



**LÄNSRÄTTEN I  
VÄSTERNORRLANDS LÄN**

Länsrättsnotarien Y Gilbert

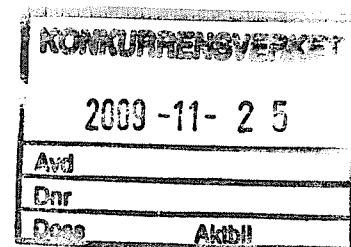
**DOM**  
2009-11-23  
Meddelad i  
Härnösand

Mål nr  
2142-09 E

**SÖKANDE**

Omsorgshuset i Stockholm AB, 556672-3267  
Prästgårdsgränd 2  
125 44 Älvsjö

Ombud: Advokaten Per-Olof Jönsson  
Gliavägen 71  
168 58 Bromma



**MOTPART**

Ånge kommun  
841 81 Ånge

**SAKEN**

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

**YRKANDEN M M**

Ånge kommun som genomför upphandling avseende personliga assistent-tjänster, ref.nr 2009/13, har i tilldelningsbeslut den 9 oktober 2009 meddelat att avtal kommer att tecknas med Frösunda LSS AB. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen genomförs som förenklad upphandling.

Omsorgshuset i Stockholm AB (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar, såsom bolaget slutligen utformat sin talan, att länsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så vis att utvärderingen görs om varvid punkten fem i förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier utgår eller ändras så att den inte innehållsmässigt återspeglar ett otillåtet krav. Vidare ska bolaget vid utvärderingen tilldelas tre poäng för redovisningen av utvärderingskriteriet nummer två i upphandlingsförfrågan. Slutligen yrkas att nytt tilldelningsbeslut fattas. Till grund för ansökan anför bolaget i huvudsak följande.

*Kriterium 5 angående kollektivavtal*

I punkten fem i utvärderingskriterierna anges att anbudsgivaren senast vid avtalets start bör ha tecknat kollektivavtal och att endast kollektivavtal

Dok.Id 57536

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314	Backgränd 9	0611-34 98 00	0611-34 98 10	måndag – fredag
871 27 Härnösand		E-post: lansrattenivasternorrland@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

mellan Kommunalarbetarförbundet och Vårdföretagarna beaktas. Bolaget har vid utvärderingen av detta kriterium tilldelats noll poäng då tillämpligt kollektivavtal för bolaget är kollektivavtalet mellan Arbetsgivarföreningen KFO och Svenska Kommunalarbetarförbundet. Övriga leverantörer har tilldelats tre poäng då dessa tillämpar gällande kollektivavtal mellan Vårdförbundet och Svenska Kommunalarbetarförbundet. Bolagets gällande kollektivavtal är likvärdigt med övriga leverantörers kollektivavtal. Det kan först noteras att kommunen har brutit mot sitt eget kriterium genom att redan vid utvärderingen tilldela och fränkänna anbudsgivare poäng trots att det aktuella kriteriet ger anbudsgivare möjlighet att teckna angivet kollektivavtal fram till att avtalet börjat löpa. Kommunen har också brutit mot svensk strafflag genom att söka inskränka vilka kollektivavtal som kan godtas. Detta står i strid med anbudsgivares handlingsfrihet, vilket innebär att föreningsfriheten sätts i fara. Bolaget kan inte acceptera att dess medlemskap i arbetsgivarföreningen KFO och därigenom gällande kollektivavtalsförhållanden ska ge bolaget sämre ställning vid utvärderingen. I Sverige råder avtalsfrihet mellan arbetstagarorganisationer och arbetsgivarorganisationer. Punkten fem i utvärderingskriterierna står således i strid med allmän svensk rätt.

Frågan om vad som får krävas i form av kollektivavtal har i gemenskapsrätten avhandlats i Europaparlamentets och rådets direktiv 96/71/EG den 16 december 1996 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster. Sverige saknar lagstiftning om sådant som avses i berörda delar av direktivet och det finns ingen mekanism i Sverige för att förklara kollektivavtal allmänt giltiga. Därigenom saknar den upphandlande myndigheten rättslig grund i vart fall för att ge ett specifikt kollektivavtal företräde framför ett annat. Kommunen kan inte anses ha någon särskild fördel eller nackdel av att kollektivavtal tecknats med en viss arbetsgivarorganisation. Kommunen har inte ens gjort gällande att det föreligger afärsmässiga skäl som skulle kunna motivera att kollektivavtal med viss

huvudorganisation främjas framför andra. Det är tveksamt om ett sådant utvärderingskriterium överhuvudtaget kan anses vara förenligt med LOU (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 28 mars 1995 i mål nr 1713-1995 och Länsrätten i Skåne läns dom den 2 juli 2009 i mål nr 5538-09).

