

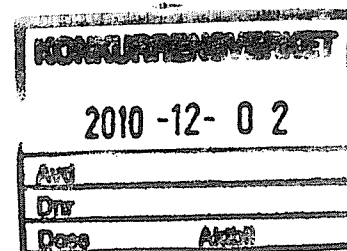


FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Anna Aktermo

DOM
2010 -11- 29
Meddelad i
Malmö

Sida 1 (9)

Mål nr
13777-10 E, 13809-10 E,
13810-10 E



SÖKANDE

Stiftelsen Lydiagården, 842001-2042
Lydiagården
243 93 Höör

Ombud: Advokaterna Anders Boquist och Niklas Hansson
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPARTER

1. Region Skåne Mål nr 13777-10E
291 89 Kristianstad

2. Landstinget Blekinge Mål nr 13809-10E
371 81 Karlskrona

3. Landstinget Kronoberg Mål nr 13810-10E
351 88 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 37057

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Region Skåne, Landstinget Blekinge och Landstinget Kronoberg upphandlar gemensamt, genom förenklat förfarande enligt LOU, psykosocial rehabilitering för patienter med tumörsjukdomar. De upphandlande myndigheterna har beslutat att tilldela Spenshult AB kontrakt.

Stiftelsen Lydiagården ansöker om överprövning av upphandlingarna och yrkar att dessa ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av Lydiagårdens anbud.

Region Skåne, Landstinget Blekinge och Landstinget Kronoberg motsätter sig bifall till Stiftelsen Lydiagårdens talan.

Förvaltningsrätten har den 22 oktober 2010 beslutat att upphandlingarna inte får avslutas intill dess att annat beslutats.

DOMSKÄL

Relevanta rättsliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Därvid gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Relevanta delar av förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets Kravspecifikation (D) anges under punkten 2 att leverantören ska kunna erbjuda närstående möjlighet att delta i rehabiliteringsprogrammet. Under punkten 10 anges vidare att när det gäller rehabiliteringsprogrammen ska anbudsgivaren beskriva möjligheter för närstående att följa med patienter samt dygnspris; detta utvärderas inte.

I avsnitt B punkten 3 i förfrågningsunderlaget anges att prövning av anbud ska ske i fyra steg. Steg tre är följande. ”Prövning av om anbudet uppfyller de ställda ska-kraven på tjänsten enligt D Kravspecifikationen. Anbud som inte uppfyller samtliga ställda ska-krav kommer att uteslutas.”

Utveckling av parternas talan

Stiftelsen Lydiagården:

Stiftelsen Lydiagårdens anbud har inte utvärderats med hänvisning till att anbudet inte uppfyller samtliga s.k. ska-krav. Som stöd för förkastandet har följande angetts. ”Ert anbud gick inte vidare till utvärdering då skall-krav avseende punkten 10 Pris i D. Kravspecifikation inte var uppfyllt. Dygnspris för närstående som följer med patienter framgår inte av Ert anbud.”

Det s.k. ska-krav som åsyftas framgår av punkten 10 i ”Kravspecifikationen”, bilaga D till förfrågningsunderlaget. Sista meningen i denna punkt har följande lydelse. ”När det gäller rehabiliteringsprogrammen ska anbudsgivaren beskriva möjligheter för närstående att följa med patienter samt dygnspris, detta utvärderas inte”. Stiftelsen Lydiagården har i sitt an-

bud beskrivit möjligheterna för närstående att följa med patienter. Grunden för att förkasta anbudet är dessutom att dygnspris för detta inte lämnats och någon annan grund kan följaktligen inte åberopas av upphandlande myndigheter. Någon prisuppgift har inte lämnats då Stiftelsen Lydiagården inte haft för avsikt att ta betalt för medföljande närstående.

Kraven som upphandlande myndigheter ställer måste vara relevanta för den efterfrågade tjänsten och i övrigt överensstämma med reglerna i LOU och bakomliggande EU-rättsliga principer. Krav på en tjänst kan antingen vara av s.k. minimikaraktär, t.ex. utförande av tjänsten i visst avseende ska uppnå visst minimiresultat, eller krav som ska utvärderas. De upphandlande myndigheterna har ställt krav på angivande av prisuppgift som inte ska utvärderas. Den efterfrågade prisuppgiften kan inte heller anses vara ett s.k. minimikrav, eftersom prisuppgiften kan vara 0 kr. Den efterfrågade uppgiften saknar således relevans för den tjänst som upphandlas. Upphandlingarnas omfattning framgår av punkten 1 i Kravspecifikationen. Stiftelsen Lydiagårdens anbud uppfyller ställda krav på omfattningen av den tjänst som upphandlas.

