

KONKURRENSVERKET	
2012-01-12	
Avd	
Dnr	
Dess	Aktbil

Förvaltningsrätten i Göteborg

Telefax

Till: *Konkurrensverket* *08-24 55 43*

Från: Carina Consani

Telefon: 031-732 71 51

Detta fax innehåller *17* sidor inklusive detta blad

Meddelande

.....

.....

.....

.....

.....

.....



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2012-01-12
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
15846-11 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

AB Previa, 556235-1907
Box 6047
102 31 Stockholm

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur. kand. Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Vänersborgs kommun m.fl.
462 85 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 2
15846-11 E

BAKGRUND

Vänersborgs kommun m.fl. (Kommunen) har genomfört en upphandling av Företagshälsovård för anställda, diarienummer 2011/15. Upphandlingen har genomförts som en förenklad upphandling. I tilldelningsbeslut, daterat den 2 december 2011, anges att Kommunen kommer att teckna avtal med Kinnekullehälsan AB.

YRKANDEN M.M.

AB Previa (Previa) yrkar att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Av tilldelningsbeslutet framgår att Previa med mycket liten marginal har placerats på andra plats i anbudsutvärderingen. Kommunen har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att i upphandlingen tillämpa ett förfrågningsunderlag som varit så otydligt att det inte har kunnat utläsas hur anbudsutvärderingen skulle ske. Om Previa på förhand hade vetat vad Kommunen avsåg att tillmäta betydelse vid utvärderingen hade Previa kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt och tilldelats kontraktet. Av dokumentet "Krav/utvärderingskriteriet" framgår ett par utvärderingskriterier som vid utvärderingen kommer att resultera i avdrag på offererat anbudspris. Såväl själva beskrivningen av vad Kommunen kommer att premiera med poäng som poängskalan i sig har varit mycket otydlig. Det är mycket svårt att konkret förstå vad i en beskrivning som Kommunen kommer att anse visar ett "konsultativt stöd som kan visa på en helhetsbild" eller hur "en arbetsriktning som kan resultera i ökad kunskap kring hälsa och minska sjukfrånvaron" ska beskrivas för att viss nivå i poängsättningen ska uppnås. Vidare har det varit oerhört svårt att förstå vad Kommunen anser vara "ej acceptabelt konsultativt stöd" respektive "lite" eller "visst" mervärde. Vad detta mervärde ska bestå i finns inte beskrivet någonstans. Att Kommunen har specificerat vilka underkriterier som ingår i kvalitet inne-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 3
15846-11E

bär inte att Kommunen har uppfyllt kraven på ett tydligt förfrågningsunderlag. Att detta har varit otydligt för anbudsgivarna har framgått redan under frågor och svar under anbudstiden. Frågorna och svaren rör visserligen utvärderingskriterium 1.3 men visar på ett generellt problem i utvärderingsmodellens utformning eftersom kriterium 1.3 har stora principiella likheter med kriterium 1.4. Anbudsgivare har där försökt få information om hur anbuden mer konkret skulle utformas för att uppfylla Kommunens önskemål. Kommunen har dock endast lämnat intetsägande svar som hänvisar tillbaka till de otydliga beskrivningarna i förfrågningsunderlaget samt angett att inte heller Kommunen kan avgöra hur mycket som ska beskrivas i anbudet. Skyldigheten att säkerställa att förfrågningsunderlaget är förenligt med transparensprincipen åvilar uteslutande den upphandlande myndigheten. Att utvärderingsmodellen lämnat stort utrymme för godtycke är även uppenbart vid en granskning av utvärderingsprotokollen. Previa har tilldelats tre poäng för utvärderingskriteriet i avsnitt 1.4 i kravspecifikationen medan Kinnekullehälsan har tilldelats fyra poäng utan att till synes ha uppfyllt kriteriet bättre än Previa. Beskrivningen i kravspecifikationen har inte gett anbudsgivarna den ledning som krävs för att dessa ska veta hur anbudet ska kunna utformas. Enligt transparensprincipen ska ett förfrågningsunderlag vara så fullständigt och tydligt att en leverantör har möjlighet att bedöma hur upphandlingen kommer att genomföras, vad den upphandlande myndigheten efterfrågar och vad som kommer att tillmätas betydelse vid anbudsutvärderingen. Vidare ska förfrågningsunderlaget vara utformat på så sätt att kriterier ska vara objektivt mätbara och inte lämna utrymme för godtyckliga utvärderingar. Av Regeringsrättens avgörande RÅ 2002 ref. 50 framgår att den omständigheten att ett förfrågningsunderlag inte är så klart och tydligt utformat att leverantörerna kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse utgör en överträdelse av de grundläggande principerna. Om utvärderingsmodellen hade varit utformad i enlighet med principerna om likabehandling och transparens hade Previa kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt, alternativt kunna

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 4
15846-11 E

beräkna sitt pris på ett annat sätt och därvid öka sina möjligheter att tilldelas kontrakt. Som Previa har visat hade således en marginellt annorlunda poängttilldelning vid utvärderingen inneburit att Previa hade vunnit upphandlingen. Previa har således lidit eller åtminstone riskerat att lida skada till följd av Kommunens agerande.

