

**LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN**

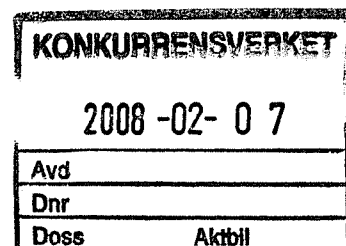
**DOM**  
2008-02-06  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
469-08  
Rotel 222

**SÖKANDE**

Qualitetspoolen Stockholm AB, 556573-0610

Ombud: Advokat Fredrik Linder och  
Jur. kand. Emma Berglund  
Hamilton Advokatbyrå  
Box 715  
101 33 Stockholm



**MOTPART**

Botkyrka kommun  
Serviceförvaltningen  
Upphandlingsenheten  
147 85 Tumba

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår ansökan om åtgärder enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut av den 9 januari 2008 gäller därmed inte längre.

Dok.Id 303740

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: lansrattenistockholm@dom.se		

## BAKGRUND

Botkyrka kommun (kommunen) har genom förenklad upphandling inbjudit leverantörer att lämna anbud avseende ramavtal för personaluthyrningstjänster inom bl.a. yrkeskategorierna grundskollärare, förskollärare, barnskötare och fritidspedagoger till Botkyrka, Haninge, Huddinge, Nacka, Nykvarns, Nynäshamns, Salems, Södertälje, Tyresö och Värmdö kommuner, dnr 2007.37 (upphandlingen).

Kommunen har i tjänsteskrivelse om tilldelningsbeslut den 20 december 2007 meddelat vilka anbudsgivare som skall antas i respektive yrkeskategori.

## YRKANDEN M.M.

**Qualitetspoolen Stockholm AB** (Qualitetspoolen) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att länsrätten skall besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts innebärande att anbud från Qualitetspoolen skall utvärderas på nytt avseende referenser samt att en ny utvärdering skall ske av anbudet från People Productions Sweden AB (People) vad gäller inställetid. I andra hand yrkar Qualitetspoolen att länsrätten skall besluta att upphandlingen skall göras om.

Vidare yrkas att länsrätten genom interimistiskt förordnande omedelbart skall besluta att upphandlingen av ramavtal för personaluthyrningstjänster som kommunen genomför inom nämnda yrkeskategorier inte får avslutas, innebärande att upphandlingskontrakt inte får tecknas innan något annat har beslutats av länsrätten eller överprövande instans.

Till stöd för sin talan anför Qualitetspoolen bl.a. följande.

*Inhämtning av referenser*

Kommunens hantering av referenstagningen strider dels mot likabehandlingsprincipen, då det framgår att vissa anbudsgivares referenser har kontaktats via telefon och påmints till skillnad från Qvalitetspoolens referenser, dels mot transparensprincipen då referenstagningen ej har skett i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget, dvs. kontakt per telefon. Referenstagningen är också i strid med 1 kap. 4 § LOU.

Enligt punkt 2.6.4 i förfrågningsunderlaget kommer referenstagning att ske i enlighet med referensmall. Enligt punkt 2.6.2 i förfrågningsunderlaget skall minst tre referenser anges avseende liknande uppdrag utförda under de tre senaste åren. Qvalitetspoolen angav sju referenser i sitt anbud. Enligt punkt 2.6.2 i förfrågningsunderlaget skulle telefonnummer anges till de åberopade referenserna, vilket Qvalitetspoolen också gjort. Det finns ingen uppgift om att e-postadresser skulle anges eller att referenstagningen endast skulle ske via e-post. Med anledning av kommunens utformning av förfrågningsunderlaget i denna del måste anbudsgivarna kunna förlita sig på att referensupptagningen skulle komma att ske via telefon. Trots detta har kommunen, avseende Qvalitetspoolens referenser, inte kontaktat de angivna referenserna via telefon. Det framgår ej av tilldelningsbeslutet eller av kommunens anteckningar på Qvalitetspoolens anbud vilka av referenserna som kommunen har försökt nå via e-post. Qvalitetspoolen har dock varit i kontakt med tre av sina referenser. Två av referenserna har skriftligen intygat att de inte har erhållit något mail från kommunen angående referenstagning. Samtliga tre referenser har även uppgivit för företrädare för Qvalitetspoolen att de inte har blivit kontaktade per telefon eller på annat sätt av kommunen.

Det framgår av kommunens noteringar i de inkomna anbuden att kommunen avseende Stjärnpoolen AB (Stjärnpoolen), Vikariepoolen AB (Vikariepoolen) samt BILDA Personalmäklarna AB (BILDA) valt att kontakta referenserna per telefon, påminna referenserna och ta reda på e-postadresser till de anbudsgivare som inte har redovisat några e-postadresser till sina referenser. Av BILDA:s anbudsformulär med kommunens kommentarer framgår t.ex. att den angivna referensen Förskolan Stormfågel dels har påmint att svara en gång, dels att telefonsamtal med referensen har förevarit. Av anteckningar i Vikariepoolens anbudsformulär framgår att Vikariepoolen uppgivit en felaktig e-postadress; Info.ronningeskolan@salem.se. och att kommunen har valt att inhämta en korrekt e-postadress per telefon. Av anteckningarna framgår också att kommunen ringt och påmint referensen Förskolan Prästkragen. Av kommunens notering i Stjärnpoolens anbudsformulär framgår att kommunen varit i kontakt med tre av de sex angivna referenserna. Några e-postadresser fanns ej angivna i anbudet, utan kontakt måste först ha tagits per telefon, varefter kontakt per e-post kan ha förevarit. Då kommunen inte har ansett att det är ett krav i upphandlingen att ange e-postadresser till referenserna i anbudet har Qvalitetspoolen som angav e-postadresser behandlats sämre än den som inte har angivit e-postadresser.

