



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2017-06-07
Meddelad i Karlstad

Mål nr
5587-16

SÖKANDE

Clarahälsan AB, 556135-7590
Regemenstgatan 19
653 40 Karlstad

Ombud: Advokat David Lindberg
Hamilton Advokatbyrå Karlstad AB
Box 606
651 13 Karlstad

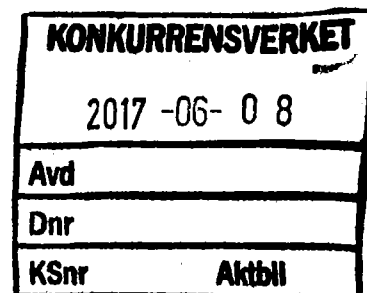
MOTPART

Hammarö kommun
Box 26
663 21 Skoghall

Ombud: Stadsjurist Per Danielsson
Kommunledningskontoret
Karlstads kommun
651 84 Karlstad

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Clarahälsan AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 180889

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Hammarö kommun har inlett en upphandling av tjänster inom företagshälsovård. Anbud ingavs av bland annat Clarahälsan AB (Clarahälsan). Hammarö kommun beslutade att anta anbud från AB Previa (Previa).

PARTERNAS TALAN

Clarahälsan ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar rättelse på så sätt att en ny utvärdering görs varvid Previas anbud ska utvärderas utifrån de brister som finns i anbudet. Previa anför följande. Utvärderingsmodellen är ambitiös med en utvärderingsmetod som bygger på en monetär utvärdering med prissatt kvalitet. I realiteten innebär denna att de efterfrågade uppgifter som anbudsgivaren gett in värderas utifrån en skala från 0 till 3 poäng med en beskrivning om spannet från "Uppfylls otillräckligt" till "Uppfylls Utmärkt". Däremellan återfinns graderna "Uppfylls Bra" avseende 1 poäng och "Uppfylls Mycket bra" avseende 2 poäng. För det fall anbudsgivarens avgivna anbudsuppgifter uppfyller de efterfrågade uppgifterna "Utmärkt" sker inget påslag på de priser avseende jämförelsetjänster som anbudsgivaren fått lämna. Uppfyller anbudsgivarens anbudsuppgifter de efterfrågade uppgifterna "Mycket bra" sker dock påslag med 33 333,33 kr. Vid "Uppfylls bra" sker påslag med 66 666,67 kr och vid "Uppfylls otillräckligt" sker påslag med 100 000,00 kr. Således har det funnits goda förutsättningar för att utvärdera anbuderna väl utifrån en prissatt kvalitet både utifrån den uppställda utvärderingsmodellen liksom utifrån de efterfrågade underlagen. Av erhållen anbudssammanställning framgår dock att samtliga anbudsgivare (Previa och Clarahälsan) erhållit bedömningen "Uppfylls Utmärkt" på samtliga bedömda kravområden, vilket i enlighet med utvärderingsmodellen medfört att anbudsgivarna inte erhållit något påslag på sina offererade priser. Skillnaden i offererat pris har därigenom blivit ensamt avgörande. Previas lämnade pris uppgick därvid till 1 676 105 kr i jämfö-

relse med 1 694 950 kronor för Clarahälsan. En skillnad på enbart 18 845 kr.

För det fall Previa inte erhållit betyget "Uppfylls utmärkt" inom endast ett av de nu aktuella utvärderingsområdena hade alltså anbudet från Clarahälsan istället varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta då Previas anbud då skulle ha drabbats av påslag om minst 33 333,33 kr. För att erbjuda ett anbud som uppfyller samtliga moment på ett utmärkt sätt kan argumenteras för att en grundläggande förutsättning för att nå upp till nivån "Uppfylls Utmärkt" bör vara att i vart fall samtliga efterfrågade uppgifter är med i anbudet. Detta är dock inte fallet vad avser Previas anbud och inledningsvis kan konstateras att bilaga 1.0.1 till anbudet ska innehålla en uppdragsbeskrivning på hur kravet uppfylls samt vilken/vilka kompetens/er som avses utföra uppdraget. Av Previas bilaga benämnd "1.0 Stöd i strategiskt hälsofrämjande arbetsmiljöarbete" framgår därvid bland annat inte vilken/vilka kompetens/er som avses utföra uppdraget utan det anges enbart i allmänna ordalag vilka insatser anbudsgivaren kan erbjuda kommunen. Utifrån denna uppenbara brist torde anbudsgivaren på sin höjd ha erhållit 1 poäng (kravet Uppfylls Bra). Detta skulle inneburit att anbudet från Previa drabbats av ett påslag om 66 666,67 kronor och anbudet från Clarahälsan skulle ha varit det mest ekonomiskt fördelaktiga. Det finns dock ytterligare delar i utvärderingen som kan ifrågasättas. Under punkten 2.0 anges att fråga är om strategisk hälsofrämjande företagsvård och till anbudet ska därvid bifogas bilaga 2.0.1 med krav på att bland annat ange enskilda aktiviteter för individen, gruppen och organisationen och deras utförande och dess effekter för att nå ett hälsofrämjande läge. Av bilaga 2.0 till Previas anbud framgår dock inga uppgifter om de efterfrågade effekterna för att nå ett hälsofrämjande läge utan anbudsgivaren redogör enbart för exempel på aktiviteter. Utifrån denna brist i det avgivna svaret bör anbudsgivaren inte ha kunnat erhålla 3 poäng och att kravet "Uppfyllts utmärkt" vare sig avseende punkten 2.0.3. (samband) eller 2.0.4 (överensstämmelse). Vad härefter sen avser punkten 3.0, "Efterhjälpande insatser" anges att bilaga 3.0.1., 3.0.2.

