



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-01-23
Meddelad i Linköping

Mål nr
7953-16

SÖKANDE

AKSA vård & hälsa AB, 559009-1343
Lavettvägen 4E
174 59 Sundbyberg

Ombud: Sara Akhavan
AKSA vård & hälsa AB
Lavettvägen 4E
174 59 Sundbyberg

MOTPART

Södermanlands läns landsting, 232100-0032
611 88 Nyköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2017 -01- 2 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 273490

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Södermanlands läns landsting (landstinget) genomför en upphandling gällande ramavtal för rehabiliteringsresor (klimatvård). Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är lägsta pris. Av upphandlingsprotokollet framgår att AKSA vård & hälsa AB:s (bolaget) anbud förkastats då bolaget inte har lämnat godkända referensuppdrag (2.2.2 i förfrågningsunderlaget) och inte har lämnat exempel på en veckas meny (3.3.5 i förfrågningsunderlaget).

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att rättelse ska ske på sådant sätt att utvärderingen görs om med beaktande av bolagets anbud. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider bolagets yrkanden om att upphandlingen ska rättas eller göras om.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Landstinget har i strid med de grundläggande principerna om transparens, likabehandling och proportionalitet samt i övrigt på sakligt felaktiga grunder uteslutit bolagets anbud från utvärderingen trots att anbudet uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Tilldelningskriteriet var lägsta pris och bolagets anbud var lägre i pris än det vinnande anbudet. Bolaget har till följd av den felaktiga uteslutningen lidit skada i den mening som avses i 16 kap. 4 § LOU.

Bolaget har lämnat referensuppdrag i enlighet med referenskravet i 2.2.2. Bolaget har dels åberopat ett eget referensuppdrag, dels åberopat andra företags kapacitet enligt punkten 2.2.3 i förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget framgår inte att åberopade referensuppdrag ska vara avslutade när anbuden ges in. Landstinget saknar därför möjlighet att bortse från den aktuella referensen. Om landstingets inställning skulle anses vara acceptabel lider det aktuella kravet av transparensbrist och upphandlingen måste därmed göras om.

Det framgår inte av 2.2.3 att anbudsgivaren ska ange eller visa på vilket sätt det andra företaget uppfyller kraven i 2.2.2. Landstinget har förbehållit sig rätten att själv kontrollera denna fråga, men har inte utfört någon sådan kontroll. Det följer av transparens- och likabehandlingsprincipen att landstinget inte kan utesluta bolaget på ogrundade antaganden. Bolaget har uppfyllt kraven i 2.2.2 och 2.2.3.

Bolaget bestrider att de av bolaget åberopade referensuppdragen är resebolag. Det framstår som att landstinget har utvärderat företagen och inte deras uppdrag. Det är tydligt redovisat för landstinget att de uppdrag som de åberopade företagen utfört är av liknande/motsvarande/jämförbar art.

Bolaget har i den anmodade fritexten i 3.3.5 lämnat en ingående beskrivning av kosten vid hotellet. Där anges tydligt att maten består av buffé innehållande sallader, förrätter, soppor, varmrätter och efterrätter. Maten exemplifieras utifrån ursprung samt enskilda rätter såsom köttbullar, potatismos och makaroner. Därtill hänvisas till exemplifierande bilder på buffén. Trots det uttömmande svaret har bolaget uteslutits från utvärderingen med motiveringen ”inget förslag på meny bifogad”.

Bolaget ifrågasätter att den fritextanmodan som förekommer i 3.3.5 är ett obligatorsikt krav bl.a. med hänsyn till att det i förfrågningsunderlaget inte står att leverantören ska ge ett exempel på en veckomeny. Om det ska anses vara ett skall-krav är kravet av sådan karaktär att det varken kan eller kommer att följas upp av landstinget, vilket strider mot proportionalitetsprincipen. Kravet kan inte anses vara behövt och förenligt med upphandlingsföremålet. Förutsatt att landstingets tillämpning av de obligatoriska kraven i punkten 3.3.5. anses vara korrekt ska det obligatoriska kravet anses vara så pass otydligt att det inte kan vara förenligt med transparensprincipen.