Då kvalitetskriteriet referenstagningen fått en stor betydelse i upphandlingen, 40 maxpoäng av totalt 100, har Qvalitetspoolen inkommit med sju referenser med namn på företaget, kontaktperson och telefonnummer i sitt anbud. Qvalitetspoolen har informerat sina referenser om att dessa kommer att kontaktas av kommunen, även om det inte anges i förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna ansvarar för detta och det därmed inte åligger anbudsgivarna någon skyldighet att göra detta. Mot bakgrund av att detta ansvar inte nämns i förfrågningsunderlaget framstår kommunens hantering av referenstagningen som än mer anmärkningsvärd. Enligt Qvalitetspoolen är kommunens val att tillmäta referenser en så stor betydelse i upphandlingen något som ålägger kommunen en extra stor skyldighet att hantera referenstag-

ningen i enlighet med LOU. Detta inte enbart med hänsyn till den enskilde anbudsgivarens intresse att tilldelas kontrakt i upphandlingen, utan även med hänsyn till samtliga i upphandlingen medverkande kommuner som är ansvariga för att barn och deras föräldrar tillgodoses den bästa möjliga kvaliteten och kompetens. Det är mot denna bakgrund anmärkningsvärt att kommunen inte tillser att kommunens beslut vilar på ett korrekt underlag. Kommunen har hanterat referenstagningen på ett mycket nonchalant sätt gentemot såväl anbudsgivaren som den som skall nyttja den upphandlade tjänsten. Kvalitetspoolen erhöll den näst högsta poängen, 83 poäng, avseende kvalitetskriteriet av samtliga anbudsgivare, trots att Kvalitetspoolens anbud endast poängsatts avseende två referenser. Då det framgick att Kvalitetspoolens anbud tilldelats mycket höga poäng, borde det ha legat i kommunens intresse att tillse att omdöme inhämtades från en tredje referens. Kommunen tycks dock inte ha varit fokuserad på att teckna avtal med de anbudsgivare som kunde erbjuda den högsta kvaliteten i upphandlingen. Kommunen har inte varit intresserad av att få in referenser i upphandlingen utan endast av att kunna ange att de kontaktat ett visst antal referenser. Referenstagningen skall syfta till att kommunen skall teckna avtal med de bäst lämpade anbudsgivarna, inte bara vara ett formellt moment som skall bockas av. Det är kommunens skyldighet att göra vad som står i kommunens makt för att få in tillräckligt antal referenser av dem som åberopats av respektive anbudsgivare. Kvalitetspoolen anser inte att kommunen genom att skicka e-post till sex av Kvalitetspoolens sju angivna referenser samt genom att påminna två av dessa, har uppfyllt kommunens åtagande vad gäller referenstagning.

Kvalitetspoolen har av misstag stavat fel i två av de angivna e-postadresserna. Detta är dock något som framgick för kommunen vid referenstagningen. Susanne Pettersson som är kontaktperson på kommunen avseende upphandlingen har bekräftat för Kvalitetspoolen att hon erhöll ett s.k. felmeddelande när hon skickade e-postmeddelandet till ger-

tud.foss@nacka.se. Vid meddelande till den angivna adressen ulla.forslund@pysslingen.se som skulle ha haft .com istället för .se på slutet, måste kommunen också ha nåtts av ett s.k. felmeddelande. Till sitt ytt-  
rande bifogar Qvalitetspoolen en bekräftelse från Ulla Forslund där det framgår att hon inte har kontaktats av kommunen via e-post eller telefon. Att kommunen vid vetskap om att Qvalitetspoolens referenser inte har nåtts av e-postmeddelandet inte väljer att kontakta de angivna personerna per telefon, kontakta den sjunde referensen eller kontakta Qvalitetspoolen och be om den korrekta adressen, är för Qvalitetspoolen obegripligt.

#### *Utvärdering av referenser*

Kommunen har vidtagit en felaktig utvärdering av Qvalitetspoolens anbud. Kommunen har genom denna felaktiga utvärdering agerat i strid med lika-  
behandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 4 § LOU.