Kommunen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Previa har i sitt överklagande gjort gällande att utvärderingsmodellen är så otydligt formulerad att den lämnar stort utrymme för godtycke och skönsmässiga bedömningar. Den har till och med varit så otydlig att den gett Kommunen stora möjligheter till fritt godtycke. Previa har hänvisat till att frågor ställts angående ett helt annat utvärderingskriterium än det som ifrågasätts. Detta sägs visa på ett generellt problem i utvärderingsmodellens utformning. Kommunen ser det inte som ett problem att frågor inkommer och att frågetecken rätas ut. Tvärtom torde det vara en fördel för samtliga parter att tveksamheter rätas ut i förväg och att omständigheter klarläggs innan något beslut fattas. Det är i sammanhanget intressant att Previa under upphandlingsförfarandet inte ställt någon fråga om utvärderingskriterium 1.4. Enligt Kommunens uppfattning är det inte särskilt logiskt att under upphandlingen inte ställa en enda fråga för att därefter hävda att utvärderingsmodellen är så oklar att det varit "omöjligt för anbudsgivarna att veta vad som ska tillmätas betydelse i utvärderingen". Kommunen upphandlar av naturliga skäl väldigt många olika varor och tjänster. Vissa av dessa varor kan mätas i meter eller deciliter och beskrivas med stor exakthet. I detta fall har tjänster upphandlats som inte låter sig vägas och mätas. Det är därvid nödvändigt att uppställa andra kriterier som på ett rättvisande sätt beskriver vad Kommunen önskar upphandla. En upphandlande myndighet får, när man utser det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, själv välja de kriterier man vill använda sig av. Det står dessutom myndighet fritt att bestämma viktningen av dessa kriterier. Det är inte vare sig möjligt eller nödvändigt att i detta sammanhang uppställa krav på att

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 5
15846-11 E

utvärderingskriterierna ska utformas med kirurgisk exakthet. Kommunen har använt en utvärderingsmodell som på ett så precist sätt som möjligt beskriver vad Kommunen önskat upphandla. Modellen har vid själva utvärderingen följts mycket noggrant. Själva utvärderingen har genomförts av en sammansatt grupp som arbetar med frågor som är kopplade till företagshälsovård, t.ex. rehabilitering och friskvård, allt för att utvärderingen ska bli så korrekt som möjligt. Som framgår av handlingarna i målet är utvärderingskriteriet avseende "Konsultativt stöd" och vad som avses med detta beskrivet i förfrågningsunderlaget. Det framgår även hur detta ska värderas. Däremot kan inte upphandlande myndighet säga hur anbudsgivarna ska skriva sina anbud för att få en viss poäng. Att beskriva hur anbudsgivarna tänkt arbeta med uppdraget måste ligga i deras kompetens. Att Previa kom tvåa med liten marginal är helt irrelevant. Ostridigt är att Kinnekullehälsans anbud är det mest ekonomiskt fördelaktiga. Previa hänvisar till RÅ 2002 ref 50 vilket även Kommunen gör. Det framgår mycket klart och tydligt av förfrågningsunderlaget vad som tillmäts betydelse och en utvärderingsmodell som får ett rättvisande resultat. Att det är ett rättvisande resultat är ställt utom allt rimligt tvivel då samtliga i Kommunens utvärderingsgrupp ansåg att Kinnekullehälsan lämnat det mest ekonomiska anbudet. Kommunen har på intet sätt avvikit från förfrågningsunderlaget. Kommunen har inte bara angett "kvalitet" utan har preciserat vad som avses och hur det ska värderas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. 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.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 6
15846-11 E

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Ifrågavarande upphandling avser företagshälsovård för anställda. Som bakgrund nämns att Kommunen har fokus på personalens hälsa med syfte att personalen ska trivas och utvecklas för ett hållbart yrkesliv. Kommunen vill öka kunskapen kring hälsa, lyfta fram framgångsfaktorer och minska sjukfrånvaron för anställda i Kommunen. - - - Det politiska målet är att personalens hälsa ska förbättras och sjukfrånvaron minskas genom ökad trivsel, hög delaktighet och andra hälsofrämjande insatser.

