



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

DOM
2010-07-02
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
2409-10 E

SÖKANDE

Nordanalys i Östersund AB, 556511-9517
Box 9
831 21 Östersund

MOTPART

Östersunds kommun
831 82 Östersund

SAKEN

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

KONKURREREN	
2010 -07- 0 5	
Avd	
Dnr	
Dosa	Arkiv

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Förvaltningsrätten avslår Nordanalys i Östersund AB:s ansökan om åtgärd enligt LOU.
2. Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet den 3 maj 2010.

Dok.Id 6317

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314	Backgränd 9	0611 - 34 98 00	0611 - 34 98 10	måndag – fredag
871 27 Härnösand		E-post: forvaltningsrattenharnosand@dom.se		08:00-15:00

BAKGRUND

Östersunds kommun (kommunen) har inlett upphandling av tjänst i form av medarbetarundersökning (referensnummer 2009-235). Upphandlingen har genomförts inom ramarna för förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU.

I förfrågningsunderlaget, daterat den 15 januari 2010, anges bland annat följande.

1 Bakgrund

Undersökningen utgör en del i beställarens systematiska arbetsmiljöarbete och syftet med medarbetarundersökningen är att beställarens enheter ska ha ett gemensamt mätinstrument som stöd för att utveckla attraktiva hälsofrämjande arbetsplatser som kännetecknas av engagerat ledarskap, medarbetarinflytande och aktivt arbetsmiljöarbete. Målet är även att kunna göra jämförelser med andra myndigheter och organisationer. Anbuden ska lämnas på hela omfattningen.

1.1 Omfattning

Beställaren har cirka 4700 medarbetare fördelat på sju förvaltningar [...].

I kravspecifikationen (anbudsformuläret), vilken ingår i förfrågningsunderlaget, anges bland annat följande.

1.2. Erfarenhet och referenser

Leverantören **ska** ha erforderlig kunskap om kommunal verksamhet och politiskt styrda organisationer, samt erfarenhet från uppdrag av liknande art, volym och omfattning.

1.2.1 Referensdatabas

För att få relevans i jämförelser med ett Nöjd medarbetarindex **ska** leverantör ha tillgång till en referensdatabas, där minst ett av referensuppdragen **ska** vara mot en offentlig mottagare av likvärdig storlek som beställaren.

2.2 Basenkät

Leverantören **ska** i anbudet ge förslag på och utforma en basenkät och resultatrapport. Basenkäten **ska** mäta och analysera medarbetarnas attityder inom följande kategorier:

- Bakgrundsuppgifter
- Fysisk arbetsmiljö
- Samverkan/delaktighet
- Personlig utveckling
- Arbetsklimat
- Arbetstillfredsställelse
- Psykosocial arbetsmiljö
- Hälsa och säkerhet
- Ledarskap

Vidare anges närmare uppgifter om tjänstens omfattning under avsnittet 2.1 i kravspecifikationen, däribland att tjänsten omfattar utformning av basenkät i pappers- och webbformat (den första punkten), sammanställning, bearbetning och analys av data (sjunde punkten), samt efter avrop stöd och konsultation vid uppföljning och utveckling av enkät (nionde punkten).

Anbud inkom från flera anbudsgivare, bland annat från Nordanalys i Östersund AB (bolaget). Genom tilldelningsbeslut den 26 april 2010 beslutade kommunen att anta en annan anbudsgivare än bolaget som leverantör. Vidare angavs att bland annat bolaget inte uppfyllt samtliga de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Bolagets anbud hade därför inte gått vidare till utvärdering. Som skäl härför angavs bland annat följande. Förutom krav på kapacitet och kompetens skulle leverantören ha erfarenhet från att ha genomfört uppdrag av liknande art, omfattning och volym. Det vill säga att leverantören skulle ha genomfört medarbetarundersökningar i storleksordningen ca 4 500 respondenter och varit ansvarig för hela undersökningsprocessen. Uppdraget skulle också ha genomförts mot minst en offentlig mottagare av likvärdig storlek som kommunen. Ett av kraven som ställts på utförandet var att leverantören skulle bifoga ett eget förslag på basenkät. Bolaget och ytterligare en

anbudsgivare bedömdes varken ha uppfyllt kraven på erfarenhet eller ha bifogat ett eget förslag på en basenkät.

