



KLAGANDE

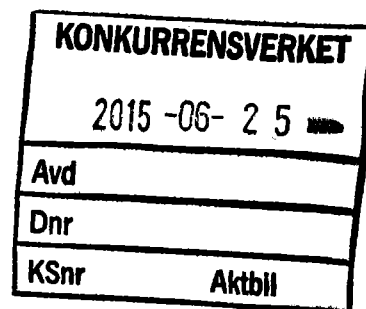
AGA Gas Aktiebolag, 556069-8119

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting

Ombud: Landstingsjuristen Paul Collins
Stockholms läns landsting
Juridik och upphandling
Box 22550
104 22 Stockholm



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 29 oktober 2014
i mål nr 5772-14, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar, med ändring av förvaltningsrättens dom, att Stockholms läns landstings upphandling avseende upphandling av Hjälpmiddelscentralverksamhet SLL1120, objekt B, ska göras om.

YRKANDEN M.M.

AGA Gas Aktiebolag (bolaget) yrkar att kammarrätten ska besluta att upphandlingen avseende objekt B ska göras om.

Stockholms läns landsting (SLL) bestrider yrkandet och hemställer att överklagandet ska lämnas utan bifall.

Kammarrätten har den 7 november 2014 interimistiskt förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har till stöd för sitt överklagande anfört samma grunder som i förvaltningsrätten och gjort bl.a. följande tillägg och förtydliganden.

Upphandlingens omfattning har förändrats väsentligt under upphandlingens gång då det är ett obligatoriskt krav, dvs. att leverera de tillagda produkterna under avtalstiden, som förts in under förhandlingarna. De tillagda produkterna utgör minst nio procent av den ursprungliga omfattningen av upphandlingen. Därmed står det klart att upphandlingens tillämpningsområde väsentligen utsträcks. Det förhållandet att de tillagda produkterna ryms inom upphandlingsföremålets tillämpningsområde har inte någon relevans för frågan om de tillagda produkterna innebär en väsentlig förändring av upphandlingens omfattning.

Vidare överstiger värdet av de tillagda produkterna tillämpligt tröskelvärde om 1 806 427 kr enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, vilket innebär att det totala värdet markant överstiger 18 miljoner kr under upphandlingens totala möjliga avtalstid om tio år. Vid en jämförelse mellan detta belopp och anbudsgivarnas anbudspriser kan konstateras att 18 miljoner kr är ett väsentligt belopp i upphandlingen. Eftersom ingen

prissättning skett avseende de nu tillagda produkterna får antagen leverantör möjlighet att utforma prissättningen av dessa produkter utan att de upphandlats i konkurrens. Det verkliga beloppet avseende de tillagda produkterna skulle kunna bli väsentligt högre än det uppskattade värdet, innebärande att den ekonomiska jämvikten ändras till förmån för leverantören på ett sätt som inte ursprungligen föreskrivits i upphandlingen.

Sammantaget utgör tillägget en väsentlig förändring av upphandlingens omfattning i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Den obefintliga informationen kring antal, identitet och volymer beträffande tillagda produkter, tillsammans med den mycket korta tiden för anpassning av anbuden, har inneburit att det varit omöjligt för bolaget att kunna göra en tillräcklig bedömning av vilket slutligt anbudspris som skulle lämnas i upphandlingen. Det är tillräckligt för att skaderekvisitet ska vara uppfyllt att det inte är uteslutet att bolagets anbud kunde varit annorlunda utformat om SLL agerat i enlighet med LOU.

Därutöver har förhandlingarna i upphandlingen genomförts i strid med likabehandlingsprincipen samt underkriteriernas utformning inneburit en otillåten sammanblandning av de obligatoriska kraven och utvärderingskriterierna. Vidare strider utformningen av underkriterierna mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har lidit, eller riskerat att lida, skada på grund av dessa brister.

SLL har till stöd för sitt bestridande anfört bl.a. följande förtydliganden.

