torde stå helt klart att kommunen själva ansåg att Sodexos anbud behövde kompletteras, var ofullständigt och att det var något som inte kommit med. Sodexos "förtydligande" har inneburit en komplettering, som i sin tur inneburit att anbudet blivit ett annat än det som ursprungligen har förelegat. Härutöver kan konstateras att kommunen själva gjorde bedömningen att något saknades. Det står således klart att nya uppgifter tillförts anbudet. Kompletteringen har inneburit en risk för särbehandling och konkurrensbegränsning.

Sammantaget konstateras att kommunens upphandling är behäftad med allvarliga brister. Kommunen har godkänt Sodexos anbud i upphandlingen trots att anbudet inte uppfyller ställda skall-krav. Kommunen har dessutom tillåtit Sodexo att göra en otillåten komplettering och detta trots att kommunen i förfrågningsunderlaget angett att orena anbud kommer att förkastas. Med anledning härav har Sodexos anbud felaktigt kvalificerats och därefter

även tilldelats kontraktet. På grund av detta har ISS lidit eller i vart fall ris-
kerat att lida skada.


SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning. Överklagandet
ska därför avslås.

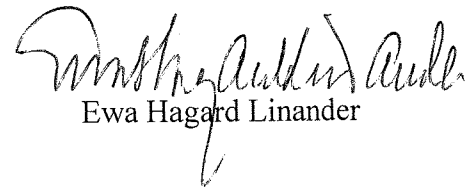
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Per Ove Svensson



Ann-Marie Holmstedt
referent



Ewa Hagard Linander



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2011-08-18
Meddelad i
Malmö

Mål nr
5233-11 E

Bilaga F
Sida 1 (7)

SÖKANDE

ISS Facility Services AB, 556410-3280
Box 47635
117 94 Stockholm

Ombud: Patrik Frank
Adress som ovan

MOTPART

Kävlinge kommun
244 80 Kävlinge

Ombud: Advokat Tomas Eliasson
Advokatfirman Delphi
Stora Nygatan 64
211 37 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Kävlinge kommuns upphandling av lokalvårdstjänster får inte avslutas förrän rättelse vidtagits genom en ny utvärdering där Sodexo AB:s anbud inte får beaktas.

YRKANDEN M.M.

Kävlinge kommun genomför en upphandling av lokalvårdstjänster, Dnr 10/21. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 16 maj 2011 har Sodexo AB (Sodexo) tilldelats kontraktet.

ISS Facility Services AB (ISS) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att det vinnande anbudet förkastas och att ISS därmed tilldelas uppdraget. I andra hand yrkar ISS att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget är det ett skallkrav att till anbudet bifoga en fortbildningsplan som visar vilka utbildningsinsatser som faktiskt genomförts under 2010 för befintlig personal. Sodexo har i sitt anbud endast bifogat en allmänt hållen text kring utbildningsinsatser 2010. Av denna framgår inte efterfrågade uppgifter. Kommunen har ca en månad efter sista datum för anbudsinlämnande begärt en komplettering från Sodexo. Av kompletteringen framgår det som efterfrågats i förfrågningsunderlaget och som dessutom förtydligats under anbudsprocessen i frågor och svar. Grundregeln vid inlämnande av anbud är att ett anbud efter inlämnandet inte får ändras. Ett förtydligande eller en komplettering får inte leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan. Kompletteringen medför att Sodexo får möjlighet att uppfylla ett inte infriat skallkrav. Det är alltså inte fråga om ett förtydligande eller en komplettering med enbart marginella sakuppgifter som tillförs ett anbud utan det är fråga om en otillåten komplettering. Kammarrätten i Göteborg fann i mål nr 7714-08 att kommunen brutit mot 1 kap. 9 § LOU genom att tillåta att anbudsgivaren kompletterade ett icke uppfyllt skallkrav. Genom att tillåta Sodexo att komplettera sitt anbud har kommunen gett Sodexo konkurrensfördelar. Kommunen har godkänt Sodexos anbud trots att anbudet inte innehåller efterfrågade skallkrav. Kommunen har

därmed brutit mot kraven på affärsmässighet, likabehandling och transparens.

Kävlinge kommun bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Sodexo har i sitt anbud uppgivit genomförda utbildningsinsatser för befintlig personal 2010. Av anbudet framgår att antalet genomförda utbildningstimmar uppgår till 13 208 och att Sodexo genom sin egen utbildningsavdelning tillhandahåller ett 50-tal olika utbildningar för olika personalkategorier. Utbildningarna har varit så viktiga att de är obligatoriska. Dessutom finns ett internt system med interna handledare. Av anbudet framgår vidare att företaget har 6 578 anställda varav 3 881 arbetar med lokalvård. Sodexo har även redogjort för introduktionsplanen för ny personal under det första halvåret. Introduktionsplanen gäller för samtliga medarbetare och inkluderar introduktion i städmetoder, arbetsmiljö och kemikalier.

Av Sodexos inlämnade anbud har kommunen således kunnat bedöma:

- Vilka utbildningsinsatser som faktiskt genomförts under 2010, med uppgift om antal deltagare i förhållande till antalet anställda (procentuellt). Antalet utbildningstimmar har varit 13 208 och antalet anställda är 6 578, varav 3 881 arbetar med lokalvård.
- Att alla nyanställda får en introduktion genom en sex månaders lång introduktionsplan. Introduktionen är obligatorisk och inkluderar introduktion i städmetoder, arbetsmiljö och kemikalier.

Sodexo har i sitt anbud således uppfyllt det uppställda skall-kravet avseende utbildning vid tidpunkten för anbudets inlämnande. Att Sodexo enbart bifogat en allmänt hållen text om utbildning är således direkt felaktigt. ISS har enbart bifogat ett utdrag ur anbudet vilket knappast ger en rättvisande bild av de i anbudet beskrivna utbildningsinsatserna.

Trots det kompletta anbudet från Sodexo efterfrågade kommunen ett förtydligande avseende hur de redovisade utbildningstimmarna fördelade sig på olika yrkeskategorier samt vilken utbildning tilltänkt arbetsledare ska genomgå. En sådan bedömning var dock inte nödvändig för att konstatera att Sodexos anbud uppfyllt det aktuella skall-kravet. Det rörde sig därmed enbart om en konkretisering av redan inlämnade uppgifter. Av praxis framgår att förtydligande av förevarande slag har accepterats. Generaladvokat Lenz har i ett förslag till avgörande i mål C-87/94 anfört beträffande begreppen förtydligande respektive komplettering att de måste förstås som att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om eller att med större exakthet beskriva föremålet. De två termerna har gemensamt att de inte avser att ersätta tidigare uppgifter utan att konkretisera dem på ett eller annat sätt. Förtydliganden godtas under förutsättning att några förändringar inte sker av det ursprungliga anbudet (se mål C-87/94 Kommissionen mot Belgien). Förtydligandet av utbildning för arbetsledare samt fördelningen av antalet timmar per yrkesgrupp kan knappast anses ha begränsat konkurrensen i upphandlingen. Inte heller har det varit fråga om någon särbehandling av anbudsgivaren Sodexo. Det inlämnade förtydligandet varken förändrar eller ersätter några tidigare uppgifter utan innebär enbart en specificering av redan inlämnade uppgifter. Förtydligandet har därmed inte haft någon som helst inverkan på resultatet av utvärderingen. De grundläggande principerna har därmed inte trätts för när.

Sodexo AB har getts tillfälle att yttra sig över ansökan men har inte hörts av.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

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.

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU följer att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

I förfrågningsunderlaget anges i punkt 1.2.7 under rubriken *Kvalificering och utvärdering* att anbud som inte är kompletta och/eller inte uppfyller alternativt godkänner de ovillkorliga kraven (krav och avtal) betraktas som orena och kommer att förkastas.

I punkt 2.2.10 anges att ”anbudsgivare skall redovisa hur man arbetar med utbildning och kompetensutveckling för sin personal”. Vidare anges att ”anbudsgivare skall i anbud redovisa fortbildningsplan som visar vilka utbildningsinsatser som faktiskt genomförts under 2010 för befintlig personal med uppgift om antal deltagare i förhållande till antalet anställda (procentuellt)”.

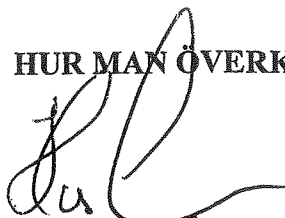
Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det uppställda kravet avseende att redovisa vilka utbildningsinsatser som genomförts under år 2010 utgör ett s.k. skall-krav. Av Sodexos anbud

framgår under rubriken *utbildningsinsatser för befintlig personal 2010* bl.a. följande: "Sodexos utbildningsavdelning administrerar och utvecklar drygt 50 olika utbildningar för alla personalkategorier, inom samtliga tjänsteområden som Sodexo tillhandahåller." Vidare framgår att "antalet genomförda utbildningstimmar för år 2009/2010 är ca 13 208. Denna siffra baseras på interna utbildningar." Enligt förvaltningsrättens förmenande visar informationen i Sodexos anbud inte *vilka* utbildningsinsatser som faktiskt genomförts med uppgift om antal deltagare i förhållande till antalet anställda. Sodexos anbud uppfyllde vid tidpunkten för anbudets inlämnande således inte det uppställda skall-kravet.

Frågan är då om den vidtagna kompletteringen utgör en otillåten komplettering. Kommunen begärde den 15 april 2011, dvs. ca en månad efter sista dag för inlämnande av anbud, ett förtydligande från Sodexo. I begäran om förtydligande anges bl.a. följande: "Vi har lite funderingar kring två saker i ert anbud och vi behöver få ett förtydligande: Den bilaga om visar *vilka* utbildningar ni genomfört, för vem och den procentuella andel dessa personer utgör av era anställda har nog inte kommit med dvs. vad som döljer sig bakom de 13 208 timmarna utbildning som ni redovisat på två ställen." Enligt förvaltningsrätten är det två olika saker att ange antalet genomförda utbildningstimmar och att ange *vilka* utbildningsinsatser som faktiskt genomförts. Kompletteringen har således inneburit att anbudet blivit ett annat än det som ursprungligen förelegat och genom den vidtagna kompletteringen har kommunen således bedömt att Sodexos anbud uppfyllt det uppställda skall-kravet. Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten att kompletteringen inte har skett utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning och det är således fråga om en otillåten komplettering. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras utan att kommunen beaktar anbudet från Sodexo.

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



Hans Emanuelsson

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska 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.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen 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 Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 Högsta förvaltningsdomstolen
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 för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.