Enligt praxis får sammanblandning mellan kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier inte förekomma. Det är således inte tillåtet att klä om otillåtna krav till utvärderingskriterier. Om de olika kollektivavtalen granskades till sitt innehåll skulle det framgå att det av KFO tecknade kollektivavtalet i många avseenden är mer ekonomiskt fördelaktigt för kommunen än andra inom det relevanta kollektivavtalsområdet. Mot denna bakgrund har kommunen åsidosatt principerna om likabehandling, transparens, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Det kan också utifrån gällande konkurrensrätt ifrågasättas om kommunens avsikt är att utifrån en monopolisk ståndpunkt begränsa inflytandet från andra kollektivavtalstecknande parter.

#### *Kriterium 2 angående tillgänglighet*

Enligt punkten två ska en anbudsgivare beskriva hur hög tillgänglighet ska uppnås där möjligheter till kontakt med verksamhetsansvarig person finns dygnet runt. I anbudsförfrågan förtydligas att beskrivningen poängsätts utifrån att brukaren aldrig får drabbas av uteblivna insatser eller svårigheter att vid behov kunna kontakta ansvariga hos assistansutföraren samt att särskild hänsyn ska tas till brukare med funktionshinder som medför kommunikationssvårigheter.

Mot bakgrund av att det kriterium som ska utvärderas är hur anbudsgivaren ska fungera i framtiden när avtal ska börja gälla är det oriktigt att bedöma uttalanden om framtiden som vaga, vilket kommunen gjort. Poängsättningen måste ske mot bakgrund av organisationens helhet och förmåga att se till att kravet kan efterlevas. Med hänsyn till att bolaget byggt upp en väl förgrenad organisation i Sverige med kontor på minst fem orter och med

service inom bl.a. hemtjänst, hemsjukvård, hushållsnära tjänster och personlig assistans borde det stå helt klart att bolaget har fullt tillräcklig kapacitet för att vid avtalets fullgörande helt leva upp till det ställda kravet. Bolaget ska därför tilldelas tre poäng i denna del. Vid en sammanställning av vad Frösunda respektive Omsorgshuset redovisat under denna punkt återfinns tydliga svar från Omsorgshuset på alla de punkter som direkt eller indirekt följer av vad som nämns i frågan och beskrivningen av utvärderingen. Svaren är så klara att de bör tillmätas fullt värde och inte lägre än Frösunda. Kommunen har här brutit mot principerna om transparens och likabehandling och har därigenom givit sig själv fri prövningsrätt. Bolaget åberopar till stöd för sitt påstående en egen sammanställning av anbuderna från Frösunda och Omsorgshuset i denna del.

Kommunen bestrider bolagets talan och anför i huvudsak följande.

*Kriterium 5 angående kollektivavtal*

Av förfrågningsunderlaget framgår klart och tydligt hur och på vilka grunder utvärderingen och poängsättningen av utvärderingskriteriet nummer fem skulle ske. Det måste således ha varit tydligt för varje anbudsgivare hur bedömningen skulle ske. Utvärderingen av detta kriterium har utförts enligt samma förutsättningar för samtliga anbudsgivare. Utvärderingen har således utförts enligt principen om transparens och likabehandling. Bolaget har i sin beskrivning angivit att om ytterligare tecknande krävs kommer bolaget att göra detta innan avtalet börjar löpa. Enligt anbudsförfrågan skulle avtalet börja gälla den 1 november 2009. Vid kontroll med KFO har det framkommit att en arbetsgivare inte kan vara ansluten till en annan arbetsgivarorganisation och därmed ansluten till annat kollektivavtal inom samma område och motpart samtidigt. Det kollektivavtal som bolaget åberopar gäller ända in på 2010. Det är således inte möjligt för bolaget att teckna ett annat kollektivavtal innan avtalet börjar löpa. Bolaget har således lämnat oriktiga uppgifter. Eftersom bolagets anbud inte uppfyllt kriteriet har bolaget tilldelats noll poäng enligt angivna förutsättningar. Kommunen har inte hindrat

bolaget att vara medlem i viss organisation eller att teckna visst kollektivavtal. Det kan noteras att utvärderingskriteriet nummer fem inte är något skalkrav. Bolaget har inte varit förhindrad att lämna anbud.

