



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**

Anna Blomgren

DOM
2010-03-11
Meddelad i
Falun

Mål nr
1006-10 E
Rotel 2

SÖKANDE

KraftAverk AB, 556681-8679
Nedre Tjärna 26
780 41 Gagnef

Ombud: Jur.kand. Jenny Lindgren
c/o Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

Ombud: Advokat Hugo Norlén
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

Gagnefs kommun
Box 1
780 41 Gagnef

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen avseende dygnetruntvård, behandling, utredning och stödboende (dnr 12/2009) ska göras om i den del som avser vuxna missbrukare.

KONKURRENSVÄRDE	
2010-03-12	
Ans	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 297

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Bakgrund

Gagnef kommun har i samverkan med nio andra kommuner i Dalarnas län genomfört en upphandling avseende dygnetruntvård, behandling, utredning och stödboende för vuxna samt för barn och unga (dnr 12/2009). Av tilldelningsbeslut den 25 november 2009 framgår att KraftAverk AB (nedan bolaget) inte har tilldelats upphandlingen.

Målet kom inte till Länsrätten i Dalarnas län och fick målnummer 3370-09. Sedan Länsrätten i Dalarnas län och Länsrätten i Gävleborgs län slagits samman den 15 februari 2010 till Förvaltningsrätten i Falun har målet fått målnummer 1006-10.

Länsrätten i Dalarnas län har den 4 december 2009 intermistiskt förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan målet avgjorts slutligen. I ett nytt intermistiskt beslut den 12 januari 2010 beslutade länsrätten att upphandlingen inte får avslutas i den del som avser vuxna innan målet har avgjorts slutligt.

Yrkanden m.m.

Bolaget begär överprövning av upphandlingen i den del som avser vuxna och yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska avslutas först efter att rättelse har skett. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin ansökan. Kommunen har i strid med LOU underlåtit att beakta kompetensen för en av bolagets anställda, Urban Caris. Vidare har kommunen tilldelat bolaget för låga poäng vid utvärderingen av bolagets anbud avseende kriterierna ”*Personalens kompetens och erfarenhet*” samt ”*Bedömning av anbudsgivarens behandlingsmodell*”. Bolaget borde rätteligen ha tilldelats minst ytterligare 2,5 poäng i utvärderingen och borde även ha tilldelats upphandlingen. Kommunen har felaktigt gett bolaget poängavdrag på den grunden

att bolaget inte klart uppgett att de följer de Nationella riktlinjerna. Bolaget följer dock de Nationella riktlinjerna och kommunens poängavdrag är felaktigt. Bolaget anser, för det fall förvaltningsrätten inte anser att rättelse ska ske, att kommunen har blandat ihop urvalsfasen och tilldelningsfasen i strid med LOU. Detta har skett genom att kommunen har poängsatt anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget (urvalskriterier) istället för den upphandlande tjänsten (tilldelningskriterier). Om rätten inte anser att kommunen har blandat ihop urvalsfasen och tilldelningsfasen anför bolaget att förfrågningsunderlaget är bristfälligt och strider mot principerna om transparens och förutsägbarhet. Kommunen har inte tillräcklig tydlig angivit hur kriteriet "*Personalens kompetens och erfarenhet*" skulle utvärderas. Kommunen har inte närmare angivit vilken betydelse som de Nationella riktlinjerna för missbruks- och beroendevård har vid utvärderingen av kriteriet "*Bedömning av anbudsgivarens behandlingsmodell*". Den oförutsägbarhet som bristerna innebär har medfört att bolagets anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om hur personalens kompetens och erfarenhet samt hur arbete efter de Nationella riktlinjerna för missbruks- och beroendevård skulle utvärderas. Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för bolaget.

Gagnef kommun yrkar att bolagets ansökan avslås och anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Anbudet från bolaget inkom sista anbudsdag, vilken var den 28 september 2009. Anbudsöppningen pågick fram till den 1 oktober 2010. I bolagets anbud stod Rolf Rönnegård som föreståndare för behandlingshemmet. Under utvärderingsarbetet framkom uppgifter om att Rolf Rönnegård slutat sin anställning hos bolaget den 30 september 2009. En fråga till bolaget om varför namngiven föreståndare inte fanns kvar samt om övriga namngivna personer var anställda i företaget skickades per mail. Kommunen bedömde att svaret inte var så tydligt att man från kommunen kunde nå full klarhet om bolaget klarade kraven i 11 kap. 2 § LOU, vad gäller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Trots denna brist i an-

