



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2014-04-23
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
1603-14

SÖKANDE

Avonova Mälarhälsan AB, 556833-0418

Ombud: Advokat Henrik Gallus
Advokatfirman Kjällgren i Lidköping AB
Älvgatan 16
531 31 Lidköping

MOTPART

Järfälla kommun
177 80 Järfälla

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-04-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Avonova Mälarhälsan AB:s ansökan och förklarar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 449119

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Järfälla kommun (kommunen) genomför som förenklat förfarande enligt 2 kap. 24 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling med rubriken "Företagshälsovård II", dnr Kst 2013/364. I tilldelningsbeslut med utvärderingsrapport daterat den 7 januari 2014 och utsänt den 13 januari 2014 meddelade kommunen att avtal kommer att slutas med Betania AB (Betania), medan anbudet från Järfällahälsan AB förkastats. Som skäl för det sistnämnda anfördes följande. Anbudet har lämnats in under bolagsnamnet Järfällahälsan AB (Järfällahälsan). Under punkten företagsupplysningar beskrivs företaget som Avonova Järfällahälsan AB. Vid kontroll har kommunen konstaterat att Avonova Järfällahälsan AB har ett annat organisationsnummer än anbudslämnaren Järfällahälsan. Eftersom Avonova Järfällahälsan AB inte är anbudslämnare i den aktuella upphandlingen, har företagets anbud inte kunnat prövas. Vid kontroll av Järfällahälsan hos Skatteverket via SKV4820 och genom kreditupplysning hos UC har det framkommit att företaget är avregistrerat och inte bedriver någon verksamhet. Anbudsgivaren har därmed inte kunnat visa att man uppfyller kraven avseende betalning av skatter, registrerings-skyldighet, giltig F-skatt och ekonomisk ställning.

Avonova Mälarhälsan AB (Avonova) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom att deras anbud tas upp till utvärdering och att anbud från Betania och Falck Healthcare AB (Falck) förkastas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Till stöd härför anför Avonova bl.a. följande.

Öppettider

Av punkten 3.1.2 i förfrågningsunderlaget framgår att det är ett skall-krav att öppettiderna ska vara måndag till fredag kl. 07.30 – 16.30. Kommunen har under anbudstiden, efter en fråga, ändrat till kl. 08.00 – 17.00, troligen för att frågeställaren själv skulle kunna inge ett anbud. Det är en väsentlig

förändring av förutsättningarna i förfrågningsunderlaget och ställer nya krav på anbudsgivarens organisation. Det är inte tillåtet att göra en sådan väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget under ett pågående anbuds-förfarande. Att så ändå har skett innebär att kommunen brutit mot grund-läggande principer om förutsägbarhet och likabehandling.

Garanterad volym

En intressent har frågat om det finns någon basvolym gällande antalet timmar. Kommunen har svarat att man kommer att ge en garanterad volym som inte är fastställd idag. Genom detta uppstår en osäkerhet om vad som gäller och hur stor garantin blir. Kommunen kommer alltså senare att träffa nytt avtal med vinnande anbudsgivare. Frågan om garanterad volym är en faktor av mycket stor betydelse för en anbudsgivare och har faktisk pris-påverkan. Utan sådan garanti måste anbudsgivaren lämna ett högre pris för att "ta höjd". Eftersom kommunen tidigare har haft avtal om företags-hälsovård finns det tydlig statistik om antalet besökare m.m. Det hade inte varit svårt för kommunen att sätta en garanterad volym; att så inte skett är dock i sig ingen brist. Felet är att kommunen har tagit sig rätten att efter genomförd upphandling lämna viss garantivolym till viss anbudsgivare. Det innebär att man inte redovisat alla grundläggande faktorer för den ak-tuella upphandlingen. Det kan jämföras med om man bifogat en av-talstext där det angavs att det tillkommer en klausul som dock inte kan preciseras i nuläget. Det strider mot likabehandling och förutsägbarhet.

Utvärderingskriterier

Kommunen har sammanblandat kvalificeringskriterier och tilldelnings-kriterier på ett otillåtet sätt. I punkten 1.1.17 redogörs för hur anbuds-prövningen ska genomföras. Under steg 3 avseende utvärdering framgår att fem kriterier ska bedömas och att de som lämnas av anbudsgivarna ska betygsättas i skalan 1 – 5. Betygsättningen beskrivs vidare i varje steg. Under respektive steg framgår att det ska göras en utvärdering av anbuds-

givarens förmåga och kapacitet att ha möjlighet att utföra uppdraget på ett visst sätt. Det avser således frågor om vilka resurser, kvalifikationer och erfarenheter som anbudsgivaren förfogar över. Detta är kriterier för anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget och inte för utvärdering. Det finns ingen koppling mellan förmåga och kapacitet visavi det som upphandlas som berättigar till en sådan sammanblandning.