Förvaltningsrätten har genom interimistiskt beslut den 3 maj 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker i förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen och yrkar att rätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Bolaget har diskvalificerats att gå vidare till utvärdering på osakliga grunder. Bolaget har tidigare varit leverantör till kommunen när det gäller medarbetarundersökningar, senast under perioden den 15 februari 2006 – den 14 februari 2010. Inför 2009 gjordes tillsammans med kommunen kompletteringar av förfrågningsformuläret, resulterande i ett ”nöjd-medarbetar-index” i syfte att kunna jämföra resultat med andra organisationer. Efter detta genomfördes en undersökning under mars-april 2009 för Serviceförvaltningen i sin helhet. I början av 2010 beställde kommunen en ny medarbetarundersökning för Serviceförvaltningen, vilken genomfördes under mars-april 2010. Det tidigare avtalet mellan bolaget och kommunen är att jämställa med uppdrag av ”liknande art”. De moment som omfattas av avtalet innebär att bolaget för kommunens räkning i sin helhet har genomfört uppdrag som resulterat i en komplett genomförd medarbetarundersökning för hela kommunen. Kommunen har i samband med genomförandet ansvarat för interndistribution av enkäter. Av vad som anges under avsnitt 2.1 i anbudsformuläret framgår att den enda skillnaden är att det tidigare avtalet inte omfattade den första punkten.

Bolagets anbud innehåller förslag på basenkät, varför bolaget lämnat förslag på en basenkät enligt anbudsfrågan. Bolaget har i sin roll som tidigare leverantör av tjänster till kommunen, och med hänsyn till att

upphandlingsunderlaget är otydligt/ofullständigt, blivit vilselett och därför inte givits möjlighet att lämna förslag på samma villkor som övriga anbudslämnare. Bolaget har mot bakgrund av sitt tidigare avtal med kommunen inte funnit anledning att lämna ett helt nytt förslag på enkät/frågeformulär. Särskilt med beaktande av att kommunen avsett använda aktuellt formulär i en medarbetarundersökning för hela organisationen 2009. Det faktum att kommunen har haft önskemål om att frångå sitt tidigare undersökningsverktyg borde ha framgått av anbudsfrågan. Då hade bolaget haft möjlighet att lämna ett nytt förslag på en sådan enkät innefattande uppgifter om utformning, resultat- och rapporthantering samt prissättning. Vad kommunen anfört om att basenkäten i allt väsentligt är en enkät som tagits fram tillsammans med Arbetsmiljöinstitutet stämmer. Bolaget har dock varit delaktigt i processen. Kommunen har i förvaltningsrätten anfört att bolaget inte har tillgång till en relevant referensdatabas. Detta krav är uppfyllt genom vad som redogjorts för i bolagets anbud. Det kan konstateras att detta skäl för att inte låta bolagets anbud gå vidare till utvärderingsfasen inte anförts i tilldelningsbeslutet utan tillkommit i efterhand. Prövningen ska göras utifrån de skäl som angetts i detta beslut.

Kommunen bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Bolagets anbud har diskvalificerats på sakliga grunder. Det saknas vidare grund för att anse förfrågningsunderlaget vara otydligt eller ofullständigt. Mellan den 15 februari 2006 och den 14 februari 2010 förelåg ett avtal mellan bolaget och kommunen. Bolaget gör gällande att avtalet avsåg medarbetarundersökningar. Avtalet avsåg dock bearbetningen av enkäter och tryckning av pappersenkäter, optisk skanning och bearbetning av sådana enkäter till användning i resultatrapporter. Bolaget har för kommunens räkning inte genomfört hela undersökningsprocessen. Kraven på leverantören och tjänsten är tydligt beskrivna i punkterna 1 och 2 i anbudsformuläret. Leverantören ska som

ett led i kvalificeringen visa att bolaget har ett undersökningsverktyg som möjliggör jämförelse med andra myndigheter och organisationer och att bolaget har tillgång till en referensdatabas. För att få relevans i jämförelserna ska minst ett referensuppdrag vara mot en offentlig mottagare av likvärdig storlek som kommunen. Kravet på referensdatabas framgår av punkt 1.2.1 i anbudsformuläret. Av punkt 2.1 i anbudsformuläret framgår att utöver utformning av en basenkät ska utföraren genomföra analyser av data samt fungera som stöd vid uppföljning av resultat, sjunde och nionde punkterna. Det framgår därför av förfrågningsunderlaget att upphandlingen är av en annan och mer omfattande karaktär än det uppdrag som det tidigare avtalet mellan kommunen och bolaget omfattade. Bolaget har genom sitt anbud inte visat att det har kapacitet, kompetens och erfarenhet från uppdrag av liknande art, volym och omfattning. Bolaget har inte tillgång till en relevant referensdatabas varför bolaget inte kan göra någon jämförelse mot andra organisationer.