Avsnitt B och C i förfrågningsunderlaget hänvisar uttryckligen till ”utförande av tjänsten” respektive ”ska-kraven på tjänsten”. De upphandlande myndigheterna kan följaktligen inte utesluta Stiftelsen Lydiagården med hänvisning till dessa bestämmelser.

Det enda syftet med den prisuppgift som efterfrågas är att lämna en upplysning till de upphandlande myndigheterna. Detta syfte uppnås enklast genom att ställa frågan till anbudsgivaren, vilket också hade varit i överensstämmelse med proportionalitetsprincipen som innebär att ställda krav ska vara relevanta, sakligt motiverade, hänförliga till föremålet för upphandlingen och stå i rimlig proportion till det som upphandlas och syftet med kravet. Kravet på angivande av prisuppgift saknar betydelse både för

tjänsternas utförande och för utvärderingen och står i strid med proportionalitetsprincipen. Kravet är således otillåtet och får under inga som helst omständigheter ligga till grund för ett förkastande av Stiftelsen Lydiagårdens anbud.

Region Skåne, Landstinget Blekinge och Landstinget Kronoberg:

Gällande rätt utgör självklart inte hinder mot att i upphandlingar uppställa s.k. ska-krav avseende ingivande av beskrivningar och uppgifter av relevans för den upphandlade tjänsten. I kravspecifikationen punkt 10 under rubriken "Pris" anges följande. "När det gäller rehabiliteringsprogrammen ska anbudsgivaren beskriva möjligheter för närstående att följa med patienter samt dygnspris, detta utvärderas inte".

Detta ska-krav åtföljs av en ruta i vilken anbudsgivaren förväntas ange huruvida denne accepterar i avsnittet ställda krav samt med angivande av efterfrågad beskrivning och prisuppgift. Stiftelsen Lydiagården har i sitt anbud i den aktuella svarsrutan endast angivit följande text. "Vi accepterar den reviderade svarsmodell som skickats ut från Er. Prismallen bifogas med begärda uppgifter". I prismallen anges dock inte dessa efterfrågade uppgifter. Efterfrågat dygnspris är inte en uppgift om vad tjänsten kostar Landstingen – och som därför utvärderas – utan en uppgift om vilket dygnspris som ska betalas av den enskilde närstående som medföljer patient.

Av förfrågningsunderlaget framgår klart och tydligt vad som gäller för dessa svarsrutor. Förutom tydliga imperativ direkt i svarsrutorna och texten i respektive avsnitt anges följande i förfrågningsunderlagets avsnitt C punkt 6: "Redovisning av kraven och efterfrågade uppgifter gällande utförandet av tjänsten i avsnitt D Kravspecifikation. Anbudsgivaren svarar direkt i de angivna svarsrutorna. Där acceptans krävs av anbudsgivaren skall anbudsgivaren tydligt ange att kraven accepteras." Att konsekvensen av

ofullständiga svar är att anbud utesluts framgår på ett flertal ställen i förfrågningsunderlaget, bl.a. i avsnitt B punkt 3 i vilken anges följande.

”Prövning av om anbuden uppfyller de ställda ska-kraven på tjänsten enligt D Kravspecifikation. Anbud som inte uppfyller samtliga ställda ska-krav kommer att uteslutas.”

Landstingen har synnerligen noggrant sökt Stiftelsen Lydiagårdens samtliga anbudshandlingar men dessvärre kunnat konstatera att något svar inte angetts på det aktuella ska-kravet. Ingenstans i anbudet framgår den efterfrågade uppgiften om dygnspris för närstående. Inte heller finns någonstans en beskrivning av möjligheten för närstående att medfölja patienter. Den enda ytterst ofullständiga information som finns i detta avseende är Stiftelsen Lydiagårdens svar på kravspecifikationens punkt 9 ”Inkvartering och kost”. Här anger Stiftelsen Lydiagården när de beskriver patientens rum att ”...tolv av dessa rum har extrabädd för närstående...”. Kravet i punkt 10 är dock till för att Landstingen ska få en sammantagen beskrivning av närståendes möjlighet att följa med patienter samt med angivande av kostnad för detta. Kravet avser således de närståendes hela situation med uppgift om vad för slags möjligheter de erbjuds med bl.a. inkvartering, logi och kost. Den information som ges i Stiftelse Lydiagårdens anbud om extrasäng ger inte patienten och dennes närstående på långt när tillräcklig information för att de ska kunna bedöma om närstående kan, bör eller vill, och har råd, att medfölja på en femdagars heldygnsvistelse långt från hemorten.