och 3.0.3 ska vara bifogade till anbudet. Vid erhållande av anbudshandlingarna kan dock enbart bilaga 3.0.2 och 3.0.3 tydligt identifieras. Det kan antas att informationsbladet avseende "Tidiga insatser", som är del av den kombinerade bilagan 2.0.2. och 3.0.2, ska uppfattas som bilaga 3.0.1. Av nu aktuell bilaga framgår dock inte svar på de frågor som anges inom ramen för kraven på bilagan, dvs. att anbudsgivaren ska beskriva en process kring insatser vid arbetsrelaterad utmattning för medarbetare som varit sjukskriven i mer än 3 månader. Inte någonstans i anbudet/bilagan från Previa anges eller framkommer att det avser en process kring insatser vid arbetsrelaterad utmattning. Därtill anges i bilagan att det är fråga om tidiga insatser, vilket kanske kan ifrågasättas i detta fall då det ska avse insatser för medarbetare som varit sjukskriven i mer än tre månader. Utifrån detta borde anbudsgivarens svar inte ha erhållit 3 poäng inom bedömningsområdet 3.0.5. som avser överensstämmelse med kravställning. Inte heller av bilaga 3.0.3 framgår hur anbudsgivaren anpassat processen till individen för att ta hänsyn till hens unika behov, vilket varit vad som efterfrågats. Utifrån detta är det Clarahälsans uppfattning att bilaga 3.0.3 från Previa på sin höjd kommer upp i en nivå om att kravet "Uppfylls bra" avseende bedömningspunkterna 3.0.5. samt 3.0.6. I förhållandet mellan anbudsgivarna finns också en mycket tydlig kvalitetsskillnad i de lämnade uppgifterna, vilket än mer talar för att en likvärdig uppfyllnad av kravet inte borde ha varit möjlig. Sammanfattningsvis kan konstateras att kvalitén på anbudet från Previa i förhållande till uppställda krav på bilagor, efterfrågade uppgifter och i jämförelse med anbud från Clarahälsan inte når upp till en genomgående nivå på "Uppfylls utmärkt".

Hammarö kommun motsätter sig bifall till ansökan och anför följande.

De inkomna anbuden har prövats i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget. De formella kraven på anbudets form och innehåll har prö-

vats jämte kontroll av respektive anbudsgivares uppfyllande av så kallade ska-krav. De två anbud som inkommit i upphandlingen har kvalificerats till utvärdering. Enligt upphandlingsunderlaget skulle den anbudsgivare som lämnat det för kommunen ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Varken LOU eller de underliggande EU-rättsliga direktiven innehåller bestämmelser om hur ett förfrågningsunderlag ska utformas i detalj. Högsta förvaltningsdomstolen (HFD) har i målet RÅ 2002 ref. 50 konstaterat att "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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när". Enligt kommunens uppfattning är de uttalanden som HFD gjorde då alltjämt aktuella. Av praxis framgår att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Principerna om förutsebarhet och transparens innebär dock inte att anbudsgivare i förväg ska kunna förutse exakt vilken poäng dennes anbud kommer att erhålla i utvärderingen. Den omständigheten att två anbudsgivare bedöms ha lämnat kvalitetsmässigt likvärdiga anbud och att priset därigenom blir ensamt utslagsgivande medför självfallet inte att kommunen agerat i strid med LOU. Utvärderingen har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Omständigheten att Clarahälsan anser att Previa erhållit en för hög utvärderingspoäng utgör i sig inte en tillräcklig grund för förvaltningsrätten att besluta om ingripande mot upphandlingen. En utvärdering ska göras objektivt i den meningen att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan rymma ett visst mått av skönsmässighet eller subjektivitet som måste godtas under förutsättning att den upphandlande myndigheten håller sig inom ramen för vad förfrågningsunderlaget definierar och kan anses tillåta. Det är endast direkta felbedömningar eller andra brister av viss omfattning som enligt kommunens uppfattning bör leda till ett ingripande enligt LOU. Några sådana fel-

