



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 12

DOM
 2014-02-13
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 30812-13

SÖKANDE

AB OmsorgsCompagniet i Storstaden, 556731-5733
 Edövägen 2
 132 30 Saltsjö-Boo

MOTPART

Nacka kommun
 131 81 Nacka

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-02-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AB OmsorgsCompagniet i Storstadens ansökan om överprövning.

Dok.Id 444838

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Nacka kommun genomför en upphandling gällande fritidsgårdsverksamhet Orminge Dnr: FRN 2013/112. Tilldelningsbeslut i upphandlingen meddelades den 12 december 2013.

AB OmsorgsCompagniet i Storstaden (nedan bolaget) ansöker om överprövning och anför i huvudsak följande. Det går endast att mellan raderna läsa sig till att aktuell upphandling avser en verksamhetsövergång. Det finns ingenting som tydligt uttrycker och beskriver personal som ska följa med vid denna övergång. Man behandlar inte alla leverantörer på ett likvärdigt sätt utan ger en tydlig fördel till redan befintlig utförare av verksamheten som upphandlas. Enligt principen om likabehandling har Nacka kommun brutit i att ge alla leverantörer lika förutsättningar genom att inte ge andra leverantörer tillgång till information om antalet anställda, deras löner, arbetstider etc. avseende personal som ska följa med i en verksamhetsövergång. Enligt principen om transparens ska upphandlande myndighet ge anbudsgivare samma förutsättningar för anbudsgivning, anbudsunderlaget ska vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Så har inte skett i detta fall genom att Nacka kommun i sina underlag varit otydliga avseende personalens övergång till ny utförare. Enligt proportionalitetsprincipen ska krav som ställs vara rimliga och nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen. Om flera alternativ finns ska de som är minst belastande för leverantörerna användas. Kravet på att ta över personal i detta fall är inte rimligt då det är verksamheten i sig som är upphandlingens syfte.

I anbudets svarsbilaga gällande frågorna 1.4 – 1.6 blandas begreppen årsarbetare, heltidstjänster timanställda och veckoarbetstimmar, vilket ger otydliga svar från anbudsgivare och en icke transparens i bedömningen.

Bolaget ifrågasätter hur Nacka kommun har kunnat bedöma och poängsätta dessa svar på det sätt som man gjort.

Utvärderingen och viktningen är felaktigt utförd. Nacka kommun anger i anbudsutvärderingen att man för varje delområde räknat fram ett medelvärde. I de administrativa föreskrifterna nämns samma process, men då med ordet medeltal. Detta har gjorts men Nacka kommun har avrundat till hela poäng på ett sätt som man inte någonstans beskrivit att man kommer att göra.

Enligt Nacka kommuns utvärdering har bolagets anbud fått "ej svar" som bedömning på fråga referenser i anbudsutvärderingen. Bolaget har skickat in dessa tillsammans med övrig dokumentation i e-avrop.

Nacka kommun (kommunen) yrkar att bolagets ansökan avslås och anför i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts enligt förutsättningarna som finns beskrivna i förfrågningsunderlaget. De grundläggande principerna har i alla delar följts. Alla presumtiva anbudsgivare har haft samma förutsättningar att lämna anbud. Övergång av verksamhet är en fråga mellan de aktörer som berörs av EG-direktivet 77/87 EEG samt 98/50/EG. Detta är inte en fråga som kommunen har ansvar för. Inte heller att lämna uppgifter om nuvarande driftentreprenörs personalsammansättning, kön, ålder, lön eller sysselsättningsgrad och eventuella sjukskrivna och rehabiliteringsärenden. Kommunen har inte rätt till insyn i ett privat företags interna angelägenheter. Det kan dessutom betraktas som en affärshemlighet. Det är inte heller säkert att det är övergång av verksamhet, utan det prövas av berörda fackliga organisationer och vinnande anbudsgivare när upphandlingen är klar och någon tilldelas kontraktet. Dessutom har den berörda personalen inte heller någon skyldighet att gå över till ny arbetsgivare utan det är ett fritt val för den enskilde som berörs om det blir en ny aktör som ska driva fritidsgården. För att vara behjälpliga har kommunen ändå infor-

merat om bemanningen på de kommunala fritidsgårdarna i egen regi. Det är dock inget kvitto på bemanningen hos den nuvarande driftentreprenören. Anbudsgivarna ska enligt förfrågningsunderlaget i anbudet kunna garantera en bemanning som uppfyller ställda krav i kravspecifikationen punkt 5.1, 5.2 och 5.3 oavsett om det är övergång eller inte. Det går alltså inte att bara hänvisa till den personal som finns hos den befintliga driftentreprenören. Bolaget har också i svarsbilaga fritidsgård offererat den organisation och bemanning som kommunen har efterfrågat och i utvärderingsmatrisen erhållit samma vikt som nuvarande driftentreprenör.

Kommunen anser inte att underlaget är otydligt. Om bolaget ansett att underlaget är otydligt hade det kunnat ställa en fråga under anbudstiden. Oavsett vilken modell som väljs så påverkar det inte resultatet mellan anbudsgivarna. Vid helvärde blir till och med skillnaden mellan vinnande anbudsgivare och bolaget ännu större till vinnande anbudsgivares fördel. Kommunen har inte angett att bolaget inte lämnat referenser. Kommunen har till bolagets angivna referenser skickat blankett referensomdöme där två referenser inte svarat alls och den som svarat har skrivit en text som inte har bäring på de ställda frågorna. Dessutom är det så att om bolaget skulle fått full vikt på referenserna så förändrar det inget när det gäller vinnande anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grundval av det som bolaget anfört finns grund för att ingripa mot upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU.

Varken LOU eller EU-rätten innehåller några formkrav på hur ett förfrågningsunderlag eller en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Av EU-domstolens praxis framgår att förfrågningsunderlaget ska vara utformat så

att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Upphandlande myndigheter har stor frihet att välja vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas och vilken relativ vikt valda tilldelningskriterier ska tillmätas, så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En utvärderingsmodell som inte möjliggör för anbudsgivarna att utläsa hur utvärderingen ska gå till och som medför att det lämnas utrymme för godtycke är således inte förenlig med de grundläggande principerna i LOU.

Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget får anses vara tillräckligt klart vad gäller frågan om verksamhetsövergång för att en anbudsgivare med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Vidare finner rätten att frågan om en eventuell verksamhetsövergång inte kan anses vara en omständighet som ger nuvarande utövare en otillbörlig fördel i upphandlingen. Bolaget har inte heller genom sin ansökan i övrigt visat att Nacka kommun har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Därmed saknas skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1a LOU).

Madeleine Benndorf
Rådman

Marie Englund har föredragit målet.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nå för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.