



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2013-07-09
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
5651-13 E
Enhet 1:5

SÖKANDE

RxEye AB, 556807-9924
Västmannagatan 4
111 24 Stockholm

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och jur. kand. Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Region Halland

Ställföreträdare: juristerna Kerstin Bengtson och Ib Nilsson

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att Region Hallands upphandling av Teleradio-
logiska tjänster (RU 120048) ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2013-08-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 213859

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	---	--	-----------------------------------	---

BAKGRUND

Region Halland (regionen) har genomfört en upphandling av teleradiologiska tjänster till Hallands sjukhus, dnr RU120048. Av upphandlingsrapport och tilldelningsbeslut den 10 maj 2013 avseende upphandlade tjänster framgår att anbud inkommit från European Telemedicine Clinic, RxEye AB och Direct Diagnostic Alliance S.L. och att efter anbudsutvärdering av samtliga anbudsgivare det valts att teckna avtal med European Telemedicine Clinic.

YRKANDEN M.M.

RxEye AB (bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen. Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs i enlighet med förfrågningsunderlaget. Bolaget yrkar i andra hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför sammanfattningsvis följande. Av tilldelningsbeslutet framgår att bolaget endast tilldelats två poäng för utvärderingskriteriet kvalitet samt att andra anbudsgivare har tilldelats poäng för att de har olika certifieringar. Inte någonstans i förfrågningsunderlaget har dock angetts att anbudsgivare i utvärderingen skulle få poäng för förekomsten av olika certifieringar. Eftersom de aktuella certifieringarna inte är obligatoriska att innehå innebär inte en certifiering i sig att en icke-certifierad leverantör inte kan erbjuda samma kvalitet som eller högre kvalitet än en certifierad leverantör. Eftersom det inte har angetts i förfrågningsunderlaget att anbudsgivare som inte bifogat certifikat endast skulle tilldelas två poäng har regionen avvikit från vad som angetts i förfrågningsunderlaget och behandlat anbudsgivarna olika. Regionen har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU,

genom att i strid med förfrågningsunderlaget vid utvärderingen tilldela poäng för omständigheter som inte angetts i förfrågningsunderlaget. Inget avsnitt i förfrågningsunderlaget innehåller vidare någon information om utvärderingen, utan avsnitten innehåller endast skall-krav som anbudsgivarna ska uppfylla för att ett anbud ska tas med i utvärderingen. Regionen har i det närmaste gett sig fri prövningsrätt, genom att ange att utvärderingen kommer att ske utöver vad som anges rörande skall-krav, utan att överhuvudtaget precisera vad som ska anses utgöra ett mervärde eller hur poängsättning av anbuden ska ske. Utöver detta saknas i förfrågningsunderlaget helt närmare information om vad som krävs för att anbudsgivare ska tilldelas viss poäng. Anbudsgivarna har därför inte haft möjlighet att förutse hur bedömningen av anbuden skulle genomföras. Regionen har därför också brutit mot principerna om likabehandling och transparens, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU, genom att tillämpa ett förfrågningsunderlag som är så otydligt att det inte på förhand varit möjligt att utläsa hur bedömningen av anbuden skulle ske, och vad som skulle anges i anbuden för att tilldelas högsta avdrag i utvärderingen. För övrigt kan konstateras att krav på tredjepartscertifiering inte är förenliga med proportionalitetsprincipen. För det fall regionen hade genomfört utvärderingen i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget skulle bolagets anbud haft lägst fiktivt anbudspris och tilldelats kontraktet. Bolaget har också varit förhindrat att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud till följd av förfrågningsunderlagets otydliga utformning. Om bolaget hade vetat vad regionen skulle tillmäta för betydelse vid utvärderingen och vad som skulle krävas för att få viss poäng hade bolaget kunnat utforma sitt anbud på annat sätt och på så sätt fått möjlighet att tilldelas kontrakt. Bolaget har således till följd av regionens överträdelser lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada av överträdelserna och därmed föreligger skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen. Eftersom bristerna i upphandlingen i första hand inte är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede utan till ett senare stadium i förfarandet, närmare bestämt anbudsutvärderingen, ska

förvaltningsrätten vid valet av påföljd besluta om rättelse. Om bristerna befins röra förfrågningsunderlagets bristfälliga, oklara och otydliga utformning, dvs. upphandlingens konkurrensuppsökande skede, ska förvaltningsrätten, vid val av påföljd besluta att upphandlingen ska göras om.

Regionen bestrider bolagets yrkanden och yrkar för egen del att förvaltningsrätten ska avslå ansökan om överprövning. Regionen anför sammanfattningsvis följande. Regionen bestrider påståendet att använd utvärderingsmodell strider mot principerna om förutsägbarhet och likabehandling. Den bedömning av respektive anbudsgivares kvalitetsarbete, utöver vad som stadgas i de obligatoriska kraven, har inte varit skönsmässig. Att bolaget fått lägre betyg för att certifikat inte bifogats är inte korrekt. Eftersom det med tydlighet framkommer av bolagets anbud i vilken mån bolaget och de olika underleverantörerna är certifierade eller inte certifierade har regionen kunnat göra en samlad bedömning i enlighet med hur kriteriet formulerats. Eftersom inte all verksamhet är kvalitetscertifierad har bolaget med beaktande av principen om förutsägbarhet inte kunnat tilldelas det högsta betyget. Regionen har vinnlagt sig om att likabehandla leverantörerna genom att inte uppställa obligatoriska krav på fullständig tredjeparts-certifiering i alla delar. Ett ledningssystem certifierat enligt ISO 9001 eller Swedac är dock en tung faktor i hur hög kvalitetsnivå som ett företag når. Regionen har på flera ställen flaggat upp för att tredje parts-certifiering av verksamheten ger ett mervärde. Följaktligen har också en omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare kunnat inse att om verksamheten inte är fullt certifierad så kommer mervärdet kvalitet inte att ge en maximal poängtilldelning vid utvärderingen av anbudet. I aktuell upphandling var tredjeparts-certifiering en del av anbudsutvärderingen och inget obligatoriskt krav som utestängt leverantörer från att lämna anbud. Regionen bestrider vidare att tillämpad modell för utvärdering ger utrymme för fri prövningsrätt. Sammanfattningsvis kan sägas att några överträdelser mot de principer som bär upp LOU inte varit för handen vid denna upphandling. Bolaget är