Uteslutningen av Avonova

Det är Avonova som är anbudsgivare, vilket är uppenbart efter en genomläsning av deras anbud. Järfällahälsan var ett helägt dotterbolag till Avonova och i augusti 2013 uppgick Järfällahälsan genom fusion i Avonova. I upphandlingen har använts upphandlingsverktyget TendSign, där anbudsgivaren får en inloggningsuppgift och grunduppgifter finns sparade sedan tidigare anbud. Avonova har använt en inloggningsuppgift från tiden då verksamhet bedrevs i Järfällahälsan. Därvid har Järfällahälsans grunduppgifter per automatik kommit att införas på sidan 1 i Avonovas anbud. Avonova har alltså inte självt fyllt i dessa uppgifter i samband med anbudet. Den felaktiga uppgiften är dold och syns inte vid själva anbudsskrivandet och har således inte noterats av Avonova. Vid en genomläsning av anbudet är det uppenbart att det ingetts av Avonova. Genom enkel sökning i bolagsregistret framgår att Järfällahälsan är avregistrerat och genom fusion har uppgått i Avonova. Det måste antas att kommunen gör en sådan sökning för att inledningsvis undersöka formella uppgifter. I förfrågningsunderlaget, punkten 1.1.7 anges att anbudet ska vara undertecknat av behörig firmatecknare i bifogat anbudsformulär. I Avonovas anbud finns anbudsformuläret bifogat som bilaga. Av denna bilaga framgår tydligt att det är Avonova med organisationsnummer 556833-0418 som är anbudsgivare. Det är också en behörig företrädare för Avonova som undertecknat handlingen. I punkten 2.1.2 lämnas företagsupplysningar för anbudsgivaren. Där har Avonova angett att de olika bolagen i Mälardalsregionen, inklusive Järfällahälsan, fusionerades upp i Avonova. Det måste ha stått helt klart för kommunen att Järfällahälsan inte längre finns

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

kvar som bolag utan, genom fusion, har uppgått i Avonova. Av punkten 2.1.4 framgår att anbudsgivaren ska bifoga ett aktuellt registerutdrag från Skatteverket, och i frågor och svar har kommunen bekräftat att blanketten SKV4820 ska inges. Avonova har därvid bifogat en skrivelse från Skatteverket vari det framgår att uppgifterna avser Avonova. Även i punkten 2.1.5 har Avonova upplyst om fusionen, samt bifogat moderbolagsgaranti från Avonova Sverige AB. Avonova uppfyller kravet i punkten 2.1.10 att verksamheten ska vara certifierad enligt ISO, eftersom Järfällahälsan hade sådan certifiering och Avonova certifierats igen i september 2013 samt att nya certifikat skulle erhållas i november 2013 vilket framgick av anbudet. Avonova uppfyller kravet i punkten 2.1.11 på miljöcertifiering vilket framgår av att Avonova bifogat diplom härom från kommunen; det saknar betydelse om detta skulle vara utgången. Avonovas anbud uppfyller alla obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget och ska därför gå vidare till utvärderingsfasen.

Kvalificeringen av Betania

I Betanias vinnande anbud anges har, på sida 1, angetts "Betania Privat AB" som anbudsgivare. Under punkten 2.2.1 beskrivs ett annat bolag, "Betania Organisationsmedicin AB", som anbudsgivare. Det finns i Betanias anbud ingen förklaring till varför båda bolagen förekommer i anbudet. Deras anbud är utformat ungefär på samma sätt som Avonovas anbud fast utan förklaring till varför det är två olika bolag. Genom att godta Betanias anbud men inte Avonovas har kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen. Av kommunens delegeringsbeslut är det inte möjligt att förstå vem som vunnit upphandlingen, då det står "Betania AB" fastän ingen sådan firma finns i bolagsregistret. Efter kommunens begäran om förtydligande svarade Betania med en beskrivning av relationen mellan bolagen men det framgick inte vilket av bolagen som lämnade anbudet; möjligen framgår det av fullmakt som Betania bifogat. Någon möjlighet till förtydligande fick inte Avonova, vilket strider mot likabehandlingsprincipen. Betanias anbud innehåller även andra brister. Behörig företrädare för Betania har inte undertecknat anbudet

enligt punkten 1.1.7. Betania har åberopat underleverantör och styrkt detta endast med avtal och inte med garanti från underleverantören såsom föreskrivs i punkten 2.1.8. Avtalstiden i underleverantörsavtalet kan sägas upp i förtid av respektive part med endast tre månaders uppsägningstid.