bedömningar har inte skett vid den aktuella utvärderingen. Det bör vidare framhållas att det i ett mål om överprövning inte ska ske en ny utvärdering av domstolen eftersom det endast är den upphandlande myndigheten som enligt LOU har rätt att genomföra en utvärdering. Det har varit upp till kommunen att avgöra om det anbudsgivarna beskrivit i sina anbud ska ge en viss utvärderingspoäng. Utvärderingen har genomförts av en expertgrupp som dessutom varit den samma för utvärderingen av bägge anbud.

Det bör påpekats att utvärderingen inte varit relativ, utan respektive anbud har endast utvärderats i förhållande till förfrågningsunderlaget. Det har inte förkommit några uppenbara brister i Previas anbud. Det som har utvärderats under avsnitt 1.0 är anbudsgivarens förmåga att ge stöd i strategiskt hälsofrämjande arbetsmiljöarbete. Av den aktuella bilagan framgår att det som utvärderats är samband mellan strategi, aktivitet och effekt, överensstämmelse med kravställningar i förfrågningsunderlaget som är applicerbara på insatsen, beskrivningens tillämpbarhet på en kommunal organisation och referensens bedömning av insatsens kvalitet. Previas bilaga är väldigt väl formulerad och beskriver detaljerat vilket stöd som Previa kommer lämna när det gäller stöd i strategiskt hälsobefrämjande arbetsmiljöarbete. Det har inte någonstans angetts att det är de kompetenser som anbudsgivaren kommer erbjuda i detta arbete som ska poängsättas. Kommunens expertgrupp har bedömt de båda anbudsgivarnas anbud som likvärdiga i denna del och det finns ingen anledning för förvaltningsrätten att göra en annan bedömning. När det gäller Clarahälsans synpunkter av kommunens bedömning under punkt 2 i utvärderingsmodellen är dessa väldigt allmänt beskrivna och i någon mån svåra för kommunen att förhålla sig till. De beskrivningar som lämnats i Previas anbud är sådana att de förtjänar högsta möjliga poäng vid utvärderingen. Det har tydligt angetts hur anbudsgivaren kan hjälpa kommunen att hamna i ett läge där resurserna främst läggs på hälsobefrämjande åtgärder. Detta bland annat genom beskrivningar hur Previa arbetat med andra uppdragsgivare. Clarahälsan har under punkt 3 i utvärderingsmodellen

framfört liknande synpunkter som under de två andra punkterna. Det är kommunens uppfattning att Previa lämnat samtliga efterfrågade uppgifter och förtjänar de poäng som erhållits. Den omständigheten att det kan finnas någon gradskillnad mellan anbuderna medför inte att den ena förtjänar en högre poäng än den andre anbudsgivaren. Båda anbudsgivarna har lämnat beskrivningar som får anses förtjäna högsta möjliga kvalitetspoäng. Kommunen har varit mycket noggrann med att följa sitt förfrågningsunderlag och vad som efterfrågas där. Sammanfattningsvis finns det ingen grund för förvaltningsrätten att besluta om ingripande mot upphandlingen.

Clarahälsan tillägger följande. I nu aktuellt mål är sakfrågan att kommunen, vid anbudsutvärderingen, inte behandlat anbud från Previa och Clarahälsan på ett likvärdigt sätt, då man bortsett från uppenbara brister i Previas anbud och tilldelat dem högsta poäng vid utvärderingen trots avsaknad av efterfrågade uppgifter. Ett förfaringsätt som inte kan förklaras med att det är fråga om en objektiv bedömning med ett visst mått av skönsmässighet, vilket kommunen vill göra gällande. Som exempel från kommunens yttrande kan därvid tas Previas svar i bilaga "1.0 Stöd i strategiskt hälsofrämjande arbetsmiljöarbete" där det inte, såsom efterfrågats, anges vilken/vilka kompetenser som avses utföra uppdraget. Att kommunen nu anger att denna del inte är under bedömning är inte heller korrekt då det som ska bedömas bland annat är överensstämmelse med kravställningar i förfrågningsunderlaget (punkten 1.0.3) och där det i punkten 1.0.1 anges att det av bilagan ska framgå vilken/vilka kompetenser som avses att utföra uppdraget. I och med att det således saknas uppgift om vilken/vilka resurser som ska utföra uppdraget samt att överensstämmelse med kravställningarna i förfrågningsunderlaget utgör en bedömningsgrund så har inte anbudet från AB Previa kunnat bedömas uppfylla kravet på ett utmärkt sätt med mindre än att kommunen tolkat in ytterligare information i anbudet som inte framgår av det samma. Detta är ett klart åsidosättande av kravet på objektivitet och likabehandling som ska leda till ingripande enligt LOU. Därtill kan som exempel

