



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2015 -07- 09
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2471-15

| | |
|-------------------------|---------------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2015 -07- 10 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

SÖKANDE

CMA Research AB, 556525-4256
 Ågatan 31
 582 22 Linköping

MOTPART

Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår CMA Research AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 260447

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

BAKGRUND

Region Skåne genomför en upphandling av Medarbetarundersökning (dnr 1400168). Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av tilldelningsbeslut med tillhörande upphandlingsrapport den 2 mars 2015 framgår att annan anbudsgivare än CMA Research AB (nedan CMA) har tilldelats kontraktet. Det framgår vidare att CMA:s anbud uteslutits ur upphandlingen med motiveringen att CMA inte bedömdes uppfylla följande punkter i förfrågningsunderlaget:

- *Punkt 2.2.1.3, Trender och tendenser utvalda mätområden.* Anbudsgivaren har inte visat hur den erbjudna medarbetarundersökningen innebär att Region Skånes behov av att kvalitativt se trender och tendenser för mätområdena ledarskap respektive det sammanlagda NMI-värdet är tillgodosett.
- *Punkt 2.2.1.4, Erbjuden enkät.* Anbudsgivaren har inte erbjudit en enkät med efterfrågad information till medarbetaren om arbetsplats och anonymitet.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

CMA ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om. CMA anför i huvudsak följande. CMA anser att Region Skåne har frångått förfrågningsunderlagets ska-krav vid prövning av inlämnade anbud. CMA lider skada eftersom Region Skåne tilldelat kontraktet till ett annat företag som på felaktiga grunder kvalificerats som vinnande anbud.

Till stöd för sin ansökan anför CMA bl.a. följande. Beträffande *punkt 2.2.1.3, Trender och tendenser utvalda mätområden*, har CMA angivit att

man accepterar kraven så som de är ställda. CMA har även beskrivit att bolaget har alternativa lösningar och accepterar att kraven kommer att uppfyllas. CMA anser att den i anbudet givna beskrivningen uppfyller kravet och att behovet av att kvalitativt se trender och tendenser för mätområdena ledarskap respektive det sammanlagda NMI-värdet är tillgodosett. Specifika krav på hur beskrivningen ska göras saknas och det enda uttalade kravet är att anbudsgivaren ska acceptera kravet. Eftersom detta är en otydlighet i förfrågningsunderlaget innebär det att upphandlingen ska göras om.

Vad avser *punkt 2.2.1.4, Erbjuden enkät*, finns det i förfrågningsunderlaget ett antal krav på den efterfrågade enkäten. Därutöver anges att leverantören ska bifoga erbjuden enkät till anbudet och en fråga ställs om anbudsgivaren accepterar ovanstående krav. CMA har diskvalificerats eftersom CMA inte har erbjudit en enkät med efterfrågad information till medarbetarna om arbetsplats och anonymitet. CMA anser att flera av kraven i den aktuella punkten inte kan bedömas genom att en enkät bifogas anbudet. Detta gäller exempelvis kraven på att erbjuden enkät ska vara webbaserad och sparas automatiskt så att inte hela enkäten behöver fyllas i igen ifall medarbetaren måste avbryta ifyllandet, samt kraven på att frågorna i enkäten ska vara vetenskapligt validerade, kunna kompletteras med SKL:s frågor angående Hållbart medarbetarengagemang (HME) utöver leverantörens och kunna kompletteras med regionala-/förvaltningsunika frågor utöver leverantörens. Vidare anges att informationens slutliga innehåll och utformning fastställs i dialog med beställaren. Hur kravet att medarbetare ska informeras om arbetsplats och anonymitet ska uppfyllas kan alltså inte utvärderas i anbudet. Någon beskrivning av hur utvärderingen av kravet ska ske finns inte i förfrågningsunderlaget. Detta gör att det enda som bör beaktas angående huruvida CMA uppfyller kraven rimligen ska vara svaret på frågan om anbudsgivaren accepterar ovanstående krav. På denna fråga har CMA svarat ja.