Kvalificeringen av Falck

Falck har inte bifogat intyg med garanti att den underleverantör, som de använder, förfogar över resurserna när avtalet ska fullgöras, och uppfyller därför inte kravet i punkten 2.1.8. Falck uppfyller ej heller kravet på miljöledningssystem i punkten 2.1.11, då de inte har något dokumenterat system för sin miljöledning, utan bara en allmängiltig text där det inte framgår uppfyllande av krav, uppdatering av dokumentet eller hur rutiner är beslutade.

Utvärderingen

Avonovas anbud är det mest fördelaktiga anbudet och borde ha vunnit. Den nu aktuella upphandlingen är en effekt av att domstol tidigare beslutat om att upphandlingen skulle göras om. I den första upphandlingen under 2013 användes i stort sett samma utvärderingskriterier som i aktuell upphandling, och Järfällahälsan var anbudsgivare. De svar som då lämnades av Järfällahälsan under punkterna hälsovård, ergonomi, psykosocialt och arbetsmiljö är identiska med de som nu lämnats av Avonova. Vid utvärderingen av den tidigare upphandlingen fick Järfällahälsan maximala fem poäng i nämnda utvärderingskriterier. I den aktuella upphandlingen har ett femte utvärderingskriterium, kvalitet, tillkommit. Avonova skulle antagligen ha fått minst fyra poäng där. Avonovas snittpoäng skulle därmed ha blivit 4,8 vilket på offererat pris på 907,50 kr skulle ge ett prispåslag om 400 kr och därmed ett jämförelsepris på 1 307,50 kr, vilket är lägre än Betania. Även om Avonova bara finge en poäng under kvalitet hade jämförelsepriset, som då blivit 2 507,50 kr, vara lägre än Betanias. Falcks jämförelsepris har varit högre än Betanias.

Skada

Avonova har lidit skada eller kan komma att lida skada av att deras anbud felaktigt har uteslutits och inte utvärderats, att Betanias anbud felaktigt har kvalificerats, att Falcks anbud felaktigt har kvalificerats, att kommunen kvalificerings- och utvärderingskriterier sammanblandats, att kravet på öppettider ändrats och att det föreligger osäkerhet om garanterad volym. Om förvaltningsrätten skulle finna att Avonova inte är anbudslämnare har Avonova ändå lidit skada eller kan komma att lida skada av att Betanias och Falcks anbud kvalificerats, då uteslutning av dessa skulle ha medfört att det inte fanns några giltiga anbud. Upphandlingen skulle då få göras om och Avonova skulle ha möjlighet att vinna den nya upphandlingen.

Kommunen bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande.

Öppettider

Det första kravet på öppettider ställdes utifrån de tider som Järfällahälsan idag erbjuder kommunen. Om kommunen inte därefter ändrat kravet på öppettider hade man brutit mot 1 kap. 9 § LOU. Förändringen av skall-kravet var en anpassning till branschens öppettider. Förtydligande skickades ut via TendSign, till alla som hämtat ut förfrågningsunderlaget, den 14 oktober 2013 kl. 16.35. Genom förändringen av kravet öppnades möjligheten för fler företag att komma in med anbud och konkurrensen ökades därmed. Till sammans med verksamheterna har kommunen gjort bedömningen att den inte har något behov av företagshälsovård från kl. 7.30. Förändringen av skall-kravet är ingen otillåten eller väsentlig förändring.

Garanterad volym

Kommunen har på Avonovas fråga svarat att man kommer ge en garanterad volym som inte är fastställd idag. Eftersom kommunen inte känner till det förväntade behovet av företagshälsovård kan kommunen inte lämna någon garanterad volym vid anbudstillfället. Det framgår tydligt under punkten

3.2.1 att antalet timmar ska ses som en upplysning och inte är garanterad volym. Volymen är inget utvärderingskriterium och är inte intressant i överprövningen. Alla presumtiva anbudsgivare har fått samma information.