Landstinget

Landstinget har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Bolaget har inte lidit skada och riskerar inte att lida skada. Bolaget är en av fem leverantörer som lämnat anbud i upphandlingen. Av de fem inkomna anbuden var det endast ett som uppfyllde samtliga krav och som sedan tilldelades kontraktet. Bolagets anbud har förkastats på grund av brister.

Bolaget har lämnat fyra referensuppdrag. Bolaget har angivit att behandlingar kommer att ske på Nobel Medical Center och därutöver bifogat ett dokument till sitt anbud. I dokumentet saknas efterfrågade uppgifter så som beskrivning av respektive uppdrags omfattning samt tidsperiod. Landstinget valde därför att efterfråga förtydligande avseende detta. Enligt landstingets uppfattning saknas, trots förtydliganden, fortfarande uppgifter varför bolaget inte kan anses ha styrkt sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Tre av referenterna är enligt landstingets uppfattning researrangörer och kan inte anses uppfylla kravet på liknande/motsvarande/ jämförbar art (2.2.2). Ett av referensuppdragen är visserligen av liknande/ motsvarande/jämförbar art, men var inte avslutat

när anbudet gavs in och kan därmed inte beaktas. Landstinget bestrider att ett uppdrag som inte är avslutat skulle kunna användas som referensuppdrag i upphandlingen. Förutom att det ligger i sakens natur att resultatet av ett uppdrag kan bedömas först efter att det är fullgjort framgår det tydligt av formuleringen av kravet. Landstinget har bedömt referensuppdragen men eftersom dessa inte ansetts uppfylla kraven har landstinget valt att inte kontrollera uppgifterna med de angivna referenspersonerna.

Landstinget har ställt upp ett krav på att ett exempel på en veckas meny ska lämnas i anbudet. Kravet har formulerats som en uppmaning till leverantören i likhet med andra krav som ska besvaras i kravspecifikationen. Att kraven ska besvaras i fritextsfält följer av ordalydelsen och torde framgå tydligt för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör. Bolaget har i fritextfältet lämnat uppgifter om buffé men av innehållet går det dock inte att utläsa ett exempel på en veckas meny. Därutöver finns inte några bilder på mat med i bolagets anbud. Landstinget bestrider att kravet inte skulle vara tydligt för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör. Att kravet skulle vara oproportionerligt bestrids också. Att begära in visst bevis i anbudet på att ett krav uppfylls sker regelmässigt i offentlig upphandling. Utrymmet att godkänna ett anbud trots en formell brist är mot bakgrund av praxis mycket litet. Med hänsyn till likabehandlingsprincipen har landstinget inte möjlighet att bortse från brister i anbudet oavsett vilken typ av uppgift det rör sig om. Det är inte heller möjligt att kvalificera en leverantör som inte uppfyller kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering mm

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft, varvid lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) upphävdes. Den upphävda lagen gäller dock enligt övergångsbestämmelserna för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. I förevarande mål ska LOU tillämpas.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

För att rätten ska besluta om att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts krävs enligt 16 kap. 6 § LOU dels att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, dels att detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

Teknisk och yrkesmässig kapacitet samt yrkeskunnande

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivaren styrka sin tekniska förmåga samt yrkeskunnande (2.2.2) genom att bl.a. lämna förteckning omfattande minst två referenter vilka under de senaste tre åren har fått uppdrag av liknande/motsvarande/jämförbar art utförda av anbudsgivaren. Uppgift om referensuppdrag ska lämnas genom en beskrivning av

respektive uppdrags omfattning, tidsperiod (fr.o.m. t.o.m.) samt kontaktpersoner med telefonnummer och e-postadress.

Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlagets ordalydelse i dessa delar innebär obligatoriska krav.

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att en leverantör vid behov får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet för att uppfylla kraven på leverantörens lämplighet (2.2.3). Om anbudsgivaren avser att anlita underleverantörer ska detta specificeras med angivande av vilken/vilka underleverantörer som avses anlitas och hur stor del av uppdraget som omfattas.

Av utredningen i målet framgår att bolaget i sitt anbud bl.a. har angett en egen referens som avser ett, vid tiden för anbudets avlämnande, pågående uppdrag. Förvaltningsrätten anser, med hänsyn till att det i förfrågningsunderlaget anges att referenterna ska avse "utförda" uppdrag att det angivna referensuppdraget inte uppfyller det ställda kravet.

Bolaget har även angett referensuppdrag som utförts av sådana andra bolag, vars kapacitet åberopats enligt 2.2.3. i förfrågningsunderlaget. Landstinget har uppgett att det beträffande dessa referensuppdrag saknats vissa efterfrågade uppgifter samt att tillräckliga uppgifter även saknades efter begäran om förtydligande. Det som bolaget har anfört visar inte heller att bolagets anbud, med beaktande av andra företags kapacitet, uppfyllde de obligatoriska kraven i fråga om referenter.

Förvaltningsrätten anser att den information som lämnats i förfrågningsunderlaget beträffande åberopande av andra företags kapacitet är så tydlig att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt, nämligen att anbudsgivaren ska lämna

efterfrågade uppgifter även om åberopade företag för att kunna styrka sin egen lämplighet som leverantör. Det som bolaget har gjort gällande beträffande bristande transparens innebär således inte att förfrågningsunderlaget i denna del skulle stå i strid med kraven på tydlighet och transparens.

Kost

I förfrågningsunderlaget uppställs bl.a. krav på att leverantören ska tillse att kosthållningen kostnadsfritt kan anpassas utifrån medicinska krav eller i möjligaste mån efter patientens önskemål, t.ex. allergier och olika typer av specialkost. Det anges också att anbudsgivaren i fritext ska fylla i ett svar under texten ”Ge ett exempel på en veckas meny.”

Med hänsyn till ordalydelsen och utformningen av förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att texten måste uppfattas som ett obligatoriskt krav på att ett anbud ska innehålla ett exemplifierande av en veckas meny.

Bolaget har i fritextsvaret bl.a. angett att maten är ”buffé med olika delar. Sallader, förrätter, soppor, varmrätter och efterrätter.” Den beskrivning som bolaget har lämnat i denna del är enligt förvaltningsrätten inte tillräckligt för att kunna jämföras med ett exempel på en veckas meny.

Sammanfattningsvis har bolaget inte uppfyllt det obligatoriska kravet om att ge ett exempel på en veckas meny.

Bolaget har vidare invänt att ett obligatoriskt krav på att lämna ett exempel på en veckas meny är oproportionerligt. Förvaltningsrätten anser att kravet, på att exemplifiera en veckas meny, inte i sig kan anses betungande samt att kravet har ett naturligt samband samt står i proportion till upphandlingsföremålet (jfr. prop. 2006/07:128 s. 132). Förvaltningsrätten anser därför att kravet inte kan anses stå i strid med proportionalitetsprincipen.

Sammanfattning

Eftersom bolaget inte har uppfyllt de obligatoriska kraven på referenter och exemplifiering av en veckas meny har det varit riktigt att utesluta bolagets anbud från fortsatt anbudsutvärdering. Det som bolaget har anfört innebär inte att utformningen av förfrågningsunderlaget har stått i strid med kraven på transparens och proportionalitet. Eftersom det bolaget har anfört således inte visar att landstinget har agerat i strid med LOU eller de unionsrättsliga principerna föreligger det inte skäl att besluta om ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Kristina André Lilja
Rådman

Föredragande har varit Shirin Rizwand.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.