Enligt punkt 2.6.4 i förfrågningsunderlaget är maxpoängen som kan tillde-  
las anbudsgivaren avseende kvalitetskriteriet referenser 40 poäng. För att få fram poängen som anbudsgivarna tilldelas avseende kvalitetskriteriet refe-  
renser har kommunen valt att addera de poäng som har tilldelats anbudsgi-  
varna vid referenstagningen och därefter dividera summan med antalet refe-  
renser, max tre. I Qvalitetspoolens fall har totalpoängen från två referenser dividerats med 3 trots att referenstagning endast skett av två referenser, vilket har givit en mycket felvisande poäng. För att få en rättvisande poäng skulle kommunen ha inhämtat ifyllda referensmallar från tre referenser och dividerat den totala poängsumman med tre referenser. Alternativt skulle kommunen, om man valde att endast inhämta ifyllda referensmallar från två referenser, ha dividerat totalpoängen med talet 2. Så har dock inte skett med följd att Qvalitetspoolen endast har erhållit 25 poäng  $((36+39)/3)$  avseende kvalitetskriteriet referenser.

Beräkningsgrunden i upphandlingen framgår inte av förfrågningsunderlaget vilket den ska och detta innebär en överträdelse av transparensprincipen. Qvalitetspoolen ställer sig frågande till hur kommunen avsett att hantera situationen för det fall kommunen hade erhållit svar från samtliga av Qvalitetspoolens referenser. Hade kommunen även då valt att dividera med siffran 3? Det faktum att kommunen, såsom anges i yttrande från kommunen, valt att även dividera andra anbudsgivares referenser med talet 3, rättfärdigar inte kommunens hantering av Qvalitetspoolens anbud. För det fall kommunen hade vidtagit en korrekt utvärdering av Qvalitetspoolens anbud hade Qvalitetspoolen erhållit högre totalpoäng, vilket lett till att Qvalitetspoolen antagits i upphandlingen avseende de fyra yrkeskategorier som Qvalitetspoolen inkommit med anbud för. Om kommunen hade dividerat Qvalitetspoolens poäng avseende referenser med antalet inhämtade referenser, dvs. två, hade summan 37,5 poäng erhållits. Det hade fått till följd att Qvalitetspoolen hade erhållit 95,5 poäng avseende kvalitetskriteriet istället för 83 poäng. Vilket utfallet hade blivit om referensmallar från tre referenser hade inhämtats kan inte med exakthet fastställas, men resultatet hade säkerligen blivit ungefär detsamma, dvs. cirka 37,5 poäng. I ansökan om överprövning bifogar Qvalitetspoolen en tabelluppställning över den felaktiga slutliga utvärderingspoäng som Qvalitetspoolen har erhållit i tilldelningsbeslutet och den slutliga utvärderingspoäng som Qvalitetspoolen skulle ha erhållit om kommunen hade delat den sammanlagda poängen avseende referenser med antalet inhämtade referenser, dvs. två. Vid en anbudsutvärdering enligt den bifogade tabelluppställningen skulle Qvalitetspoolen ha antagits som leverantör nr 2 avseende grundskollärare och som leverantör nr 3 avseende förskollärare, fritidspedagoger och barnskötare.

#### *Komplettering av anbud*

People har inkommit med otillåtna kompletteringar till sitt anbud. För det fall kompletteringarna ej hade beaktats skulle People ha erhållit en lägre poäng avseende kvalitetskriteriet inställetid. Genom att tillåta komplette-

ringarna har kommunen handlat i strid med 1 kap. 4 och 21 §§ samt 6 kap. 8 § LOU.

People inkom med anbud avseende kategorierna grundskollärare, förskollärare, barnskötare och fritidspedagoger. Av Peoples ifyllda anbudsformulär framgår vad gäller inställetiden bl.a. följande: "Vid oplanerad frånvaro för kategorierna grundskollärare, förskollärare, fritidspedagog, kan vår personal inställa sig inom 90 minuter från tidpunkt för beställning. Vid planerad frånvaro för kategorier gymnasielärare, grundskollärare och förskollärare kan vår personal normalt inställa sig inom 90 minuter från tidpunkt för beställning t.o.m. påföljande dag." I e-post skickad från kommunen till People den 19 november 2007, har kommunen frågat People om de även gällande barnskötare garanterar att de har personal på plats inom en tid som är kortare än kravnivån i förfrågningsunderlaget. People har svarat på e-postmeddelandet samma dag och därvid angivit att de: ". . . tappat bort både barnskötare (oplanerad frånvaro) och fritidspedagog och barnskötare (planerad frånvaro)." Vidare har People angivit följande: "Vid oplanerad frånvaro för kategorierna grundskollärare, förskollärare, fritidspedagog och barnskötare kan vår personal inställa sig inom 90 minuter från tidpunkt för beställning. Vid planerad frånvaro för kategorierna gymnasielärare, grundskollärare, förskollärare, fritidspedagog och barnskötare kan vår personal normal inställa sig inom 90 minuter från tidpunkt för beställning t.o.m. påföljande dag." People har erhållit maximal poäng, dvs. tio poäng, avseende kvalitetskriteriet inställetid.

Kommunens begäran om kompletterande uppgifter från People och Peoples kompletteringar får anses ha gått utöver vad som enligt 6 kap. 8 § LOU är tillåtet, nämligen att tidigare uppgifter endast konkretiseras och att något utbyte av uppgifter inte sker. Det har således inte varit försvarbart att begära in dessa uppgifter och beakta dessa. Skrivningen i anbudet täcker inte



barnskötare vid oplanerad frånvaro och fritidspedagog och barnskötare vid planerad frånvaro. Detta är en ändring av informationen. People har otvetydigt angivit för vilka kategorier de erbjuder och för vilka kategorier de inte erbjuder en kortare inställetid. Genom att såsom kommunen valt att göra, fråga People om de även garanterar inställetider avseende andra kategorier än de angivna, går kommunen utöver vad som enligt 6 kap. 8 § LOU är tillåtet.