Utvärderingskriterier

Den utvärderingsmodell som använts är allmänt accepterad och strider inte mot LOU eller unionsrätten. Förvaltningsrätten i Stockholm har i mål 46899-10 konstaterat att en utvärderingsmodell liknande den som använts i förevarande upphandling är godtagbar. Det upphandlingsrättsliga regelverket innehåller inte några närmare formkrav för hur anbudsutvärderingen ska gå till eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Det framstår som motsägelsefullt att Avonova å ena sidan hävdar att de skulle ha erhållit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket implicerar att Avonova har förstått utvärderingsmodellen, och å andra sidan menar att kommunen blandat ihop utvärderings- och kvalificeringskriterierna.

Uteslutningen av Avonova

I anbudsformuläret har Avonova angett "Avonova Mälarhälsan" och under punkten 2.1.2 skriver Avonova "Presentation av Avonova Mälarhälsan och Järfällahälsan". Det framgår inte om det är två bolag eller ett och samma, och det framgår inte med tydlighet vilket bolag som lämnar anbudet. Om anbudet har lämnats in av Avonova har Avonova inte uppfyllt kraven på kvalitets- och miljöledningssystem. Certifikatet för kvalitetsledningssystem och diplommet för miljöledningssystem som har bifogats anbudet är utställda på Järfällahälsan. Enligt LRQA Sverige AB har Avonova inte rätt att åberopa Järfällahälsans certifikat för kvalitetsledning, eftersom Avonova har ett annat certifieringsinstitut än LRQA. Diplommet för miljöledning upphörde att gälla den 28 september 2013 och motsvarar inte någon certifiering, så Avonova har inte visat att de är ISO-certifierade.

Under förfrågningsunderlagets punkt 2.1.3, Skattekontroll, har kommunen skrivit att man kommer att kontrollera att anbudsgivaren betalar föreskrivna skatter och avgifter genom att begära in blanketten SKV4820 från Skatteverket. Under punkten 2.1.4 anges att anbudsgivarna ska uppfylla lagenligt ställda krav på registreringskyldighet, inneha F-skattesedel och bifoga aktuellt registerutdrag från Skatteverket. Kommunen har inte ställt kravet att SKV4820 ska bifogas anbudet. Kommunen har på en fråga från Avonova den 25 oktober 2013 svarat att anbudsgivaren till sitt anbud ska bifoga kopia på registerutdrag som bekräftar F-skatt. Det borde stå tydligt för anbudsgivaren att det är ett registerutdrag som kommunen efterfrågar och inte blankett SKV4820, även om svaret är lite otydligt formulerat. Den av Avonova insända blanketten SKV4820 är inte registerutdrag enligt Skatteverkets definition. Avonova har inte uppfyllt kravet på registreringskyldighet och saknar även F-skattesedel. Vid ekonomisk kontroll hos UC har även framkommit att bolaget är avregistrerat och det uppfyller därmed inte kravet i punkten 2.1.5 om ekonomisk ställning.

Kommunen kunde vid första granskningen konstatera att oavsett om anbudet lämnats in av Järfällahälsan eller Avonova uppfyllde det inte skallkraven. Om det var Järfällahälsan uppfylls inte krav på registreringskyldighet, F-skatt och ekonomisk ställning; om det var Avonova uppfyller det inte kravet på kvalitets- och miljöledningssystem. Det fanns därför inte skäl att anmoda Avonova att förtydliga sitt anbud.

Kvalificeringen av Betania

Det stämmer att Betania har angett organisationsnummer för två bolag. Båda bolagen har visat att de uppfyller alla ställda skallkrav, varför de gick vidare till utvärdering. De bilagor som Betania bifogat anbudet tillhör Betania Organisationsmedicin AB, inte Betania Privat AB. Kommunen begärde in ett förtydligande över relationen mellan bolagen. Betania har också bifogat registerutdrag från Skatteverket.

Kvalificeringen av Falck

Av bilaga 6 i Falcks anbud framgår när senaste uppdateringarna av deras miljöledningssystem skett. Om Falck inte uppfyller kravet ska Avonovas anbud förkastas på samma grund. Då Falcks anbud inte är aktuellt för avtal är Avonovas påståenden om deras anbud inte relevanta.

Utvärderingen

Avonovas påstående att de har avgett det mest fördelaktiga anbudet grundas på utvärderingen i den upphandling som avbröts 2013. I den avbrutna upphandlingen erhöll Järfällahälsan, inte Avonova, fem poäng på samtliga utvärderingskriterier. Det stämmer inte att kraven är samma i föreliggande upphandling. Avseende hälsundersökning har kravet på akutbesök vid arbetsolycksfall utgått, medan nya krav tillkommit på råd och behandling inom fem arbetsdagar och utrymme för akuttider i samband med förstasintyg. Det är inte säkert att Avonova skulle ha fått samma poäng som i den avbrutna upphandlingen. Varje upphandling är unik i sig och dess utvärdering sker enligt de krav som ställs i respektive upphandling.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Allmänt

I målet är fråga om ett förenklat förfarande enligt 2 kap. 24 § jämfört med 15 kap. 3 § LOU. Tillämplig lag är därför i första hand 15 kap LOU och de paragrafer som hänvisas till i 15 kap. 2 §, bl.a. hela första och sextonde kapitlena. Enligt 15 kap. 16 § LOU ska den upphandlande myndigheten anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som har lägst pris.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 praxis följer att det strider mot likabehandlingsprincipen att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven, se t.ex. EU-domstolens avgörande C-243/89, Stora Bält. Även om EU-direktivet inte är direkt tillämpligt på 15 kap. LOU, är EU-domstolens praxis till tolkningshjälp.

Om upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas.

Uteslutningen av Avonova

I det anbud som Avonova menar är deras anges, under fältet "Anbudslämnare", som säljare "Järfallahälsan AB" och organisationsnummer 5562897073. Avonova har lämnat en av kommunen oemotsagd förklaring till detta, nämligen att dessa fält varit förifyllda i TendSign. Detta är därför i sig inte tillräcklig grund för att diskvalificera Avonova. Avgörande är istället om det av anbudet som helhet klart och tydligt framgår att det är Avonova som är anbudsgivare, jfr dom av Kammarrätten i Sundsvall den 27 maj 2013, mål nr 859-13. Fusionen får inte ha skett efter anbudstidens utgång, eftersom kommunen då frånhänder möjligheten att kontrollera det "nya" bolaget uppfyller kvalificeringskriterierna vid anbudsöppningen, jfr dom av Kammarrätten i Göteborg den 8 november 2011, mål nr 4847-11.

Avonova har i ansökan om överprövning presenterat sig som "Avonova Mälarhälsan AB, 556833-0418". Huruvida det av anbudet framgår att det är just detta bolag som lämnat anbudet är centralt för att Avonovas ansökan om överprövning ska kunna vinna bifall på denna punkt.

Under punkten 2.1.1 Företagsupplysning har Avonova presenterat sig som "Avonova Mälarhälsan, där Avonova Järfälla ingår". Det framgår att Avonova bedriver företagshälsa på flera orter, bl.a. Jakobsberg/Järfälla. Under 2.1.5 Ekonomisk ställning anges att Järfällahälsan med flera bolag har fusionerats upp i Avonova Mälarhälsan AB, och där hänvisas till en moderbolagsgaranti i bilaga 2. I denna bilaga intygar moderbolaget Avonova Sverige AB att de äger "dotterbolaget Mälarhälsor AB, org.nr 556833-0418". Intyget är undertecknat den 22 augusti 2013 och sista anbudsdag är den 8 november 2013. I anbudsformuläret anger Avonova som företagsnamn "Avonova Mälarhälsan, Affärsenhet Järfälla" och samma organisationsnummer. Genom kombinationen av detta har Avonova, enligt förvaltningsrättens mening, i sitt anbud gjort tillräckligt tydligt att anbudsgivare är Avonova Mälarhälsan och att fusionen genomfördes före anbudstidens utgång.

I utvärderingsrapporten anger kommunen sedan man, såsom förvaltningsrätten funnit oberättigat, konstaterat att Avonova inte är anbudsgivare, att anbudsgivaren därmed inte kunnat visa att denne uppfyller kraven på betalning av skatter, registreringsskyldighet, F-skatt och ekonomisk ställning. Några andra motiveringar till att dessa krav inte skulle vara uppfyllda har kommunen inte angett i tilldelningsbeslut eller utvärderingsrapport.

I sin inlaga till förvaltningsrätten har kommunen tillagt att Avonova inte uppfyllt kraven på registreringsskyldighet och F-skattesedel. Det är dock ostridigt att Avonova gett in blankett SKV4820.