inte heller skadelidande. Bolagets anbud skulle inte ha utvärderats eftersom anbudet inte uppfyller det obligatoriska kravet på redovisning av ekonomisk stabilitet i förfrågningsunderlaget. Bolagets anbud är inte komplett och skulle följaktligen inte ha utvärderats av regionen. Någon risk för att bolaget har lidit skada eller kommer att lida skada på grund av de felaktigheter som åberopas i bolagets ansökan om överprövning finns därmed inte.

DOMSKÄL

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).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Alla krav och villkor som den upphandlande myndigheten ställer upp måste vara förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande. Det innebär bl.a. att alla leverantörer ska ges lika förutsättningar. Förfrågningsunderlaget ska därför vara så klart och tydligt att varje leverantör med

utgångspunkt i underlaget ska kunna förstå hur utvärderingen ska ske och skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att regionen i förfrågningsunderlagets kap. 7.0 angett grunderna för tilldelning av det nu aktuella kontraktet. Regionen har vid utvärderingen använt sig av en metod som innebär att, utöver de i förfrågningsunderlaget angivna kvalitetskraven på anbudsgivarna och den tjänst som ska levereras, så ska bl.a. göras en bedömning av respektive leverantörs kvalitetssystem. Uppfyllandegraden bedöms utifrån en poängskala på 1-3, där 1 poäng avser en godkänd lösning, 2 poäng är god lösning och 3 poäng är en mycket god lösning. Den utvärderingsmetod som använts framgår således av förfrågningsunderlaget och det kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses utrett att regionen vid anbudsutvärderingen använt en annan metod än vad som angetts i underlaget. Regionen har vid anbudsutvärderingen gett bolaget endast två poäng vad avser bedömningen av bolagets kvalitetssystem. Den poäng som i detta hänseende åsatts bolaget visar enligt förvaltningsrättens mening hur väl regionen anser att bolaget uppfyller regionens förväntningar vad avser kvalitetssystem utifrån olika omständigheter, bl.a. innehav av certifieringar. Att regionen vid denna bedömning skulle ha behandlat anbudsgivarna olika har inte framkommit. Mot bakgrund av det anförda anser förvaltningsrätten inte det visat att regionen vid anbudsutvärderingen skulle ha brustit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Av handlingarna i målet framgår att regionen vid utvärderingen av anbudsgivarnas kvalitetssystem har ansett det vara av betydelse huruvida anbudsgivaren har tredjepartscertifiering eller inte. I förfrågningsunderlaget anges visserligen vad avser kvalitetskraven för leverantörer att certifikat ska inges i förekommande fall. Någon närmare specificering av poängsättningen i förfrågningsunderlaget vad gäller leverantörers kvalitetssystem och att tredjepartscertifiering skulle vara av betydelse för denna framgår dock inte

av förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget finns heller ingen ledning för vad som är "godkänd lösning", "god lösning" och "mycket god lösning". Förvaltningsrätten anser förfrågningsunderlaget bristfälligt i ovan nämnda hänseenden och att anbudsgivarna därigenom har saknat möjlighet att förutse vad som skulle komma att få betydelse vid regionens bedömning av deras kvalitetssystem och poängsättningen av dessa. Den otydliga formuleringen i förfrågningsunderlaget vad avser poängsättning av kvalitetssystem ger vidare utrymme för godtycklighet och har medfört en i princip fri prövningsrätt för regionen. Förfrågningsunderlaget i denna del strider därmed mot kraven på transparens och likabehandling, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att regionen i förfrågningsunderlaget inte ställt upp som kvalifikationskrav att leverantörers kvalitetssystem ska vara tredjepartscertifierat. Detta har således inte varit något obligatoriskt krav som utestängt leverantörer från att lämna anbud. I aktuell upphandling har i stället innehav av tredjepartscertifiering utgjort en del av bedömningen av anbudsgivarnas kvalitetssystem vid anbudsutvärderingen. Något som tyder på att detta i förevarande fall är oförenligt med proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU har inte framkommit i målet.

Det ankommer inte på förvaltningsrätten att vid aktuell överprövning enligt LOU som första instans pröva frågan om huruvida bolagets anbud, vilket regionen under upphandlingsförfarandet har låtit gå vidare till anbudsutvärderingen, nu ska ha förkastas på grund av att det inte uppfyller ställda kvalifikationskrav. Även bolaget har således enligt förvaltningsrättens mening vid aktuell upphandling till följd av otydligheter i förfrågningsunderlaget vad avser bedömning och poängsättning avseende leverantörers kvalitetssystem lidit skada.

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 6 § LOU, oavsett hur bolagets yrkanden utformats, att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (jfr RÅ 2005 ref 47). De brister i förfrågningsunderlaget som konstaterats ovan har enligt förvaltningsrättens mening i första hand påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede och inte det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud har gjorts. Det är därför inte tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas. Upphandlingen ska därför göras om.

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

Dick Hjort

Rådman

Föredragande i målet har varit Caroline Sundgren.



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 nå 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.