Hade uppgifterna ej beaktats skulle anbudet från People ha erhållit noll poäng eller i vart fall lägre poäng avseende kvalitetskriteriet inställetid med följd att People hade fått en högre slutlig utvärderingspoäng. För det fall People hade tilldelats noll poäng avseende inställetid hade det vad gäller kategorierna grundskollärare och förskollärare medfört att Qvalitetspoolen hade rankats som leverantör nr 1 avseende grundskollärare och som leverantör nr 2 avseende förskollärare

#### *Skada*

Som framgår av det ovan anförda strider kommunens referensinhämtning och utvärdering av anbuden mot LOU. Qvalitetspoolen kan komma att lida skada enligt 7 kap. 2 § LOU eftersom det på goda skäl kan antas att Qvalitetspoolen vid en korrekt genomförd anbudsutvärdering skulle ha antagits som leverantör nr 1 avseende grundskollärare, som leverantör nr 2 avseende förskollärare och som leverantör nr 3 avseende fritidspedagog och barnskötare.

Det kan emellertid konstateras att det enligt rättspraxis inte krävs att konstaterade brister i upphandlingen faktiskt har medfört eller kan komma att medföra att sökanden inte vinner upphandlingen för att åtgärder enligt 7 kap. 2 § LOU skall komma ifråga, se bland annat Kammarrättens i Göteborg dom av den 26 april 2004 i mål nr 622-04. Kammarrätten i Stockholm

har i dom av den 25 november 2004 i mål 5351-04 anslutit sig till Kammarrättens i Göteborg bedömning av begreppet skada i 7 kap. 2 § LOU. Kammarrätten i Stockholm förordnande i nämnda dom att den upphandlande enheten skulle vidta rättelse i viss del av anbudsutvärderingen trots att rättelsen i sig ej skulle leda till att sökanden skulle komma att vinna upphandlingen.

Mot bakgrund av det ovan anförda anser Qvalitetspoolen att det står helt klart att Qvalitetspoolen kan komma att lida skada i den mening som avses i 7 kap. 2 § LOU.

**Kommunen** bestrider i sak Qvalitetspoolens ansökan om överprövning och yrkar avslag på densamma. Till stöd för sin talan anför kommunen bl.a. följande.

*Inhämtning av referenser*

Kommunen bestrider att hanteringen av referenstagningen strider mot transparens- och likabehandlingsprincipen. Det står klart och tydligt i punkt 4 i anbudsformuläret att anbudsgivaren skall fylla i uppgifter till tre referenser där e-post och telefonnummer skall framgå. Därmed bestrider kommunen att referenstagningen skulle ha genomförts i strid med vad som anges i underlaget och att kontakten således endast skulle ske per telefon. Enligt LOU skall en upphandlande enhet i förfrågningsunderlaget ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. En betygssättning har skett av angivna utvärderingskriterier efter angelägenhetsgrad med den viktigaste först i enlighet med 1 kap. 22 § LOU. I detta fall är det referenser som fått en stor betydelse i utvärderingen med hela 40 poäng av totalt 100 poäng. Detta ger en tydlig signal och markering för anbudsgivare som tänkt lämna anbud att detta kriterium kommer att få en stor betydelse i utvärderingen. Qvalitetspoolens ansvar för att informera de referenser som de vill använda i upp-

handlingen om betydelsen av att vara tillgängliga och svara på enkäten, är stort.

Qualitetspoolen lämnade in namn på sju referenser och uppfyllde därmed kravet att lämna tre referenser i enlighet med förfrågningsunderlaget. Kommunen valde att slumpmässigt göra utskick till sex av de angivna referenserna via e-post. I första omgången gjorde kommunen fyra e-post utskick. E-post skickades till följande personer: Gunilla Gustavsson, Eva Stensö, Ulla Forslund och Ulla Almegård. Av dessa inkom ett felmeddelande avseende Ulla Almegård, vilket Susanne Pettersson har bekräftat. Kommunen gick då vidare och gjorde utskick till Gertrud Foss och Anita Olsén. Av dessa inkom ett felmeddelande avseende Gertrud Foss. Samma dag skickade Susanne Pettersson ut påminnelser till Ulla Forslund och Eva Stensö. Det som kommer att vara av avgörande betydelse för varför kommunen inte tog ytterligare kontakt med andra av Qualitetspoolen angivna personer, var att Ulla Forslunds felaktigt angivna e-postadress inte kom tillbaka som ett felmeddelande. Kommunen har därmed haft den uppfattningen att av de fyra e-postmeddelanden som skickats ut, har endast två svar inkommit trots påminnelser.

Två utav de sex e-postadresser som angavs i Qualitetspoolens anbudsformulär var på grund av stavfel felaktigt angivna. Att Qualitetspoolen på grund av stavfel inte har gjort riktiga hänvisningar till sina angivna referenspersoner kan inte läggas Botkyrka kommun till last. Botkyrka kommun har trots att utskick gjorts till sex referenser även skickat påminnelser. Detta uppfyller Botkyrka kommuns åtagande i denna fråga.