Region Skåne anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. Upphandlingen strider inte mot LOU eller de principer som bär upp lagen. Bolaget uppfyller inte alla de obligatoriska kraven som uppställts i förfrågningsunderlaget och har därmed rätteligen förkastats. De uppställda kraven har varit klara och tydliga.

Beträffande *punkt 2.2.1.3, Trender och tendenser utvalda mätområden*, anför Region Skåne särskilt att leverantören enligt denna punkt för att uppfylla kravet ska erbjuda en medarbetarundersökning som, avseende de aktuella mätområden, är antingen direkt eller indirekt jämförbar med nuvarande medarbetarundersökning. Att CMA uppgett att bolaget uppfyller kravet innebär inte att redogörelsen uppfyller kravet i den aktuella punkten.

Vad avser *punkt 2.2.1.4, Erbjuden enkät*, framgår det bl.a. av punktlistor vilka obligatoriska krav som enkäten måste uppfylla, varav ett är kravet på information till medarbetare. Region Skåne har även krävt att den erbjudna enkäten ska fogas till anbudet. Det framgår klart och tydligt att det är ett obligatoriskt krav att den erbjudna enkäten ska ha information till medarbetaren om arbetsplats och anonymitet samt att denna information ska framgå i den enkät som bifogas anbudet. Eftersom det uppställts ett krav på att enkäten ska vara webbaserad är det självklart att den enkät som ska bifogas till anbudet är ett utdrag som visar innehållet i den webbaserade enkäten. Det aktuella kravet på information till medarbetaren om arbetsplats och anonymitet är ett sådant krav som kan och ska framgå av den bifogade enkäten. CMA har bifogat sin erbjudna enkät till anbudet men den erbjudna enkäten innehåller inte information till medarbetaren om arbetsplats och anonymitet. Detta är ett obligatoriskt krav. Det framgår inte heller någonstans i CMA:s anbud att den slutliga enkäten kommer innehålla information till medarbetaren om arbetsplats och anonymitet. Att det i den aktuella punkten även uppställs krav på att leverantören ska tillhandahålla lättillgänglig information och att denna informationens slutliga innehåll

och utformning fastställs i dialog med beställaren medför inte att kravet på information till medarbetaren om arbetsplats och anonymitet inte måste vara uppfyllt redan vid anbudslämnandet. CMA:s anbud kan inte anses uppfylla alla obligatoriska krav och har därmed rätteligen uteslutits från upphandlingen.

CMA har med anledning av Region Skånes yttrande genmält bl.a. följande såvitt avser *punkt 2.2.1.4, Erbjuden enkät*. CMA har visat att flertalet krav i punkten inte är möjliga att uppfylla endast genom att bifoga erbjuden enkät. CMA har accepterat ska-kravet och bifogat ett förslag på enkät. Om kravet ska tolkas på det sätt som Region Skåne verkar vilja få det att framstå borde detta krav (och flera andra) tolkas bokstavligen. Vissa av kraven på den erbjudna enkäten går endast att uppfylla om den bifogade enkäten verkligen är webbaserad. Varken CMA eller vinnande anbudsgivare har bifogat en webbaserad enkät, utan istället beskrivit hur en enkät kan se ut och accepterat ska-kravet. Om ska-kravet på webbaserad enkät accepteras så har de potentiella leverantörerna åtagit sig att uppfylla kravet utan att för den sakens skull behöva visa upp en skarp webbenkät i anbudet. Motsvarande ska i så fall också gälla avseende kravet om informationstext. CMA och andra anbudsgivare har tolkat det som att "erbjuden enkät" inte innebär ett slutligt förslag på skarp, webbaserad enkät med samtliga ingående texter och tekniska krav uppfyllda, utan som att man ska acceptera kravet och ge exempel på vad en enkät kan innehålla och hur den kan komma att se ut.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ 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.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Relevanta delar av förfrågningsunderlaget

2.2.1.3, Trender och tendenser utvalda mätområden

Region Skåne använder medarbetarundersökning som ett av flera verktyg för att följa upp verksamhetens strategiska mål, se ovan. Mätområdena ledarskap samt ett sammanlagt NMI-värde används som styrmedel i Region Skånes strategiska arbete. Det är således viktigt att Region Skåne kvalitativt kan följa utvecklingen inom dessa mätområden över tid och oberoende av leverantör.