Ett tillägg av 1–2 funktionsrader i funktionsprislistan är inte att betrakta som väsentligt och bör därför vara tillåtet. Mot bakgrund av att funktionsprislistan innehåller 22 andra funktionsrader är en komplettering av dessa få utrustningar att betrakta som marginell eller i vart fall inte innebärande att upphandlingen har förändrats väsentligt i förhållande till storleken på upphandlingen i övrigt. SLL krävde inte heller att anbudsgivarna skulle

komplettera sina priser eftersom priserna för de nya hjälpmedlen skulle fastställas genom förhandling efter tilldelning. Följaktligen har tillägget varken försvårat justering av priset (det huvudsakliga syftet med förhandlingen) eller förorsakat några negativa konsekvenser för anbudsgivarna. Det finns inga särskilda bestämmelser som reglerar i vilka situationer förändringar av förfrågningsunderlag kan tillåtas. Enligt praxis betraktas inte alltid en förändring av ett obligatoriskt krav genom komplettering av ett förfrågningsunderlag, även om förändringen strider mot likabehandlings- och transparensprincipen, som väsentlig. Orsaken till förändringen i upphandlingen är Tandvårds- och läkemedelsförmånsverkets beslut att inte längre ansvara för insulinpumpar. Det var nödvändigt att anpassa upphandlingen för att hantera dessa nya hjälpmedel och för att undvika att ha flera olika leverantörer av hjälpmedelscentralverksamhet med ansvar för medicinteknisk apparatur i hemmet.

SLL vidhåller att anbudsgivarna hade tillgång till samma information vid förhandlingarna. Ingen anbudsgivare har haft något informationsövertag i upphandlingen. Båda anbudsgivarna har haft samma svårigheter vid överväganden om, och i så fall med hur mycket, anbudspriserna skulle sänkas i förhandlingen inför det andra tilldelningsbeslutet. Bolaget har inte lidit, eller riskerat att lida, skada.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Bolaget har anfört bl.a. att tillägget av insulinpumpar, smärtpumpar m.m. i funktionsprislistan under förhandlingsförfarandet innebär en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget och att SLL genom detta tillägg har brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

I LOU saknas såväl detaljerade bestämmelser för hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat som bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering av förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten får i regel inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget eftersom det då finns risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras, vilket skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Om upphandlande myndighet anser att nya krav måste ställas innebär detta att upphandlingen måste avbrytas och göras om (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 18 juni 2012, mål nr 1589-12 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 20 juni 2012, mål nr 437-446-12).

Mot bakgrund av att det är fråga om ändringar efter anbudstidens utgång finns det anledning att jämföra med vad som gäller ifråga om ändringar i kontrakt i enlighet med EU-domstolens dom i målet Presstext som uttrycker generella kriterier för när en ändring i ett offentligt kontrakt kan anses väsentlig (dom den 19 juni 2008 i mål C-454/06). I den domen uttalade EU-domstolen bl.a. följande. En ändring kan anses vara betydande om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs. En ändring kan även anses vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga.

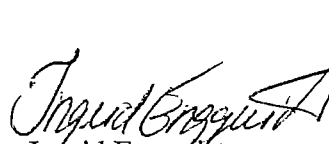
Enligt kammarrättens mening innebär det nu aktuella tillägget av produkter såväl att upphandlingens tillämpningsområde väsentligen utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs, som att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte ursprungligen föreskrevs. Kammarrätten har vid denna bedömning särskilt beaktat vad bolaget anfört om kvantiteten och värdet av de tillagda produkterna samt vad som framkommit om SLL:s avsikt att förhandla om prissättning på de tillagda produkterna efter det att tilldelningsbeslut fattats. Förändringen av förfrågningsunderlaget är mot

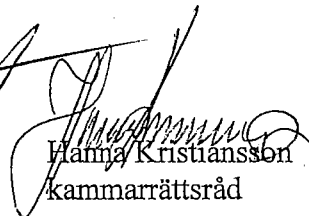
denna bakgrund väsentlig. Kammarrätten anser därför att SLL:s förfarande i upphandlingen strider mot 1 kap. 9 § LOU.