Kommunen vill poängtera att det inte var angivet i förutsättningarna i förfrågningsunderlaget att kontakten endast skulle ske per telefon. Det står

klart och tydligt i anbudsformuläret att anbudsgivaren skall fylla i uppgifter till tre referenser där e-post och telefonnummer skall framgå. Därmed bestrider Botkyrka kommun att referenstagningen skulle ha genomförts i strid med vad som anges i förfrågningsunderlaget och att kontakten endast skulle ske per telefon.

*Utvärdering av referenser*

Kommunen har gjort en korrekt bedömning av anbuderna i enlighet med likbehandlingsprincipen och transparensprincipen. Bedömningar har gjorts på objektiva och affärsmässiga grunder och utan ovidkommande hänsyn.

Enligt punkt 2.6.4 i förfrågningsunderlaget ska referenstagning ske i enlighet med den referensmall som bifogats förfrågningsunderlaget. En bedömning ska sedan göras baserat på lämnade uppgifter i anbudet. För att få en korrekt uträkning av utvärderingskriteriet "referenser" har ett medelvärde räknats fram för samtliga deltagande. Uträkningen har grundat sig på tre referenser. Ett medelvärde har räknats fram genom att totalsumman av inkomna poäng divideras med talet 3. Denna uträkning har använts på samtliga deltagande i upphandlingen och inte bara slumpmässigt för vissa anbudsgivare. Det saknas grund för bedömningen att hanteringen vid utvärderingen inte uppfyller kraven i 1 kap. 4 § LOU. Även om förfrågningsunderlaget inte varit helt optimalt utformat hade det varit otänkbart att göra utvärderingen på annat sätt än kommunen gjort i förevarande fall.

Om kommunen hade genomfört en utvärdering som grundat sig på Qualityspoolens uträkning, dvs. att totalsumman av inkomna poäng divideras med två istället för tre som kommunen har angett i förutsättningarna, skulle kommunen ha frångått ställda krav i underlaget vilket strider mot likbehandlingsprincipen och affärsmässighetskravet i LOU. Enligt affärsmässighetsbegreppet i LOU skall angivna förutsättningar som utformas i förfråg-

ningsunderlaget grunda sig på förutsägbarhet och öppenhet samt likabehandling. Mot bakgrund av detta anser inte kommunen att man brutit mot några principer då man gjort en likadan och korrekt uträkning för alla som deltagit i upphandlingen. Kommunen anför vidare att de invändningar mot upphandlingen som Qvalitetspoolen har anfört inte visar att tilldelningsbeslutet är felaktigt. De antaganden och beräkningar som anförts vilar på alltför godtyckliga och lösa resonemang.

*Komplettering av anbud*

Kommunen bestrider att People skulle ha särbehandlats genom att ha fått komplettera sitt anbud med nya fakta som väsentligen ändrat innehållet i anbudet, det vill säga en otillåten komplettering. De förtydliganden som gjorts har endast avsett tidigare uppgifter. En konkretisering har endast skett av tidigare uppgifter och inget utbyte av uppgifter har därmed skett.

I den aktuella upphandlingen har kvalitetskriterium inställetid en viktning på 10 poäng av 100 poäng totalt. Den betygssättning som kvalitetskriterium inställetid har i relation till andra kvalitetskriterium är inte lika stor och därmed inte av den stora betydelse som kriteriet referenser. People har i anbudsformuläret angivit att de uppfyller ställda krav angående inställetid och att de kan leverera en kortare inställetid än kravnivån. Då uppräkningskriterier av de kategorier som People lämnat anbud på har varit tydliga och konsekvent har kommunen gjort bedömningen att detta gäller för samtliga kategorier som People lämnat anbud på. Mot denna bakgrund begärde kommunen ett förtydligande från People i enlighet med 6 kap. 8 § LOU. Kommunen har gjort bedömningen att detta förtydligande inte innebär en förändring av den ursprungliga informationen. Det har varit fråga om ett förtydligande som ligger inom ramen för vad som kan godtas vid offentlig upphandling.

Även om kommunen räknar bort det förtydligande som skett i Peoples fall skulle det inte påverka Qvalitetspoolens rangordning. Om länsrätten mot all förmodan skulle göra en annan bedömning på denna punkt för förtydligandet gällande People, blir inte utgången 0 i poängsättning för samtliga offererade kategorier som Qvalitetspoolen vill göra gällande, utan endast för kategorierna barnskötare och fritidspedagog. Om det inte hade gjorts något förtydligande och People erhållit 0 poäng istället för 10 poäng för kategorierna barnskötare och fritidspedagog, skulle People ha fått 86,5 kvalitetspoäng av max 100 poäng. People hade då hamnat på plats 2 och Qvalitetspoolen på plats 5 i upphandlingen för kategorin barnskötare. People hade vidare hamnat på plats 1 och Qvalitetspoolen på plats 5 i upphandlingen för kategorin fritidspedagog. Det kan noteras att skillnaden i rangordning för People endast blir marginell och att det inte blir någon skillnad vad gäller Qvalitetspoolens placering. Qvalitetspoolen hamnar på plats 2 istället för plats 1 i rangordningen. För Qvalitetspoolen innebär detta att de fortfarande, trots en rättelse, ligger på plats 5 i rangordningen. Inom kategorin fritidspedagog blir det ingen förändring. Om People erhållit noll poäng hade det därför inte förändrat Qvalitetspoolens placering i rangordningen.