Bolaget har inte uppfyllt kravet i förfrågningsunderlaget, punkten 2.2 i anbudsformuläret, att ge förslag på och utforma en basenkät. Det kan understrykas att basenkäten är en viktig del av undersökningsprocessen och utgör en stor del av den upphandlande tjänsten. Om kommunen hade haft för avsikt att fortsätta använda sitt eget framtagna undersökningsverktyg hade upphandlingen inte behövt omfatta de uppdrag som den nu gör, utan snarare haft en omfattning motsvarande den upphandling som genomfördes 2006. Den basenkät som bolaget bifogat till sitt anbud är en organisationsdiagnos som tagits fram 2003 av kommunens personalavdelning i samarbete med Arbetsmiljöinstitutet, dvs. före det att något avtal funnits mellan bolaget och kommunen. Därefter har kommunens personalavdelning utvecklat basenkäten. Det gäller t.ex. det tillägg av nöjd-medarbetarfrågor som gjordes 2009.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Kraven under 1.2

I målet är inledningsvis av intresse att pröva huruvida bolagets anbud är förenligt med de krav som angetts i förfrågningsunderlagets kravspecifikation under avsnitten 1.2 och 1.2.1.

Vad först gäller kraven under avsnitt 1.2 i förfrågningsunderlagets kravspecifikation så är närmast av intresse att pröva om bolagets anbud kan anses uppfylla kravet på ”erfarenhet från uppdrag av liknande art, volym och omfattning” eller inte. Kravet torde få tolkas mot bakgrund av vad som framkommer under avsnitten 1 och 1.1 i förfrågningsunderlaget och 2.1 i den tillhörande kravspecifikationen.

Bolaget har i denna del anfört att det tidigare utfört uppdrag för kommunens räkning, och därvid genomfört uppdrag som resulterat i medarbetarundersökningar för hela kommunen, medan kommunen inväntat att bolaget inte genomfört hela undersökningsprocessen samt att bolagets tidigare uppdrag avsåg annat än genomförande av

medarbetarundersökningar och att uppdraget varit av en mindre omfattning än den tjänst som upphandlingen avser.

Med hänsyn till vad som framkommit i målet, och med särskilt beaktande av vad som framkommit om omfattning av det tidigare avtal som funnits mellan bolaget och kommunen, finner förvaltningsrätten att bolaget inte visat att dess anbud är förenligt med det aktuella kravet på erfarenhet från tidigare uppdrag. I sammanhanget kan noteras, och som kommunen påtalat, att bolaget utifrån det tidigare avtalet inte ensamt utfört medarbetarundersökningar för kommunens räkning, utan endast tillhandahållit vissa tjänster som ett led i undersökningarna. Såvitt framkommit har bolaget inte heller levererat tjänster i samband med undersökningar vilka avsett att resultera i vad som betecknats som "Nöjd medarbetarindex" för kommunens hela organisation, utan endast för en av kommunens sju förvaltningar.

Vid sådant förhållande, och då fråga är om ett skall-krav, har kommunen haft fog för att inte låta bolagets anbud gå vidare till upphandlingens utvärderingsfas. Det är följaktligen inte visat att kommunen brutit mot någon bestämmelse i LOU, eller att bolaget lidit eller kan komma att lida skada, genom vad som påtalats i denna del.

Kravet under 1.2.1

Vad gäller kravet under under avsnitt 1.2.1 i förfrågningsunderlagets kravspecifikation så är av intresse att avgöra huruvida bolaget har tillgång till en referensdatabas vilken innefattar minst ett uppdrag utfört för en offentlig uppdragsgivare av likvärdig storlek som kommunen.