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 2.1.3 Skattekontroll att kommunen kommer att begära in blanketten SKV4820 från Skatteverket men att utländska anbudsgivare (vilket ej är aktuellt i målet) själva måste bifoga motsvarande dokumentation. Under 2.1.4 Registreringsskyldighet anges att leverantören ska uppfylla lagenligt ställda krav på registrerings-

skyldighet och bifoga ett aktuellt registerutdrag från Skatteverket som styrker innehavet av F-skatt. I frågor och svar har en anbudsgivare frågat:

Fråga angående punkt 2.1.3 och 2.1.4.

I punkt 2.1.3 skriver ni att ni kommer att begära in blanketten SKV4820 från Skatteverket. I punkt 2.1.4 skriver ni att vi skall bifoga aktuellt registerutdrag från Skatteverket som styrker innehav av F-skatt. I SKV4820 ingår uppgifter om innehavet av F-skatt. Så min fråga är. Skall vi också skicka in SKV4820?

Kommunen har svarat: "Ja, Anbudsgivaren sjuka till sitt anbud bifoga en kopia på registerutdraget som bekräftar f-skatt". Mot bakgrund av bristen på ytterligare information i detta svar, samt att Avonova bifogat intyg från Skatteverket utfärdat 2013-11-04 som bekräftar att Avonova är registrerat för F-skatt, anser förvaltningsrätten att det inte framkommit skäl att förkasta Avonovas anbud på denna grund. Att utesluta en anbudsgivare för att fel intyg getts in, när det ingivna intyget stryker samma sak, strider enligt förvaltningsrättens mening mot proportionalitetsprincipen.

Kommunen har hos förvaltningsrätten lagt till uteslutningsgrunderna att Avonova inte uppfyller kraven på kvalitetsledningssystem i punkten 2.1.10 och miljöledningssystem i 2.1.11. Fastän detta inte nämnts i tilldelningsbeslutet eller utvärderingsrapporten kan sådana nya uteslutningsgrunder prövas av förvaltningsrätten, eftersom den som ändå borde ha utslutits på någon av dessa grunder inte kan ha lidit skada av att uteslutas, jfr dom av Kammarrätten i Stockholm den 30 maj 2012, mål nr 924-12 (Högsta förvaltningsdomstolen beviljade ej prövningstillstånd). Förvaltningsrätten ska därför pröva dessa nya uteslutningsgrunder.

Gällande kvalitetsledningssystem är det ostridigt att Avonova har gett in ett certifikat utställt på Järfällahälsan. Detta bekräftar enligt förvaltningsrättens mening inte att Avonova uppfyller kravet på alla orter där de är verksamma, men väl att de uppfyller kravet i sin verksamhet i Järfälla kommun, eftersom Avonova köpt upp Järfällahälsan.

Gällande miljöledningssystem har Avonova ostridigt bifogat ett diplom utställt till Järfällahälsan och har dessutom angett att Avonova kommer att miljöcertifieras under hösten 2013. I förfrågningsunderlaget anges under 2.1.11 att det ska visas att anbudsgivaren arbetar efter "system i form av ISO certifiering eller efter ett eget dokumenterat system", därefter anges vad som ska bifogas ifall eget system används. Denna formulering är enligt förvaltningsrättens mening snarlikt den vedertagna formuleringen att ett visst certifikat "eller likvärdigt" godtas, jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 13 december 2011, mål nr 7680-11. Kommunens ståndpunkt, att ISO-certifiering måste styrkas, saknar därmed täckning i förfrågningsunderlaget. Härutöver har kommunen inte gjort några andra invändningar mot Avonovas miljöledningssystem än att diplommet är utställt på Järfällahälsan, vilket av samma skäl som för kvalitetsledningssystem enligt ovan inte ska vara grund för uteslutning i denna upphandling, och att diplommet går ut den 28 september 2013. Detta har Avonova – även i anbudet – förklarat med att de certifierats igen i september 2013 och att nytt certifikat erhålls i november 2013, något som kommunen inte i sig motsagt. Sammanfattningsvis har kommunen saknat skäl för att förkasta Avonovas anbud.

Öppettider

I förfrågningsunderlaget anges under punkten 3.1.2 att öppettider ska vara måndag till fredag mellan kl. 07.30 – 16.30. I publika frågor och svar den 10 oktober 2013 har kommunen fått synpunkten att andra företagshälsovårder har öppet kl. 8 – 17 och att kravet på öppettider hindrar frågeställaren från att lämna anbud. Kommunen svarade den 14 oktober 2013 att kravet förändras enligt bifogat dokument. Detta bifogade dokumentet har inte getts in till förvaltningsrätten av någon av parterna, men det är ostridigt att de nya öppettiderna är 8 – 17.