Det finns särskild anledning att påpeka att vad Qvalitetspoolen föreslår i sitt yttrande är att kommunen skulle ha jämfört deras anbud utifrån en fiktiv modell där resultatet skulle ha slagit fel för andra anbudsgivare i utvärderingen. Vid ett sådant agerande hade kommunen agerat i strid med LOU. Att vissa anbudsgivare av olika skäl endast haft två referenser som underlag i utvärderingen är inget som kommunen kan påverka. Kommunen skulle inte ha kunnat genomföra utvärderingen på annat sätt än de gjort i förevarande fall och utvärderingen har skett på ett affärsmässigt vis.

Skulle länsrätten trots allt finna att fel har begåtts i kommunens upphandling är felen inte av den arten att rätten skall ingripa mot upphandlingen. För det fall att länsrätten finner anledning att ingripa mot upphandlingen är det fullt tillräckligt att begränsa detta till den del av upphandlingen som avser utvärdering av People.

Länsrätten har den 9 januari 2008 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Enligt 1 kap. 21 § LOU får en upphandlande enhet medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningen att få lämna anbud. Enheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enheten får begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 17 och 18 §§.

I 1 kap. 22 § LOU stadgas följande. En upphandlande enhet skall anta anbudet

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Bestämmelsen i 1 kap. 22 § motsvarar den specialreglering som gäller vid bl.a. förenklad upphandling enligt 6 kap 12 § LOU.

Enligt 6 kap. 8 § LOU får en upphandlande enhet medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökan om att få lämna anbud. Enheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 7 kap. 1 § LOU gäller bl.a. att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställan till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Två av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna som skall efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om likabehandling samt transparens och öppenhet. Av likabehandlingsprincipen följer att förfrågningsunderlaget måste vara klart och tydligt för att ge alla samma förutsättningar. Av principen om transparens och öppenhet följer att för att kunna utnyttja de konkurrensmöjligheter som finns och för att det skall ske på lika villkor, krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag.

#### *Länsrättens bedömning*

Länsrätten har i målet att ta ställning till förfrågningsunderlagets utformning, kommunens inhämtande av referenser, kommunens utvärdering av referenser samt om kommunen utfört en otillåten komplettering.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 och 22 §§. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag skall vara så klart och tydligt utformat att en



leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell skall vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Grund för att ingripa mot en upphandling kan föreligga om den upphandlande enheten har åsidosatt kravet på affärsmässighet eller förbudet mot ovidkommande hänsyn i 1 kap. 4 § LOU eller någon av de uppräknade EG-rättsliga principerna och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 bl.a. uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör 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.

#### *Förfrågningsunderlagets utformning*

Qualitetspoolen har i målet bl.a. gjort gällande att anbudsgivarna med anledning av kommunens utformning av förfrågningsunderlaget måste kunna förlita sig på att referensupptagningen skulle komma att ske via telefon då det enligt punkt 2.6.2 i förfrågningsunderlaget framgår att telefonnummer ska anges till de åberopade referenserna men då det i samma punkt i förfrågningsunderlaget saknas uppgift om att e-postadresser skulle anges till referenserna. Qualitetspoolen har vidare anfört att det därför varit i strid med transparensprincipen att kontakta anbudsgivarna via e-post.

Av underlaget i målet framgår bl.a. följande. Enligt punkt 2.6.2 i förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare: ”Ange minst tre st referenter där man utfört liknande uppdrag under de tre senast åren. Ange namn på företaget, kontaktperson och telefonnummer (bilaga 1)”. I bilaga 1 till förfrågnings-

underlaget under punkt 4, Bedömning av kvalitetskriterier, framgår bl.a. att: ”bedömningen av kvalitetskriterier kommer att grundas på lämnade uppgifter i anbud och i detta anbudsformulär”. Därefter följer under samma punkt i anbudsformuläret en tabell med följande utformning:

<b>Referenser, ange minst tre stycken (se punkt 2.6.2 i fu<sup>1</sup>)</b> Genomförda uppdrag av likartad karaktär under de senaste tre åren, samt namn och telefonnummer till referenspersoner hos dessa uppdragsgivare. <b>Max 40 poäng</b>	
Företag:	
Namn på kontaktperson	
Telefonr.	
E-postadress:	
Typ av uppdrag	
*Uppgifterna i denna kolumn upprepas	

Länsrätten gör bedömningen att trots att förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat, då uppgift om e-postadress inte nämns i punkt 2.6.2, så måste det utifrån anbudsformulärets utformning i övrigt och hänvisningen till bilaga 1 ha framstått som klart för anbudsgivarna när de författade sina anbud att kommunen kunde komma att kontakta referenserna såväl via e-post som via telefon. Länsrätten finner i denna del att förfrågningsunderlaget inte är utformat i strid med LOU eller gemenskapsrättens transparensprincip.