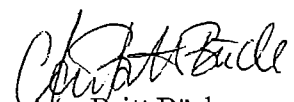
SLL borde således, efter den aktuella förändringen i förfrågningsunderlaget, ha avbrutit upphandlingen och gjort om den. När SLL i stället valde att fortsätta upphandlingen försattes bolaget i en situation där dess möjligheter att lämna anbud utifrån de nya förutsättningarna försvårades på ett sådant sätt att bolaget måste anses ha lidit eller riskerat att lida sådan skada som avses i 16 kap. 2 § LOU. Det finns därför skäl att ingripa mot upphandlingen. Redan på denna grund ska överklagandet bifallas och skäl saknas att närmare gå in på bolagets övriga invändningar.

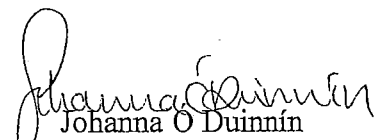
Eftersom den aktuella förändringen av förfrågningsunderlaget gjordes i det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen
Hjälpmedelscentralverksamhet SLL1120, objekt B, göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Ingrid Engquist
kammarrättsråd
ordförande


Hanna Kristiansson
kammarrättsråd


Ann-Britt Bäck
tf. assessor
referent


Johanna O'Duinnin
föredragande



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2014-10-29
Meddelad i
Stockholm

Bilaga A
Mål nr
5772-14

Sida 1 (17)

SÖKANDE

AGA Gas AB, 556069-8119

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting

Ombud: Advokat Ulf Djurberg
Setterwalls Advokatbyrå AB
Arsenalsgatan 6
111 47 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AGA Gas AB:s ansökan.

Dok.Id 501683

| | | | | |
|------------------|------------------|--|---------------|--------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 08:00-16:30 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | | |

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) bjöd i november 2012 in leverantörer att komma in med anbud i upphandlingen Hjälpmedelscentralverksamhet, dnr SLL1120. Upphandlingen avser, i den del som nu är aktuell, Objekt B, medicinteknisk apparatur i hemmet för SLL och genomförs som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Den 18 juni 2013 meddelades att anbudsgivaren Sodexo AB (Sodexo) antogs som leverantör för bl.a. Objekt B. AGA Gas AB (bolaget) ansökte om överprövning av upphandlingen och Förvaltningsrätten i Stockholm beslutade genom dom den 3 januari 2014 att en ny utvärdering skulle göras i upphandlingen avseende Objekt B. Den 4 mars 2014 beslutade SLL att åter anta Sodexo som leverantör i upphandlingen avseende Objekt B.

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen avseende Objekt B får avslutas först sedan rättelse skett bestående i att en ny utvärdering ska genomföras avseende utvärderingskriteriet Kvalitet. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, avseende Objekt B, ska göras om. Till stöd för sin talan anger bolaget följande omständigheter. Omfattningen av upphandlingen har väsentligen förändrats. Underkriteriernas utformning har gjort det omöjligt för anbudsgivarna att förutse hur utvärderingen kommer att genomföras. Utvärderingen har innefattat ett moment som inte framgår av anbudsinbjudan. Det har skett en särbehandling av anbudslämnarna. Samma motiveringsformuleringar i utvärderingen har använts för olika anbud och utvärderingen är felaktig gällande återkommande utbildningsinsatser. Då bolaget har offererat ett lägre anbudspris än Sodexo, har utgången av upphandlingen varit helt beroende av utvärderingen av Kvalitet. Bolaget har således lidit eller åtminstone riskerat att lida skada enligt 16 kap. 6 § första stycket LOU.