bud och lämnat svar avvaktade kommunen med ett diskvalificeringsbeslut och påbörjade den slutliga anbudsutvärderingen med anbudet från bolaget som en del i detta arbete. Utvärderingen utmynnade i ett resultat som innebär att bolaget inte skulle erbjudas ett ramavtal, varför frågan om diskvalificering inte längre upplevdes som relevant. Efter tilldelningsbeslutet har dock ytterligare information nått kommunen som inneburit att bolaget borde ha diskvalificerats. Förhållandet att bolaget till länsstyrelsen inte meddelat avsaknaden av föreståndare förstärker skälen till ett sådant beslut. Meritförteckningen avseende Lisbeth Björk som ny föreståndare inkom den 30 november 2009, vilket tidsmässigt också är för sent. Vid kontroll med länsstyrelsen fanns den 10 december 2009 ännu inget tillstånd avseende ny föreståndare för bolaget. Sammantaget innebär detta att bolaget inte kan uppvisa ett skaderekvisit. Förfrågningsunderlaget i sin helhet och utvärderingsarbetet klarar väl de principer för offentlig upphandling som återfinns i 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget har i genmäle bl.a. uppgett följande. Det är korrekt att föreståndaren Rolf Rönnegårds anställning upphörde den 30 september. Vid ansökningstillfället den 29 september 2009 var han dock fortfarande anställd hos bolaget. Bolaget har därmed inte lämnat några felaktiga uppgifter i sitt anbud. Inte heller efter anbudstillfället har bolaget lämnat felaktiga uppgifter utan har sanningsenligt besvarat kommunens frågor samt lämnat uppgift om när man planerade att tillsätta en ny föreståndare. Någon skyldighet för bolaget att inkomma med information och förklaring till varför föreståndaren hade lämnat sin anställning hos bolaget eller om anmälan inkommit till länsstyrelsen förelåg inte. Under hela den aktuella perioden har bolaget innehavt tillstånd att bedriva HVB-hem enligt socialtjänstlagen (2001:453). Att bolaget under viss tid saknat föreståndare har inte föranlett någon åtgärd från länsstyrelsens sida. I bedömningen om det är fråga om väsentliga uppgifter borde rimligtvis ligga ett krav på att det är uppgifter som kan föranleda åtgärder från tillsynsmyndigheterna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser att Gagnefs kommun har blandat samman de s.k. kvalificerings- och utvärderingsfaserna när den genomfört upphandlingen. Anbudsutvärderingen har därför påverkats av ovidkommande hänsyn, vilket medför att den strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU. Förvaltningsrätten bedömer också att bolaget till följd av detta förhållande kan komma att lida skada. Eftersom bristerna hänför sig till upphandlingens konkurrensutsättande skede, ska upphandlingen göras om.

Sammanblandning av kvalificerings- och tilldelningsfasen

Bolaget har gjort gällande att kommunen genom att poängsätta anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget (personalens kompetens, utbildning, erfarenhet m.m.) istället för den upphandlade tjänsten har blandat ihop kvalificerings- och tilldelningsfasen.

Upphandlande myndigheter ska 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 (1 kap. 9 § LOU).

Av förfrågningsunderlaget framgår att vid utvärderingen ska bl.a. personalens kompetens och erfarenhet beaktas och detta kan ge 1-20 poäng (s. 9 i förfrågningsunderlaget). Under avsnitt 2.4 Bemanning och kompetens i kravspecifikationen för vuxna framgår att ”All personal som arbetar med klienter **skall** inneha utbildning i offererad behandlingsmetod/metoder.” Vidare framgår att ”Utföraren **skall** redogöra för företagets ledning och personal. Utföraren **skall** särskilt beskriva personalens kompetens och hur Utföraren har kapacitet att genomföra vad som anges i kravspecifikationen.” Av anbudsformuläret framgår vilka uppgifter som kommer att an-

vändas för kvalificering av leverantörer respektive vilka uppgifter som kommer att användas för utvärdering av kvaliteten.

Kontrollen av anbudsgivarens lämplighet och tilldelning av kontraktet är två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. De kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga kan följaktligen inte anses utgöra tilldelningskriterier. Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet ifråga kan inte anses utgöra utvärderingskriterier. (se bl.a. C-199/07 ERGA och mål C-532/06 Liankis).

I utvärderingen har kommunen beaktat personalens kompetens och erfarenhet. Dessa kriterier hänför sig till anbudsgivarens kvalifikationer. Vid anbudsutvärdering har kommunen således beaktat uppgifter som utgör urvalskriterier och förfarandet har i detta avseende stridit mot 1 kap. 9 LOU.

Skaderekvisitet

För att brister i upphandlingen ska medföra åtgärder i form av beslut om rättelse eller att en upphandling ska göras om, förutsätts att bristerna medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 2 § LOU).