*Kriterium 2 angående tillgänglighet*

Vad gäller utvärderingskriteriet nummer två anges i anbudsförfrågan att anbudsgivarens beskrivning och förslag bedöms och poängsätts med noll - tre poäng utifrån kriterierna. Detta är exakt vad kommunen har gjort. Den information som bolaget åberopar i det aktuella målet finns inte med i beskrivningen avseende kriteriet nummer två. Bolaget har inte heller i sin beskrivning hänvisat till andra delar i anbudet där den information som nu åberopas skulle framgå. Att väga in annan information i utvärderingen hade inte varit förenligt med principerna om transparens och likabehandling. Syftet med det aktuella kriteriet är att kommunen ska få en så god och detaljerad bild som möjligt av hur anbudsgivare avser att uppnå en hög tillgänglighet. Den beskrivning som bolaget gett är något otydlig och vag. Generella beskrivningar av bolagets organisation, verksamhet och geografiska omfattning kan knappast anses förtydliga och precisera bilden av hur bolaget avser att uppfylla det aktuella kriteriet.

Bolaget påstår att om fullt antal poäng hade erhållits hade bolagets anbud varit det mest fördelaktiga varför det borde ha antagits. Detta stämmer inte. I sådant fall skulle det ha funnits två anbudsgivare som skulle ha fått samma antal poäng. Om anbudsgivare får samma totalpoäng avgör lotten vilken anbudsgivare som tilldelas kontraktet.

Länsrätten har den 26 oktober 2009 interimistiskt förordnat att kommunen tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

**DOMSKÄL**

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i

1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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 lagmotiven till denna bestämmelse framgår att de i bestämmelsen uppräknade gemenskapsrättsliga principerna återspeglar och säkerställer att den väl etablerade principen om affärsmässighet upprätthålls och att möjligheterna till konkurrens därmed tas till vara (prop.2006/07:128, s. 156-157).

Länsrätten gör följande bedömning.

Frågan som länsrätten har att pröva är om den aktuella upphandlingen genomförts i överensstämmelse med LOU och de grundläggande principer som ska genomsyra upphandlingsförfarandet.

#### *Kriterium 5 angående kollektivavtal*

Av utvärderingskriteriet nummer fem i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare senast vid avtalets start bör ha tecknat kollektivavtal och att endast kollektivavtal mellan Kommunalarbetsförbundet och Vårdföretagarna beaktas. Bolaget har bl.a. gjort gällande att detta krav innebär en överträdelse av principerna om likabehandling, transparens, icke-diskriminering, öppenhet, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Bolaget har också gjort gällande att kommunens förfaringssätt kan ifrågasättas utifrån konkurrenssynpunkt och att det aktuella utvärderingskriteriet innehållsmässigt återspeglar ett otillåtet krav. Kommunen har å sin sida bl.a. anfört att principerna om transparens och likabehandling iakttagits.

I denna del gör länsrätten följande bedömning. Frågan om vilka sociala krav som kan ställas vid offentlig upphandling är inte uttömmande exemplifierat i förarbetena till nuvarande LOU (prop. 2006/07:128 s. 201). Utredningen har konstaterat att det är svårt att med någon precision ange vilka sociala krav som är förenliga med gemenskapsrätten och hänvisar därför till avsnittet ”Särskilt om sociala hänsyn” i propositionen 2001/02:142 om ändringar i lagen om offentlig upphandling. I detta avsnitt anges att möjlighet att ställa sociala krav vid upphandling finns och att sociala hänsyn som utvärderingskriterium kan användas vid fastställande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i de fall sådana hänsyn medför en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten och som är kopplad till föremålet för upphandlingen (prop. 2001/02:142, s. 22). Frågan om huruvida en upphandlande myndighet får ställa krav på att anbudsgivare ska teckna kollektivavtal behandlas dock inte i nämnda avsnitt.