Trender och tendenser kopplade till de strategiska målen avseende dels ledarskap och dels det sammanlagda NMI-värdet ska således kunna konstateras redan vid den första mätningen inom detta avtal. Leverantören uppfyller kravet genom att erbjuda en medarbetarundersökning som, avseende dessa båda aktuella mätområden, är antingen direkt eller indirekt jämförbar med nuvarande medarbetarundersökning. Om den erbjudna metoden är indirekt motsvarande, t.ex. gällande resultatpresentation, ska Leverantören tillhandahålla en lösningsnyckel så att de båda mätningarna blir översättningsbara till varandra, så att efterfrågade trender och tendenser kan iakttas för de båda mätområdena.

För mer information om metoden bakom nuvarande medarbetarundersökning, se bilaga.

Leverantören ska bifoga en kortare redogörelse kring hur den erbjudna enkätens resultat avseende mätetalen ledarskap och det sammanlagda NMI-värdet kommer vara jämförbart med tidigare resultat. Redogörelsen bör omfatta max 3 A4-sidor inklusive ev bilder/illustrationer.

Region Skåne kommer göra en bedömning av huruvida den erbjudna medarbetarundersökningen innebär att behovet av att kvalitativt se trender och tendenser för mätområdena ledarskap respektive det sammanlagda NMI-värdet är tillgodosett.

2.2.1.4, Erbjuden enkät

Erbjuden enkät ska:

- Vara utformad på svenska.
- Vara webbaserad.
- Vara överskådlig och pedagogiskt utformad, användarvänlighet är viktigt då den ska användas av medarbetare med varierande bakgrund.
- Tydligt innehålla information till medarbetaren om närmaste chef, arbetsplats samt anonymitet, se punkt 2.2.1.1.
- Visa medarbetaren hur många frågor enkäten omfattar samt hur många frågor som redan är besvarade.
- Sparas automatiskt så att inte hela enkäten behöver fyllas i igen, utfall medarbetaren måste avbryta ifyllandet.

Enkäten bör inte överstiga 50 frågor.

Leverantören ska tillhandahålla lättillgänglig information riktat till medarbetaren, lämpligen i form av vanligt förekommande frågor och svar i samband med genomförande av medarbetarundersökningen. Informationens slutliga innehåll och utformning fastställs i dialog med Beställaren.

Frågorna i enkäten ska:

- Vara vetenskapligt validerade
- Täcka psykosociala arbetsmiljöfaktorer.
- Täcka frågor avseende medarbetarens olika chefsled, dvs medarbetarens närmaste chef respektive övrig ledningsnivå. Vilken chefsnivå som avses ska tydligt framgå av frågan.
- Kunna kompletteras med SKL:s frågor angående Hållbart medarbetarengagemang (HME) utöver Leverantörens.
- Kunna kompletteras med regionala-/förvaltningsunika frågor utöver Leverantörens.

Leverantören ska, vid anmodan därom, redovisa de metoder som används för den vetenskapliga valideringen av enkätfrågorna.

Leverantören ska erbjuda konsultstöd för att utforma och/eller kvalitetssäkra de regionala-/förvaltningsunika frågor som Beställaren vill komplettera enkäten med, se punkt 2.5.3. Pris ska anges per timme, se punkt 2.6.4.

Leverantören ska bifoga erbjuden enkät till anbudet.