Stiftelsen Lydiagården har i sin begäran om överprövning gjort gällande att stiftelsen inte haft för avsikt att ta betalt för närstående. Inte heller denna uppgift har gått att finna i anbudet och måste därför närmast betraktas som en efterhandskonstruktion. Eftersom Stiftelsen Lydiagården inte uppfyllt det ställda ska-kravet har landstingen gjort rätt som uteslutit dess anbud.

Det krav som Stiftelsen Lydiagården inte har uppfyllt har ett naturligt samband med den upphandlade tjänsten. Kravet har varit nödvändigt och lämpligt med hänsyn till kravets syfte. För berörda patienter, som i många fall är svårt sjuka i cancer med kvarstående tumörer, finns ofta ett stort behov av att kunna ha sina anhöriga/närstående vid sin sida. Landstingen erinrar om att det i upphandlingarna är fråga om *psykosocial* rehabilitering av patienter med kvarstående cancersjukdom som i många fall svävar i ovisshet i essentiella och existentiella frågor. Landstingets läkare, som i dialog med patienten remitterar denne till behandling i aktuella rehabiliteringsprogram, förutsätts kunna besvara frågor om vilka möjligheter som ges för närstående. Frågorna gäller då om de närstående överhuvudtaget kan eller får medfölja och om de får tillgång till mat, rum m.m. och även vad detta kommer att kosta de närstående. Av det sagda framgår att det aktuella kravet är såväl nödvändigt som proportionerligt.

Förvaltningsrättens bedömning

Stiftelsen Lydiagårdens anbud gick inte vidare till utvärdering med följande motivering. *"Skall-krav avseende punkten 10 Pris i D. Kravspecifikation var inte uppfyllt. Dygnspris för närstående som följer med patienter framgår inte av Ert anbud."*

Det är ostridigt att Stiftelsen Lydiagården inte lämnat någon uppgift om dygnspris för närstående som följer med patienter.

En upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma vilka krav som ställs i dess upphandlingar, under förutsättning att kraven är förenliga med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna.

Enligt förfrågningsunderlaget ska leverantören kunna erbjuda närstående möjlighet att delta i rehabiliteringsprogrammet, dvs. den erbjudna tjänsten

ska omfatta detta. Att ställa krav på att anbudsgivarna beskriver möjligheterna är givetvis ett bra sätt att försäkra sig om att anbudsgivarna faktiskt uppfyller kravet och har alltså ett direkt samband med den tjänst som upphandlas. Detsamma kan sägas om de upphandlande myndigheternas krav på att anbudsgivarna ska ange dygnspris för närstående som följer med patienter. Även den uppgiften har ett naturligt samband med den tjänst som upphandlas och en tydlig koppling till kravet på att närstående ska ha möjlighet att delta.

Att ställa krav på att anbudsgivarna lämnar nämnda uppgifter i sitt anbud måste därmed anses vara ett acceptabelt sätt att få in desamma. Trots att det finns alternativa sätt att ta in uppgifterna kan det inte anses strida mot proportionalitetsprincipen att kräva att uppgiften lämnas i anbudet, särskilt då detta inte kan anses mer betungande för en anbudsgivare än att lämna uppgiften på annat sätt.

Mot bakgrund av formuleringen av det aktuella kravet och dess placering i förfrågningsunderlaget – Kravspecifikationen – samt vad som anges om anbudsprövningen i underlaget, måste det anses tillräckligt tydligt för anbudsgivarna att det rör sig om ett sådant obligatoriskt krav som måste vara uppfyllt för att de ska kvalificera sig till utvärderingen i upphandlingarna.

Eftersom Stiftelsen Lydiagården inte uppfyllt kravet i fråga har de upphandlande myndigheterna således haft fog för att utesluta stiftelsen från utvärderingen. Vad stiftelsen anfört utgör således inte skäl för ingripande enligt LOU.

Särskild upplysning

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 22 oktober 2010 upphör att gälla i och med denna dom. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av domen inte prövas efter det att tio dagar gått från domens meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan interimistiskt beslutat att upphandlingen inte får avslutas. Detta gäller även om domen överklagas inom den anvisade tiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Peder Liljeqvist