Bolaget har å sin sida anfört att bolagets anbud uppfyller det aktuella kravet och att omständigheten, att bolaget inte uppfyller kravet, åberopats av kommunen först i förvaltningsrätten. Då omständigheten inte angetts i

tilldelningsbeslutet görs gällande att den inte kan bli föremål för prövning i målet. Kommunen har å sin sida anfört att bolaget saknar referensdatabas och inte kan göra någon jämförelse mot andra organisationer.

Förvaltningsrätten konstaterar för egen del att kommunen har beslutat att inte låta bolagets anbud gå vidare till upphandlingens utvärderingsfas. Som skäl för detta har i tilldelningsbeslutet bland annat angetts att bolaget inte uppfyllde de krav på erfarenhet som uppställdes i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening torde vad kommunen påtalat om att bolaget saknar en referensdatabas kunna hänföras till det skälet. Normalt har även en förvaltningsmyndighet möjlighet att komplettera skälen för sitt ställningstagande i samband med en process i överinstans. Detta torde även gälla för upphandlande myndigheter i mål enligt LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). Mot den bakgrunden kan den av kommunen åberopade omständigheten att bolaget saknar referensdatabas bli föremål för prövning i målet.

Vidare kan konstateras att formuleringen av det aktuella kravet medför att väsentligt för bedömningen är uppdragsgivarens storlek. Åtminstone en uppdragsgivare ska vara av likvärdig storlek som kommunen. Bolaget har i sitt anbud angett att det har en begränsad egen referensdatabas. Såvitt framkommit har den största uppdragsgivaren 500 anställda. Vid sådant förhållande får kommunen anses ha haft fog för att inte låta bolagets anbud gå vidare till upphandlingens utvärderingsfas. Vad bolaget angett i sitt anbud att tillgång finns till omfattande referensvärden via internet, innefattande bland annat uppgifter avseende flera kommuner, föranleder ingen annan bedömning. Det är följaktligen inte visat att kommunen brutit mot någon bestämmelse i LOU, eller att bolaget lidit eller kan komma att lida skada, genom vad som påtalats i denna del.

Kraven under 2.2

Slutligen är även av intresse att pröva huruvida bolagets anbud är förenligt med de krav som angetts i förfrågningsunderlagets kravspecifikation under avsnitt 2.2, m.m.

Bolaget har i denna del anfört att bolagets anbud innehåller förslag på en basenkät samt vidare att förfrågningsunderlaget varit otydligt då bolaget vilseletts av detta och kommunen inte tydligt angett att en önskan funnits om att frångå tidigare framtagen basenkät. Kommunen har i tilldelningsbeslutet och i förvaltningsrätten anfört att bolagets anbud inte innefattar ett förslag på en egen basenkät, utan istället innehåller en enkät som framarbetats av kommunens personalavdelning. Vidare har kommunen bestritt att förfrågningsunderlaget skulle vara otydligt.

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att formuleringen av de aktuella kraven inte kan tolkas på så sätt att en anbudsgivares anbud ska innefatta en enkät som tagits fram av anbudsgivaren själv. Utifrån ordalydelsen kan endast krävas att anbudet innehåller ett förslag på en basenkät och att detta förslag avser att mäta vissa kategorier av uppgifter. I målet har inte framkommit annat än att det förslag på basenkät som bolagets anbud innefattar uppfyller de aktuella kraven. Bolagets anbud är således förenligt med de nu aktuella kraven. Vad kommunen påtalat i denna del föranleder ingen annan bedömning.

Kommunen får genom att ha beaktat att bolagets anbud inte innefattat något eget förslag på basenkät vid kvalificeringsfasen anses ha brutit mot principen om likabehandling av leverantörer i 1 kap. 9 § LOU. Däremot kan kommunen inte anses ha brutit mot transparensprincipen, då de aktuella kraven får anses vara tillräckligt tydligt formulerade.

Även om kommunen mot bakgrund av vad som anförts ovan kan anses ha brutit mot 1 kap. 9 § LOU är ett tillkommande krav för beslut om åtgärd med stöd av lagen att bolaget därigenom lidit eller kan komma att lida skada. Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att det inte är visat att bolaget lidit eller kan komma att lida skada, genom vad som påtalats i detta avseende. Förutsättning saknas därmed för att besluta om åtgärd enligt LOU.

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



Geir Nördqvist



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 vartill 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 om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 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.