#### *Inhämtande av referenser*

Länsrätten har i nästa steg att ta ställning till om kommunens inhämtande av referenser varit i strid med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Qualitetspoolen har anfört att så är fallet då Qualitetspoolens anbud inte har hanterats lika som övriga anbud i upphandlingen. Qualitetspoolen har bl.a. anfört att kommunen valt att kontakta Stjärnpoolens, Vikariepoolens och

BILDA:s referenser per telefon, påminna dem om referensupptagningen samt eftersöka e-postadresser i de fall där det inte fanns några e-postadresser angivna. Vidare har Qualitetspoolen anfört att Vikariepoolen uppgivit en felaktig e-postadress och att kommunen då valt att inhämta korrekt e-postadress per telefon. Qualitetspoolen ställer detta i relation till att kommunen, när den inte hade fått in tre underlag från Qualitetspoolens referenser, inte kontaktade Qualitetspoolens referenser per telefon, inte kontaktade den sjunde angivna referensen och inte heller kontaktade Qualitetspoolen för att få den korrekta e-postadressen.

Av likabehandlingsprincipen följer att alla leverantörer skall behandlas lika och ges så lika förutsättningar att delta i en upphandling som möjligt. Av underlaget i målet framgår att kommunen använt sig av olika tillvägagångssätt vid de kontakter som tagits med de av anbudsgivarna angivna referenserna. Länsrätten konstaterar att det tillvägagångssätt för att inhämta referenser som kommunen valt inte är optimalt i den bemärkelsen att anbudsgivarna faktiskt behandlats på olika sätt. Det blir därmed mer komplicerat att bedöma huruvida någon anbudsgivare blivit missgynnad vid referenstagningen än om kommunen exempelvis valt att ta kontakt med alla referenser per e-post och sedan skicka exakt lika många påminnelser till de olika anbudsgivarnas referenser. Den metod som använts öppnar upp för kontakter såväl per telefon som via e-post vilket medför att referenstagningen kan komma att genomföras olika.

I sitt anbud angav Qualitetspoolen sju referenser och uppfyllde därmed förfrågningsunderlagets skall-krav att ange minst tre referenser åt vilka man utfört liknande uppdrag. Kommunen kan inte anses ha haft skyldighet att skicka ut e-post till fler än tre referenser. Kommunen valde att skicka ut e-post till totalt sex utav de angivna sju referenserna och behandlade därmed Qualitetspoolen på ett fördelaktigt sätt i förhållande till anbudsgivare som enbart angivit tre referenser. Två utav de sex e-postmeddelandena kom inte

fram till mottagarna då Qvalitetspoolen angivit felaktiga e-postadresser till dessa mottagare. Av de fyra mottagare som kommunen skickade e-post till var det endast två som inkom med svar. Kommunen valde då att skicka ut en påminnelse till två mottagare som inte svarat. Trots påminnelsen inkom inte fler svar.

Länsrätten anser att det av förfrågningsunderlaget med önskvärd tydlighet framgår att referenstagningen var av stor vikt i upphandlingen då maxpoängen för denna var 40 poäng av totalt 100 poäng. Vikten av referenstagningarna måste därför ha stått klar för anbudsgivarna. Qvalitetspoolen har anfört att de informerat sina referenser om att de skulle komma att kontaktas av kommunen. Från ett anbudsgivarperspektiv är en sådan egen initierad aktivitet i det här hänseendet naturlig med hänsyn till den betydelse som referenserna fått i upphandlingen. Likaså är korrekta mailadresser ett måste för en fungerande kommunikation. Frånvaron av uppgifter i underlaget om hur anbudsgivarna kan gå till väga för att, utöver lämnade telefonnummer m.m., säkerställa kommunikationen mellan referenter och upphandlande enhet kan inte anses som en brist i underlaget. Grundprincipen i LOU är att den anbudsgivare som är mest lämpad för uppdraget skall vinna upphandlingen. Det finns emellertid gränser för hur långt en upphandlande enhet behöver gå för att efterforska vilken anbudsgivare som är mest lämpad för uppdraget. Detta gör sig särskilt gällande i situationer där anbudsgivaren inkommit med felaktiga uppgifter i anbudet. Qvalitetspoolens felaktiga referenshänvisningar kan inte läggas kommunen till last.

#### *Utvärdering av anbud*

Nästa fråga som länsrätten har att ta ställning till är kommunens utvärdering av referenser. För att få fram poängen som anbudsgivarna tilldelades avseende kvalitetskriteriet har kommunen valt att addera de poäng som har tilldelats anbudsgivarna vid referenstagningen och därefter dividera summan med antalet referenser. Trots att det endast kommit in svar från två av Qva-

litetspoolens referenser har kommunen dividerat poängsumman med talet 3 vilket enligt Qualitetspoolen är i strid med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen.