Genom publika frågor och svar får den upphandlande myndigheten innan anbuden ges in göra kompletteringar och förtydliganden, men den får inte göra väsentliga förändringar. En ändring av ett skall-krav bör normalt ses som en väsentlig förändring, jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 2 juni 2010, mål nr 1132-10. Vid frågor och svar får den upphandlande myndigheten inte tillföra andra krav än dem som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras vilket skulle strida mot likabehandlingsprincipen, jfr dom av Kammarrätten i Jönköping den 20 juni 2012, mål nr 437--466-12.

Förvaltningsrätten anser att ändringen av kravet på öppettider, som bl.a. innebär att stängningstidpunkten måste senare läggas från 16.30 till 17.00, är en väsentlig förändring av ett skall-krav. Kommunens ståndpunkt, att det skulle ha varit ett brott mot 1 kap. 9 § LOU att *inte* ändra detta skall-krav till vad man nu menar är branschpraxis, saknar juridisk grund. Tvärtom har kommunen, genom att man *har* ändrat kravet på öppettider, brutit mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen.

Garanterad volym

Parterna är överens om att såvida kommunen inte vet vilken volym upphandlingen kommer att omfatta, har den inte brutit mot LOU genom att inte ange någon garanterad volym. Avonova menar dock att kommunen, genom att på en publik fråga den 25 oktober 2013 om basvolym svara att man "kommer att ge en garanterad volym som inte är fastställd idag", har brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Även om nämnda svar knappast innehåller någon information av värde, är det lika icke-informativt för alla. Det kan inte av svaret utläsas att kommunen sitter inne med information som man inte delar med sig av. På denna punkt har kommunen därför, enligt förvaltningsrättens mening, inte brutit mot likabehandlingsprincipen eller transparensprincipen.

Utvärderingskriterier

I EU-domstolens avgörande den 24 januari 2008, C 532/06, *Lianakis* fastslås att det är otillåtet för upphandlande myndighet att i utvärderingsfasen använda sig av sådana kvalificeringskriterier som avser anbudsgivarnas erfarenhet, personalstyrka, utrustning och förmåga att utföra projektet. Detta följer av principen att utvärderingen ska ha som syfte att anta det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt.

Att just begreppet "förmåga att utföra projektet" är ett otillåtet utvärderingskriterium betonas i domar av Kammarrätten i Göteborg den 4 mars 2010, mål nr 6420-09 och Kammarrätten i Jönköping den 13 februari 2013, mål nr 3005-12. Att förfrågningsunderlaget för transparensens skull måste ge viss ledning gällande vad som avses med allmänt hållna positiva begrepp i utvärderingsfasen, har betonats i domar av Kammarrätten i Göteborg den 7 april 2009, mål nr 6411-08 och den 10 juli 2009, mål nr 2295-09.

I förevarande upphandlings förfrågningsunderlag under punkten 1.1.17 anges att de kriterier som ska betygsättas är hälsovård, ergonomi, psykosociala insatser, arbetsmiljö och kvalitetssäkring. Därefter anges att betygs-skalan kommer att vara 1-5 och de olika betygsstegen utvecklas, i ett gemensamt block för alla kriterierna, enligt följande.

5. Utmärkt: Anbudsgivaren visar på ett för kommunen trovärdigt, tydligt och överskådligt sätt att den har full insikt i vad som krävs för att uppdraget ska kunna utföras. Anbudsgivaren har för kommunen gjort sannolikt att denne kommer att ha tillräcklig förmåga och kapacitet för att ha möjlighet att utföra uppdraget på ett utmärkt sätt.

4. Mycket bra: Anbudsgivaren visar på ett för kommunen trovärdigt sätt att denna har full insikt i vad som krävs för att uppdraget ska kunna utföras. Anbudsgivaren har för kommunen gjort sannolikt att denne kommer att ha tillräcklig förmåga och kapacitet för att ha möjlighet att utföra uppdraget på ett mycket bra sätt.

3. Bra: Anbudsgivaren visar för kommunen att denne har insikt i vad som krävs av anbudsgivaren för uppdraget ska kunna utföras. Anbudsgivaren har

för kommunen gjort sannolikt att denne kommer att ha sådan förmåga och kapacitet att man kan utföra uppdraget på ett bra sätt.

2. Vissa svagheter: Anbudsgivaren har för kommunen gjort sannolikt att denne kommer att ha sådan förmåga och kapacitet att man har rimlig möjlighet att utföra uppdraget.