Frågan huruvida krav på kollektivavtal kan ställas har dock behandlats i förarbetena till lagen om valfrihetssystem (2008:962). I propositionen görs en hänvisning till en dom från EG-domstolen (dom den 3 april 2008 i mål nr C-346/06). Där framgår att rådets direktiv 96/71 om utstationering av arbetstagare i samband med tillhandahållande av tjänster utgör hinder för att en myndighet vidtar en åtgärd av lagstiftningskaraktär enligt vilken en upphandlande myndighet endast får anta anbud från företag som i sina anbud skriftligen åtar sig att betala sina arbetstagare minst den lön som fastställts i det kollektivavtal på den ort där tjänsterna tillhandahålls. Regeringen gjorde då bedömningen att det inte förelåg möjligheter att ställa krav på att leverantören skulle teckna kollektivavtal (prop. 2008/09:29 s. 77-78). Däremot kunde vissa i kollektivavtal förekommande krav ställas under förutsättning att dessa inte strider mot EG-rätten. Länsrätten i Skåne län har i dom i mål 5538-09 instämt i denna bedömning och funnit att upphandlande myndighet inte fick ställa krav att ”vårdgivaren har skyldighet att för anställda teckna kollektivavtal med berörda personalorganisationer.”

Kammarrätten i Stockholm har i en omtvistad dom den 28 mars 1995 i mål nr 1713-1995 funnit att skullkrav på kollektivavtal utgör ett sådant krav som missgynnar vissa leverantörer och att upphandling med hänsyn till principen om affärsmässighet och icke-diskriminering inte får genomföras utan ovidkommande hänsyn.

Som framgår av ovan redovisade förarbetsuttalanden kan sociala hänsyn användas som utvärderingskriterium för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta i de fall sådana hänsyn medför en ekonomisk fördel för den upphandlande enheten och är kopplad till föremålet för upphandlingen. Kommunen har inte anfört någon egentlig motivering till varför kommunen har uppställt kravet på detta kollektivavtal eller vilket syfte det har.

Länsrätten finner mot bakgrund av vad som framkommit i målet inte visat på vilket sätt kravet på kollektivavtal har något samband med föremålet för upphandlingen. Inte heller framkommer på vilket sätt kommunen därigenom tillgodogör sig en ekonomisk fördel som kan motiveras av syftet med upphandlingen. Därutöver finner länsrätten att vissa anbudsgivare, bl.a. bolaget, missgynnas av det aktuella utvärderingskriteriet eftersom vissa anbudsgivare från början inte haft möjlighet att konkurrera på samma villkor då de saknat rättslig möjlighet att teckna erfordrat kollektivavtal. Länsrätten finner således att det aktuella utvärderingskriteriet leder till en snedvriden konkurrens. Mot bakgrund härav finner länsrätten att det aktuella utvärderingskriteriet inte är förenligt med principerna om affärsmässighet och likabehandling som ska genomsyra upphandlingsförfarandet. Utvärderingskriteriet nummer fem gällande krav på kollektivavtal ska därför utgå.

#### *Kriterium 2 angående tillgänglighet*

Länsrätten har härefter att bedöma om utvärderingen av utvärderingskriteriet nummer två i förfrågningsunderlaget genomförts i enlighet med de



krav som följer av LOU. I denna del finner länsrätten i likhet med kommunen att det aktuella utvärderingskriteriet bedömts enligt angivna förutsättningar. Det har inte framkommit på vilket sätt utvärderingen i denna del skulle ha genomförts i strid med LOU och de principer som ska iakttas vid offentlig upphandling. Länsrätten finner således inte att det har framkommit skäl som motiverar en ändring i denna del.

*Fråga om skada*

Med hänsyn till de brister som utvärderingen innehåller kan bolaget komma att lida skada. Om kriterium 5 tas bort erhåller bolaget samma poängsumma som vinnande bolag och har därmed möjlighet att tilldelas upphandlingen vid lottning. Då bristerna i upphandlingsförfarandet endast kan hänföras till utvärderingen finner länsrätten att upphandlingen inte behöver göras om. Upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att utvärderingen görs om varvid utvärderingskriteriet nummer fem angående krav på kollektivavtal utgår. Därefter ska nytt tilldelningsbeslut fattas.

**DOMSLUT**

Länsrätten bestämmer att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett genom att utvärderingen görs om varvid utvärderingskriteriet nummer fem angående kollektivavtal ska utgå eller ändras så att den inte innehållsmässigt återspeglar ett otillåtet krav.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1C).



Kerstin Widmark



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

**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 uppge sitt namn, adress och telefonnummer.