Förvaltningsrättens bedömning

Till grund för sin ansökan om överprövning har CMA i huvudsak anfört att bolaget felaktigt har uteslutits ur upphandlingen samt i första hand yrkat att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Av praxis (RÅ 2005 ref. 47 och 2013 ref. 5) framgår bland annat att domstolen i upphandlingsmål inte är bunden av parts yrkande om val av åtgärd. Kammarrätten i Stockholm har i mål 4385-13 konstaterat att det av ovan nämnda praxis också framgår att det med denna befogenhet anses följa en skyldighet för domstolen att undersöka förutsättningarna för de olika åtgärderna. En förutsättning för att välja åtgärden rättelse är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede.

Kraven i punkterna 2.2.1.3 och 2.2.1.4 i förfrågningsunderlaget utgör skalkrav på den tjänst som Region Skåne avser att upphandla. Så länge bestämmelserna i LOU och de tillämpliga upphandlingsrättsliga principerna iakttas har den upphandlande myndigheten stor frihet att själva utforma kraven samt, i förekommande fall, ange hur anbudsgivare i sitt anbud ska visa att aktuella krav är uppfyllda.

Förvaltningsrätten prövar först de invändningar CMA har framfört mot kravet i *punkten 2.2.1.4, Erbjuden enkät*.

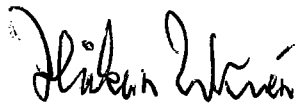
CMA:s anbud har uteslutits med motiveringen att CMA inte har erbjudit en enkät innehållande efterfrågad information till medarbetaren om arbetsplats och anonymitet. Förvaltningsrätten, som inledningsvis prövar om de fel som CMA gör gällande angående utformningen av kravet i denna punkt har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, konstaterar

inledningsvis att det av kravets utformning klart och tydligt framgår vilka krav Region Skåne har på medarbetarundersökningen. Som bevis på att kravet är uppfyllt ska anbudsgivaren till anbudet bifoga den enkät som anbudsgivaren erbjuder. Den bifogade enkäten utgör således bevis för att kravet är uppfyllt. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att det visserligen inte finns någon närmare beskrivning av vilka frågor enkäten ska innehålla för att kravet ska anses vara uppfyllt. Enligt förvaltningsrättens mening kan dock förfrågningsunderlaget inte tolkas på annat sätt än att samtliga krav som tydligt kan visas vid tidpunkten för anbudsingivningen också ska framgå av den enkät som bifogas anbudet. Det synes vidare vara ostridigt mellan parterna att bl.a. kravet på information till medarbetaren om närmaste chef, arbetsplats samt anonymitet är möjligt att uppfylla redan vid anbudsinlämnandet. Förvaltningsrätten anser mot denna bakgrund att Region Skåne i denna del har gett anbudsgivarna ett tillräckligt gott underlag för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Förfrågningsunderlaget kan i denna del därmed inte anses vara otydligt på det sätt CMA gör gällande, varför det inte strider mot transparensprincipen. Det saknas således anledning att förordna om ingripande enligt LOU i denna del.

Frågan blir då om Region Skåne rätteligen har uteslutit CMA:s anbud p.g.a. bristande uppfyllelse av det aktuella kravet. Det är i målet ostridigt att kravet att erbjuda enkät ska innehålla information till medarbetaren är ett sådant krav som kan visas i den enkät som anbudsgivarna har bifogat anbudet. Det är vidare ostridigt att den enkät som CMA bifogat sitt anbud inte innehåller den kravställda informationen. Vad CMA gör gällande, om att det i förfrågningsunderlaget anges att informationens slutliga innehåll och utformning fastställs i dialog med beställaren, ändrar inte denna bedömning eftersom denna formulering hänför sig till annan information som ska tillhandahållas medarbetaren. Region Skåne har således enligt förvaltningsrättens mening haft fog för att utesluta CMA:s anbud ur upphandlingen på denna grund.

Eftersom CMA:s anbud rätteligen har uteslutits ur upphandlingen, har CMA inte lidit någon skada i LOU:s mening. Det saknas därmed redan på denna grund anledning att gå vidare och pröva CMA:s övriga invändningar. Ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1B LOU)



Håkan Wirén

Föredragande i målet har varit Lina Andersson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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 nås 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.