Anbudet prövas i tre steg – uteslutning, kvalificering och anbudsutvärdering. - - - 3. Anbudsutvärdering – prövning mot angivna utvärderingskriterier. Här prövas den kvalitet och det pris som anbudet erbjuder. - - - Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, med hänsyn till uppställda utvärderingskriterier, kommer att antas.

I en bilaga till upphandlingen Krav/utvärderingskriterier anges bl.a. följande.

Utvärderingskriterium 1.4, Konsultativt stöd

Utvärderas: Antagen leverantör ska vara ett konsultativt stöd för köparen som kan visa på en helhetsbild och ange en arbetsinriktning som kan resultera i ökad kunskap kring hälsa och minska sjukfrånvaron för köparens personal. Beskriv i anbudet hur detta kan tillgodoses. Detta utvärderingskriterium kommer att utvärderas genom att bedöma anbudet samt den muntliga presentation av anbudet som kan komma att ges. Man kan få som

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 7
15846-11 E

högst fyra (4) poäng och varje betygssteg motsvarar 100 000 SEK, dvs. max 400 000 SEK.

0 poäng. Ej acceptabelt konsultativt stöd

1 poäng. Ger lite mervärde för köparen.

2 poäng. Ger ett visst mervärde för köparen.

3 poäng. Ger ett högt mervärde för köparen och värdefullt för arbetet med hälsa.

4 poäng. Ger ett mycket högt mervärde för köpare och är värdefullt för arbetet med hälsa.

Beträffande Previa har i utvärderingsprotokollet beträffande detta kriterium angetts att Previa har fått tre poäng med motiveringen att Previa tydligt och bra beskriver sitt konsultativa arbetssätt. Previa har en önskan om ett nära och bra samarbete, vill inspirera Kommunen till att arbeta förebyggande. Beträffande det vinnande anbudet, som fått fyra poäng, anges att Kinnekullehälsan AB beskriver tydligt, enkelt och förtroendeingivande hur företaget i nära samarbete vill arbeta med Kommunen. Kinnekullehälsan AB betonar tydligt ansvarsfördelning och roller.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet, jfr dåvarande Regeringsrättens, numera Högsta förvaltningsdomstolen, avgörande RÅ 2009 ref 69. Samma domstol, har i avgörandet RÅ 2002 ref 50 uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 8
15846-11E

antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Regeringsrätten har också uttalat 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.

Kinnekullehälsan AB har tilldelats uppdraget och Previa begär nu överprövning av det beslutet på den grunden att förfrågningsunderlaget varit otydligt och på sätt skulle strida mot kravet på likabehandling och öppenhet.

I förvarande förfrågningsunderlag finns utvärderingskriteriet "Tjänster och arbetssätt" där man ska utvärdera att företagshälsovården ska ge råd, stöd och göra bedömningar och insatser vid behov på såväl individ, grupp och/eller organisationsnivå inom områden som specificerats. När det gäller det i målet frågavarande utvärderingskriteriet "Konsultativt stöd" anges att det ska utvärderas att antagen leverantör ska vara ett konsultativt stöd för köparen som kan visa på en helhetsbild och ange en arbetsinriktning som kan resultera i ökad kunskap kring hälsa och minska sjukfrånvaron för köparens personal. Det anges att det ska beskrivas i anbudet hur detta kan tillgodoses. Enligt förvaltningsrättens mening framgår det klart vad som efterfrågas och vad som ska utvärderas. Även om vad som krävs för respektive poäng i utvärderingen inte är helt klart borde man som anbudsgivare förstå att man ska lämna en så bra och noggrann redogörelse som möjligt, dvs. att man ska redogöra för sin kompetens och vilka erfarenheter man har samt hur man avser att bedriva arbetet. Även om det föreligger en viss oklarhet i hur poängsättningen ska ske borde därför det anbud anbudsgivaren avser att lämna inte komma att påverkas. Förvaltningsrätten anser att de angivna uppgifterna i förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt visar på vilket sätt utvärderingen och poängsättningen skulle ske och att Kom-

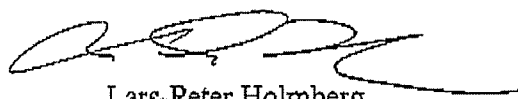
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 9
15846-11E

munen därmed inte brutit på transparensprincipens tydlighet och förutsägbarhet eller att förfarandet i övrigt står i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Skäl att ingripa mot upphandlingen saknas och Previas ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Lars-Peter Holmberg

Rådman

Föredragande i målet har varit Jennifer Onäng.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättsutläggningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, ykte, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU