



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2012-09-27  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 17820-12  
 Enhet 15

**SÖKANDE**

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

Ombud: Advokat Anders Boquist, advokat Nicklas Hansson  
 MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB  
 Box 226  
 201 22 Malmö

**MOTPART**

Tyresö kommun  
 135 81 Tyresö

Ombud: Charlotte Barkman Hedin  
 Upphandlingsenheten  
 Tyresö kommun  
 135 81 Tyresö

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012-09-28	
Avd	
Dnr	
Dass	Aktbil

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller Förenade Care AB:s ansökan om  
 överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 278939

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

## BAKGRUND

Tyresö kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende drift av Trollängens äldreboende, diarienummer 2011-KS0341. Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande med antagande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Enligt tilldelningsbeslut den 15 augusti 2012 avser kommunen att sluta avtal med en annan leverantör än Förenade Care AB (bolaget).

## YRKANDEN

**Bolaget** ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om. För det fall förfrågningsunderlaget kan anses uppfylla kravet på transparens och förutsebarhet yrkar bolaget i andra hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av bolagets anbud.

**Kommunen** bestrider bifall till ansökan.

## GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

**Bolaget** anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

### *Förfrågningsunderlagets utförning*

De kvalitetskriterier som valts ut av kommunen är inte mätbara. I förfrågningsunderlaget punkt 4.2 anges att de utvärderingskriterier som kommer användas i upphandlingen är pris och kvalitet. Kommunen har inte angett hur kriterierna kommer viktas vid bedömningen av vilket

anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller angett kriterierna i fallande prioritetsordning.

Kvalitetskriterierna är "Professionellt förhållningssätt och bemötande samt arbetsmetoder", "Värdigt liv och välbefinnande" och "Bemanning och kompetens hos personal". Vidare anges att "Mycket hög kvalitet" utöver ställda ska-krav" ger 3 poäng, "Hög kvalitet utöver ställda ska-krav" ger 2 poäng och "Kvalitet utöver ställda ska-krav" ger 1 poäng. Vad anbudsgivare ska erbjuda eller prestera för att uppnå de olika poängnivåerna anges inte. Av förfrågningsunderlaget framgår inte heller vilka ska-krav som är hänförliga till kriteriet "Professionellt förhållningssätt och bemötande samt arbetsmetoder" och vilka ska-krav som är att hänföra till kriteriet "Värdigt liv och välbefinnande". En närmare innebörd av de använda begreppen anges inte. Hur kriterierna ska mätas och vad som krävs för att uppnå de angivna poängnivåerna, och därmed också de olika avdragen, anges inte heller. Kommunen anger dock vilka avdrag som kommer att äga rum när kommunens "utvärderingsgrupp" fastställt poängnivåerna. Principen om transparens i upphandlingsförfaranden innebär att anbudsgivare ska kunna förutse exakt vad som ska erbjudas eller presteras för att uppnå angivna poängnivåer.

Krav på redovisning av årsarbetare respektive täthetsschema anges inte i förfrågningsunderlaget. Det bestrids att det skulle existera vedertagna metoder vid anbudsgivning avseende offentlig upphandling och som skulle innebära ett undantag från transparens- och likabehandlingsprincipen. Kommunen uppger också att förutom utvärdering av det skriftliga anbudet, kan ett förtydligande komma att ligga till grund för anbudsutvärderingen genom referenser och intervjuer med anbudsgivaren. Vilka kriterier som i ett sådant

förfarande ska bedömas, viktas, mätas och vad utfallet får för betydelse för utvärderingen anges dock inte.

Förfrågningsunderlaget uppfyller inte de i 15 kap. 12 § LOU angivna kraven på hur utvärderingskriterierna ska anges. Vidare ger utvärderingsmodellen obegränsat utrymme för godtyckliga bedömningar och inte på förhand en ledning beträffande hur kriterierna ska bedömas. Bedömningen av hur väl en anbudsgivare beskrivit hur man avser uppfylla ett krav som ställs på den upphandlande tjänsten blir per definition godtycklig och ger den upphandlande myndigheten fri prövningsrätt i valet av leverantör för upphandlande tjänster.

*Förtydligande av anbud*

Inledningsvis kan konstateras att förfrågningsunderlaget inte innehåller några krav eller någon antydning om att täthetsschema och årsarbetare ska eller bör redovisas. Trots det har kommunen begärt att bolaget förtydligar sitt anbud med täthetsschema och att A&O Ansvar och Omsorg AB förtydligar sitt anbud med sysselsättningsgrad för samordnaren och ett täthetsschema. Kommunen har tillåtit en annan anbudsgivare, A&O Ansvar och Omsorg AB, att inkomma med justeringar i sitt anbud innebärande att det totala antalet årsarbetare förändrades från i anbudet angivna 47,75 till 48,85. Bolaget har dock uteslutits ur upphandlingen med hänvisning till att man förtydligat sitt anbud avseende antalet årsarbetare i yrkeskategorin sjuksköterskor. Bolaget har dock inte utökat det totala antalet årsarbetare. Det strider mot likabehandlingsprincipen att utesluta bolaget men inte A&O Ansvar och Omsorg AB. Det bör noteras att det i upphandlingen inte ställts något krav på visst antal årsarbetare per yrkeskategori.