1. Svagt. Anbudsgivaren har inte för kommunen gjort sannolikt att denne kommer att ha sådan förmåga och kapacitet att denne har rimlig möjlighet att utföra uppdraget.

Förvaltningsrätten anser att kommunen, genom att formulera betygsskalan på detta sätt, har brutit mot båda principerna i praxis enligt ovan. Dels har kommunen genom att göra begreppen "förmåga" och "kapacitet" centrala i utvärderingsfasen sammanblandat kvalificerings- och utvärderingskriterier, dels saknas det information om vad som kommer att tillmätas betydelse gällande de olika kriterier som ska betygsättas. Kommunen har därmed brutit mot både 15 kap. 16 § LOU och mot transparensprincipen.

Kvalificeringen av Betania

Betania har under 2.1.2 Företagsupplysning och även i anbudsformuläret presenterat sig som Betania Organisationsmedicin AB. I alla certifikat, underleverantörsavtal, kreditupplysningshandlingar och registerutdrag från Skatteverket ur Betanias anbud som Avonova gett in till förvaltningsrätten förekommer Betania Organisationsmedicin AB. Det fält på sida 1 i anbudet där Betania Privats organisationsnummer angetts har Avonova självt anfört är ett förfyllt fält som ska sakna betydelse.

Kommunen har gett Betania tillfälle att förklara relationen mellan sina två bolag. Det måste anses vara en sådan komplettering eller förtydligande som får godtas enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU. Invändningen från Avonova, att de själva inte fick göra motsvarande komplettering, har förfallit eftersom förvaltningsrätten funnit att Avonovas anbud ska godkännas oavsett komplettering. Att kommunen i tilldelningsbeslutet som vinnare

endast har angett "Betania AB" saknar betydelse då det ändå är uppenbart vilken av de konkurrerande anbudsgivarna som vunnit.

Avonovas övriga invändningar mot Betanias anbud är att det inte undertecknats av behörig företrädare och att Betania inte styrkt tillgång till underleverantörs kapacitet. Betanias anbud är dock undertecknat av VD för det i sammanhanget relevanta bolaget Betania Organisationsmedicin AB, och VD har i praxis ansetts vara behörig att underteckna anbud i offentlig upphandling, jfr dom av Kammarrätten i Stockholm den 27 augusti 2012, mål nr 2803-12. Gällande underleverantör anges som krav i 2.1.8 att anbudsgivaren ska bifoga intyg från underleverantören med garanti om att den förfogar över underleverantörens resurser när avtalet ska fullgöras. I prop. 2006/07:128 s. 246 anges att det ankommer på anbudsgivaren att "genom t.ex. ett avtal visa att han förfogar över erforderlig kapacitet" och att det kan "vara fråga om en överenskommelse" mellan anbudsgivaren och dess underleverantör. Varken i förfrågningsunderlaget eller i LOU anges hur lång uppsägningstid en sådan förbindelse måste ha. Betania har ingett ett avtal mellan Betania Organisationsmedicin AB och Arbetsmiljö-tjänst i Stockholm. Det får i ljuset av förarbetsuttalandet anses inrymmas i "intyg" eller "garanti". Sammanfattningsvis saknas grund för att Betanias anbud ska förkastats.

Kvalificeringen av Falck

Det saknas skäl för förvaltningsrätten att ta ställning till om Falck påvisat sin underleverantörs kapacitet eller om deras miljöledningssystem är godtagbart, eftersom detta inte har någon betydelse för utgången i målet.

Utvärderingen

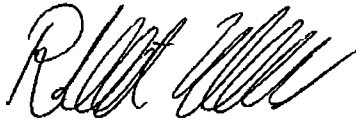
Eftersom förvaltningsrätten underkänner beskrivningen i förfrågningsunderlaget av betygsskalan i sig, saknar förvaltningsrätten skäl att gå in på vilket betyg Avonova eller någon annan borde ha fått.

Slutsats

Kommunen har brutit mot LOU och dess principer på tre punkter: genom att skall-kravet om öppettider har ändrats, genom att utvärderingsmodellen sammanblandar kvalificerings- och utvärderingskriterier och är icke-transparent samt genom att Avonova felaktigt uteslutits från utvärdering. Genom dessa överträdelser kan Avonova ha lidit skada. De två första överträdelserna hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska därför göras om. På så sätt ska Avonovas ansökan om överprövning bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Robert Johansson

Rådman

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR – PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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.