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i yttrande den 22 mars 2002 i regeringsrättens mål nr 300-2002 uttalat sig om utvärderingskriterier och utvärderingsmodeller. NOU anser att utvärderingskriterierna ska kunna värderas objektivt, eftersom de syftar till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller anbudet med det lägsta priset. I det fall mätmetodiken grundar sig på subjektiva bedömningar måste metodiken klargöras i förväg i sådan utsträckning att leverantören förstår vilka kriterier som väger tyngst. Regelverket kräver däremot inte att den exakta utvärderingsmodellen framgår av förfrågningsunderlaget.

Länsrätten konstaterar att den utvärderingsmodell som använts inte förtydligats optimalt. Det är inte närmare preciserat i förfrågningsunderlaget hur själva uträkningen av referenstagningen skulle göras. För att få ett poängmedelvärde för referenterna framstår det dock som naturligt att dividera talen med det antal referenter, d.v.s. tre, som efterfrågats i underlaget. Av materialet i målet framgår att kommunen varit konsekvent och gjort så också i de övriga fall där det endast inkommit två referenstagningar. Mot bakgrund av detta finner länsrätten i denna del att kommunens utvärdering av anbuderna inte varit i strid med LOU eller någon av de EG-rättsliga principerna.

Av Qualitetspoolen förordad modell skulle innebära att anbudsgivare som enbart inkommer med två referenstagningar, medförande att underlaget inte är av samma bredd, gynnas i förhållande till anbudsgivare som inkommer med tre referenstagningar.

*Komplettering av anbud*

Qualitetspoolen har avslutningsvis anfört att kommunens komplettering av Peoples uppgifter vad gäller kvalitetskriteriet inställelsetid i upphandlingen gått utöver vad som är tillåtet enligt 6 kap. 8 § LOU. Av underlaget i målet framgår att People i sitt anbudsformulär under rubriken "Allmänt om inställelsetid" uppgivit att de garanterar att kompetent personal för uppdraget finns tillgänglig inom en tid som är kortare än kravnivån enligt punkt 3.1.1 och 4.14 i förfrågningsunderlaget. Därefter har People under en rubrik benämnd "Lärförmedlarna erbjuder följande inställelsetider" angivit följande:

- Vid oplanerad frånvaro för kategorin gymnasielärare kan vår personal inställa sig inom 90 minuter från tidpunkt för beställning.
- Vid planerad frånvaro för kategorierna grundskolelärare, förskolelärare, fritidspedagog, kan vår personal inställa sig inom 90 minuter från tidpunkt för beställning.
- Vid planerad frånvaro för kategorier gymnasielärare, grundskolelärare och förskolelärare kan vår personal normalt inställa sig inom 90 minuter från tidpunkt för beställning t.o.m. påföljande dag.

Peoples anbud avser kategorierna grundskollärare, förskollärare, barnskötare och fritidspedagoger. Då kategorin barnskötare inte fanns med i uppräkningsöver oplanerad frånvaro och kategorierna fritidspedagog och barnskötare inte fanns med i uppräkningsöver planerad frånvaro i anbudsformuläret, kontaktade kommunen People och ställde följande fråga: "I anbudet på bilaga 1 sid 16 har ni angivit att ni garanterar att ni har personal på plats på en tid som är kortare än kravnivån i förfrågningsunderlaget. Min fråga är om det gäller även för kategorin barnskötare?". Svaret från People var att de tappat bort de uppräknade kategorierna i uppräkningsöver. People har efter kompletteringen erhållit maximal poäng, dvs. tio poäng avseende kvalitetskriteriet inställelsetid.

Länsrätten gör följande bedömning. Av Peoples formulering under rubriken ”Allmänt om inställetid” i anbudsformuläret framgår tydligt att People allmänt garanterar de krav för inställetid som ställts upp enligt punkt 3.1.1 och 4.14 i förfrågningsunderlaget och att detta gäller alla kategorier som de lämnat anbud på. Utrymme för någon annan tolkning finns enligt länsrättens mening inte och en komplettering gällande detta framstår som obehövlig. För övrigt kan ofullständigheten i uppräknandet av yrkeskategorier med hänsyn till vad People i övrigt angett i det här hänseendet ses som ett rent förbiseendefel. Därmed har People kvalificerat sig till en nivå som enligt kommunens förfrågningsunderlag är godkänd kvalitetsmässigt vad gäller inställetid. Vad som därefter återstår att göra vid utvärderingen av anbudet är en subjektiv poängbedömning av hur väl de angivna inställetiderna svarar mot de krav som kommunen har. Det är inte en uppgift för länsrätten att vid en överprövning av en upphandling pröva de subjektiva kriterier som ligger till grund för en upphandlande enhets slutsatser beträffande enskilda anbudsgivares kvalificering för uppdraget. Kommunen är i princip fri att göra denna bedömning. Kommunens utvärdering av Peoples anbud i denna del har inte inneburit ett åsidosättande av LOU. Det har därmed inte heller förelegat någon mot upphandlingsreglerna stridande komplettering.

Sammanfattningsvis finner länsrätten således att det med anledning av vad Qvalitetspoolen anfört i målet inte finns skäl att besluta om rättelse eller att upphandlingen skall göras om. Qvalitetspoolens ansökan om ingripande enligt LOU skall därför avslås.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Allan Johansson', with a long horizontal line extending to the right.

Allan Johansson

Rådman

Föredragande har varit Pontus Ockborn.





## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