Det är under inga omständigheter möjligt att förkasta bolagets anbud under återopande av att bolaget lämnat ett alternativt anbud, eftersom bolaget inte har lämnat ett alternativt anbud. Kommunen synes ha missförstått innebörden av alternativt anbud. Med alternativt anbud avses anbud som innehåller ett annat utförande än det som den upphandlande myndigheten efterfrågat. Bolagets ingivna anbud avser utförande helt i enlighet med förfrågningsunderlagets krav på efterfrågade tjänster, utan reservationer.

#### *Skada*

Förfrågningsunderlaget ger inte någon ledning för leverantörerna såvitt avser möjligheterna att lämna konkurrenskraftiga anbud. Det har medfört att bolaget inte kunnat lämna ett optimalt anbud, vilket inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Eftersom det är fråga om brister i förfrågningsunderlaget är rättelse inte tillräckligt utan upphandlingen bör på denna grund göras om.

Av 15 kap. 13 § LOU framgår att en anbudsgivare får uteslutas från deltagande i en upphandling enligt 10 kap. 2 och 3 §§ LOU. Stöd för beslutet att diskvalificera bolaget finns dock inte i något av de angivna lagrummen. Diskvalifikationen av bolaget har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

**Kommunen** anför till stöd för sin inställning bl.a. följande.

#### *Förfrågningsunderlagets utformning*

Kommunen har använt sig av mervärdesmodellen för att utvärdera pris och kvalitet. Vid en sådan modell anges inte kvalitetskriteriernas vikt i form av

procentuell vikt eller rangordning. Kvalitetens betydelse vid utvärdering framgår istället genom ett värde i kronor.

Kvalitetskriterierna har tagits fram av en utvärderingsgrupp bestående av stabschefen vid Socialförvaltningen, utredare för Socialförvaltningen, kommunens upphandlingschef samt kommunens medicinskt ansvariga sjuksköterska. Kvalitetskriterierna avgränsas och förtydligas genom att kommunen preciserar vilken information som efterfrågas från anbudsgivarna under respektive kvalitetskriterier. Avsikten med kvalitetskriterierna har varit att anbudsgivaren får tillfälle att självständigt beskriva sitt offererande på ett trovärdigt sätt och tydliggöra hur de i praktiken kommer att arbeta och säkerställa kvaliteten under uppdragsperioden. Att kommunen i förfrågningsunderlaget skulle skriva ut exakt vad anbudsgivaren ska erbjuda och prestera för att uppnå de olika poängnivåerna är inte förenligt med syftet i utvärderingsmodellen.

Flera omständigheter spelar in i bedömningen av kvalitetskriterierna och dessa omständigheter samverkar med varandra. Utvärderingsgruppen har gjort en samlad bedömning av samtliga faktorer och omständigheter utifrån den beskrivning som anbudsgivarna gett av de begrepp som utgör kvalitetskriterierna.

I förfrågningsunderlaget har kommunen använt sig av begrepp som är centrala i den nationella värdegrunden inom äldreomsorgen, vilka regleras 5 kap. 4 § socialtjänstlagen och Socialstyrelsens allmänna råd om värdegrunden i socialtjänstens omsorg om äldre (SOSFS 2012:13). Dessa begrepp förväntas anbudsgivarna känna till och tillämpa eftersom de utgör grunden för vården och omsorgen om äldre.

Bolaget har mycket tydligt i sitt anbud angivit att de avser att tillämpa den nationella värdegrunden i det dagliga arbetet på Trollängen. Vad detta

innebär anger också bolaget genom att beskriva just de begrepp som anses otydligt definierade i kvalitetsutvärderingen.

*Förtydligande av anbud*

I förfrågningsunderlaget punkt 4.5 har angivits att anbudsgivaren ska redovisa hur den säkerställer bemanningen. Det är enligt kommunen vedertaget att vid anbudsgivning ange årsarbetare och täthetsschema. Täthetsschema begärdes in för att förtydliga hur bemanningen skulle säkerställas. Fördelningen av yrkeskategorier är ett sätt att bedöma kvalitet avseende bemanningen. Flera av anbuden innehöll både täthetsschema och antal årsarbetare i respektive yrkeskategori. Eftersom det i förfrågningsunderlaget inte specifikt begärts att täthetsschema ska bifogas anbudet gavs anbudsgivarna tillfälle att komplettera detta. Begäran om komplettering formulerades olika till olika anbudsgivare beroende på vad som saknades för att kunna göra en fullständig bedömning.