tas Previas anbudsbilaga 2.0.1, vari bland annat svar på enskilda aktiviteters effekter på ett hälsofrämjande läge ska anges och där de efterfrågade uppgifterna dessvärre saknas. Att vid ett sådant förhållande ge båda anbudsgivarna högsta poäng innebär ett åsidosättande av all objektivitet och likabehandling av anbudsgivarna. Den enda möjligheten som stått kommunen till buds för att anse att båda anbudsgivarna har lämnat de efterfrågade uppgifterna är att kommunen tolkat in ytterligare information i anbudsgivares anbud, vilket kommunen också synes vilja göra nu när de anför att efterfrågad information framgått av de uppgifter som Previa lämnat om hur de jobbat med andra uppdragsgivare. Om man som upphandlande myndighet tillämpar en bedömningskala som har omfattat ett visst spann måste också spannet bedömas utifrån normalt språkbruk för att anbudsgivarna ska kunna bedöma vad som krävs av det anbud som ska avgas. Detta då "Uppfylls utmärkt" är ett krav som måste medföra att anbudsgivaren på en hög nivå har inkommit med svar på de efterfrågade uppgifterna. För det fall någon differentiering oavsett anbudets innehåll inte varit avsedd att göras skulle kommunen inte ha tillämpat en utvärdering av nu aktuell typ.

Hammarö kommun tillägger följande. Anbuden från Previa och Clarahälsan har behandlats likvärdigt. Det har inte funnits några uppenbara brister i anbudet från Previa. Anbuden har inte skiljt sig åt i någon nämnvärd omfattning och det har inte funnits skäl för kommunen att åsätta anbudsgivarna olika poäng vid utvärderingen. Kommunen har inte åsidosatt kravet på objektivitet och likabehandling vid utvärderingen. Kommunen har inte tolkat in ytterligare information utan har utvärderat de uppgifter som framgår av Previas anbud och i enlighet med förfrågningsunderlaget och de upphandlingsrättsliga principerna. Den omständigheten att Clarahälsan anser sig ha lämnat ett bättre anbud utgör inte grund för att besluta om ingripande mot upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Den 1 januari 2017 trädde lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagen ska emellertid den upphävda lagen fortfarande gälla för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingen gäller tjänster inom företagshälsovård. Såväl Clarahälsan som vinnande anbudsgivare, Previa, har uppfyllt ställda skall-krav och därmed har deras respektive anbud gått vidare till utvärdering. Kommunen har tillämpat en utvärderingsmodell enligt vilken kvaliteten på av kommunen efterfrågade tjänster poängsätts utifrån hur anbudsgivarna beskriver hur de olika kraven avses att uppfyllas. Anbudsgivarna ska bland annat beskriva sin respektive process kring insatser vid arbetsrelaterad utmattning för en medarbetare och en faktisk insats samt ange referenser för insatsen.

Poäng utgår i en skala från 0 till 3 där 3 poäng innebär att uppdraget av kommunen bedöms uppfyllas utmärkt. Vid 3 poäng sker inget påslag på de priser avseende jämförelsetjänster som anbudsgivaren fått lämna. Vid 0 till 2 poäng sker påslag med 100 000,00 kr, 66 666,67 kr respektive 33 333,33 kr. Båda anbudsgivarna har bedömts lämnat kvalitetsmässigt likvärdiga anbud varvid priset därigenom har blivit avgörande.

HFD har i målet RÅ 2002 ref. 50 uttalat 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när. Det ligger i sakens natur att det vid en utvärderingsmodell som den nu aktuella, som bygger på en poängsättning av anbudsgivares uppdragsbeskrivningar, inte på ett exakt sätt kan ange vilka omständigheter som tillmäts betydelse vid poängsättningen. Något sådant krav finns inte heller i LOU. Förvaltningsrätten finner därvid att vad Clarahälsan anfört inte utgör skäl för ingripande enligt LOU. Clarahälsan har således inte visat att den lidit eller riskerar att lida skada varför ansökan ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga till denna dom (DV 3109/1B, LOU).



Hans-Erik Jonasson

f.d. lagman

Föredragande: Lars Överström



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 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.