Avsaknaden av föreståndare

Gagnefs kommun har gjort gällande att oavsett om kommunen agerat i strid mot LOU, så har bolaget inte riskerat att lida skada eftersom bolaget rätteligen borde diskvalificeras då det saknat föreståndare under en viss period.

Av utredningen i målet framgår att bolaget har angett Rolf Rönnegård som föreståndare för behandlingshemmet när anbudet lämnades den 28 septem-

ber 2009. Emellertid har det kommit fram att Rolf Rönnegård avslutade sin anställning som föreståndare den 30 september 2009. Meritförteckning för den nya föreståndaren, som enligt bolaget tillsattes i mitten av november 2009, kom till kommunen den 30 november 2009, dvs. efter det att tilldelningsbeslutet fattats.

Frågan är om den omständigheten att bolaget i sitt anbud uppgett en föreståndare som slutade sin anställning två dagar senare och att bolaget utelämnat detta i sitt anbud medförde att kommunen hade möjlighet att utesluta bolaget från upphandlingen. Kommunen har gjort gällande att bolaget rätteligen skulle ha uteslutits från upphandlingen då bolaget har gjort sig skyldigt till allvarligt fel i yrkesutövningen samt att bolaget i väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som kan begäras med stöd av denna lag (10 kap. 2 § första stycket 4 och 6 p LOU).

Det är kommunen som ska visa att avsaknaden av föreståndare kan medföra uteslutning med stöd av de angivna punkterna. Bestämmelsen i 10 kap. 2 § första stycket 6 p LOU begränsar sig till uppgifter som har ”begärts med stöd av denne bestämmelse”. Bestämmelsen avser att implementera art. 45.2g i Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster men är felimplementerad. Art. 45.2g hänvisar till ”den information som kan begäras enligt detta avsnitt”, vilket avser avsnitt 2 i direktivet, dvs. uppgift enligt artiklarna 45-52 i direktivet. Denna diskvalifikationsgrund är i själva verket betydligt bredare än vad som framgår av lagtexten (se Falk Jan-Erik; Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, s. 300). Enligt förvaltningsrättens mening bör således begärd uppgift omfattas av bestämmelserna.

Kammarrätten uttalade bl.a. följande avseende 10 kap. 2 § första stycket 4 p LOU. Med hänsyn till de konsekvenser en tillämpning av bestämmelsen får för en anbudsgivare bör bestämmelsen tillämpas restriktivt och endast om det klart visat att anbudsgivaren gjort sig skyldig till allvarliga fel i yrkesutövningen (se Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2010 i mål nr 4442-09). Enligt förvaltningsrättens mening bör även 6 p i ovan nämnda bestämmelse tillämpas med restriktivitet.

Bolaget har inte i samband med anbudslämnandet upplyst kommunen om att den föreståndaren man angett skulle sluta sin anställning två dagar senare och att det ännu inte fanns någon ny föreståndare till behandlingshemmet. Att det finns en namngiven föreståndare är en förutsättning för att tillstånd att bedriva behandlingshem ska lämnas (jmf 4 kap. 1 § 6 p socialtjänstförordningen [2001:937]). Bolaget har anfört att man inte hade vetskap om att den dåvarande föreståndarens anställning skulle upphöra. Förvaltningsrätten anser det dock vara mindre troligt att bolaget skulle sakna den vetskapen två dagar innan anställningen upphörde. Emellertid har detta inte föranlett några åtgärder från länsstyrelsens sida, trots att länsstyrelsen haft vetskap om förhållandena. Bolaget har också lämnat upplysningar kring föreståndaren då bolaget ombads förtydliga vilka som var anställda. Mot den bakgrunden och då bestämmelserna bör tillämpas med restriktivitet anser förvaltningsrätten att kommunen inte har förmått visa att bolaget har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen eller att bolaget i väsentligt hänseende kan anses ha utelämnat uppgifter på sådant sätt att de hade kunnat uteslutas från upphandlingen.

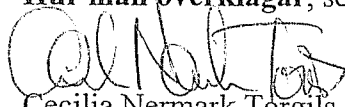
Skaderekvisitet i övrigt

Enligt förvaltningsrättens mening har sammanblandningen av kvalificerings- och utvärderingsfasen medfört att bolaget i vart fall kunnat komma att lida skada. Vid sådant förhållande ska beslutas om åtgärder enligt LOU.

Åtgärd

De brister som förvaltningsrätten konstaterat hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Vid sådant förhållande kan bristerna inte rättas på annat sätt än att upphandlingen görs om i den del som avser dygnetruntvård, behandling, utredning och stödboende för vuxna missbrukare.

Hur man överklagar, se bilaga (Dv 3109/1c).


Cecilia Nermark Torgils
rådman