I förtydligandet från bolaget angavs 3,5 årsarbetare i yrkeskategorin sjuksköterskor, en ökning med 0,55 årsarbetare. Bolaget har inte vid något tillfälle innan tilldelning uppmärksammat kommunen på att uppgiften om antalet årsarbetare i yrkeskategorin sjuksköterskor var felaktig i det ursprungliga anbudet och bolaget har inte heller begärt rättning. I bolagets komplettering hade antalet årsarbetare i kategorin sjuksköterskor utökats. Det var inget uppenbart fel utan det bekräftades också av inskickat täthetsschema. Att begära in ett ytterligare förtydligande från bolaget skulle inte kunna ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Eftersom bolaget lämnat ett alternativt anbud kunde kommunen inte låta bolaget gå vidare till anbudsutvärdering. Bolagets anbud uppfyllde inte samtliga ställda ska-krav i förfrågningsunderlaget eftersom man lämnat ett

alternativt anbud, vilket inte är tillåtet enligt förfrågningsunderlaget punkt 6.6.

#### *Skada*

Bolaget har inte lidit skada av att inte medverka i anbudsutvärderingen eftersom bolaget inte hade möjlighet att vinna upphandlingen utifrån det ursprungliga anbudet. Beskrivningen i anbudet avseende kvalitetskriteriet "Bemanning och kompetens hos personal" ger inte högre mervärde än 2 poäng. Detta p.g.a. att bemanningen för sjuksköterskor under dagtid samt metoder för kompetensutveckling i den samlade bedömningen av bolagets ursprungliga anbud inte motsvarar nivån 3 poäng.

#### **DOMSKÄL**

Frågan i målet är om kommunen brutit mot de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

#### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 iakttas.

Av 16 kap. 6 § LOU första stycket framgår att 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.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Bolaget har bl.a. anfört att förfrågningsunderlaget strider mot kravet på transparens och förutsebarhet i LOU. Utvärderingskriterierna har gett kommunen för stort utrymme för godtycke, vilket medfört i princip fri prövningsrätt för kommunen vad gäller anbudsgivarnas anbud.

Kommunen har bl.a. anfört att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget är tydliga och består av centrala begrepp inom äldreomsorgen. De grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU har inte åsidosatts.

Kravet på transparens och likabehandling innebär bland annat att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet.

Förfrågningsunderlaget är det styrande dokumentet i en upphandling. En anbudsgivare ska genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att bedömas.

Emellertid medför de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Likabehandlingsprincipen innebär vidare enligt fast praxis att lika situationer inte får behandlas olika såvida det inte finns sakliga skäl för en sådan behandling.

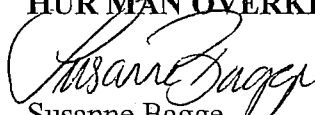
Som bolaget har anfört har kommunen enligt förfrågningsunderlaget att bedöma bl.a. hur väl anbuderna uppfyller kvalitetskriterierna "Professionellt förhållningssätt och bemötande samt arbetsmetoder", "Värdigt liv och välbefinnande" och "Bemanning och kompetens hos personal".

Kvalitetskriterierna bedöms och poängsätts av en av kommunen utsedd

utvärderingsgrupp utifrån en poängskala om 1-3 poäng. I förfrågningsunderlaget finns dock ingen ledning för vad som vägs in för att svaret ska få 1, 2 eller 3 poäng. Mot bakgrund härav anser förvaltningsrätten att det av förfrågningsunderlaget inte tillräckligt tydligt framgår vad anbudsgivaren har att uppfylla för att erhålla viss poäng. Förfrågningsunderlagets utformning har medfört att det har varit svårt för anbudsgivarna att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid prövning av anbud. Utformningen av förfrågningsunderlaget har således öppnat för en alltför godtycklig bedömning, som inte kunnat förutses av presumtiva leverantörer, varför det strider mot principen om transparens. Vid sådant förhållande, och då bolaget genom kommunens förfaringssätt har riskerat att lida skada föreligger skäl för ingripande enligt LOU (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom av den 20 mars 2009 i mål nr 6996-08).

Mot bakgrund av att förfrågningsunderlaget enligt förvaltningsrätten inte uppfyller kravet på transparens och förutsebarhet finner förvaltningsrätten att rättelse inte är tillräckligt. Upphandlingen ska därför göras om. Vid denna bedömning saknar förvaltningsrätten anledning att pröva om det finns skäl för ingripande enligt LOU även på annan grund.

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

  
Susanne Bagge

Rådman

Föredragande har varit Anna Brantberger.



# 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. 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 uppge 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 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.

DV 3109/1A LOU