SLL bestrider bifall till ansökan och anför att det inte har brutits mot någon regel i LOU. Anbudsinbjudan och utvärderingsmodellen är förenlig med LOU och de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. I yart fall har inte något brott mot LOU eller de grundläggande principerna lett till att bolaget lidit skada eller kan komma att lida skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättsliga utgångspunkter

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 beaktas (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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Högsta förvaltningsdomstolen 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 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 antas. I avgörandet uttalas vidare 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för.

Förändring av omfattningen av upphandlingen

Bolaget har uppgett att det skett en väsentlig förändring av omfattningen av upphandlingen och har anfört följande till stöd för påståendet. Vid förhandlingsmötet, innan det andra tilldelningsbeslutet, informerade SLL anbudsgivarna om att upphandlingen även omfattar bl.a. insulinpumpar och smärtpumpar m.m. Dessa produkter anges inte i Funktionsprislista Objekt B där upphandlingens produkter är listade. Införandet av de nya varorna ger att kontraktets tillämpningsområde väsentligen har förändrats och därför föreligger en otillåten direktupphandling. Bolaget anför vidare att formuleringarna bland annat och m.m. ger att ytterligare produkter kan komma att läggas till i upphandlingen. Enbart omständigheten att varorna utgör medicintekniska hjälpmedel medför inte att dessa varor kan läggas till upphandlingen. Att det är en väsentlig förändring framgår även av värdet på tillägget. Då kontraktet på upphandlingen löper under maximalt tio år, överstiger värdet på tillägget redan på årsbasis markant tillämpligt tröskelvärdet om 1 806 427 kr. Anbudsgivarna har inte kunnat beakta att dessa produkter skulle komma att levereras och har inte kunnat prissätta dem. Den antagna leverantören Sodexo kommer att få leverera de tillkommande produkterna och möjlighet att utanför upphandlingens genomförande utforma prissättningen av dessa produkter.

SLL har anfört att det bakomliggande syftet med att tillåta förhandlingar under en upphandlingsprocess är att vissa kompletteringar ska kunna ske

och att denna komplettering ligger väl inom ramen för upphandlingsföremålet i upphandlingen. Upphandlingen avser hjälpmedelscentralsverksamhet och medicinteknisk apparatur i hemmet för landstingen. Funktionsprislistan till Anbudsinbjudan innehåller en förteckning med ett stort antal olika typer av medicinteknisk apparatur som kommer att avropas i upphandlingen. Vid förhandlingarna med anbudsgivarna har SLL dessutom angett att insulinpumpar, och eventuellt även smärtpumpar, kommer att behöva avropas i upphandlingen. Från den 1 december 2013 har Tandvårds- och läkemedelsförmånsverket, TLV, inte längre ansvar för insulinpumpar. När förfrågningsunderlaget upprättades var det inte klart hur dessa produkter skulle behandlas av SLL. Vid denna tidpunkt fanns också indikationer på att TLV i framtiden inte heller skulle fortsätta ansvara för smärtpumpar. Detta är anledningen till att SLL först vid förhandlingarna med anbudsgivarna informerat om att insulinpumpar, och eventuellt även smärtpumpar, kommer att behöva avropas i den aktuella upphandlingen avseende hjälpmedel. Denna komplettering ligger väl inom ramen för upphandlingsföremålet i upphandlingen, hjälpmedelscentralsverksamhet och medicinteknisk apparatur i hemmet. Såväl likabehandlingsprincipen som transparensprincipen har strikt upprätthållits genom hela upphandlingsprocessen då anbudsgivarna erhållit exakt samma information och kompletteringen nära knutit an till upphandlingsföremålet. AGA har inte visat på vilket sätt AGA har lidit eller kan komma att lida skada genom kompletteringen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Förvaltningsrätten konstaterar att det saknas bestämmelser i LOU som reglerar ett förfrågningsunderlags utformning samt dess ändring, förtydligande och komplettering. En upphandlande myndighet är därför normalt inte förhindrad att vidta vissa åtgärder för att, innan anbudet ges in, klargöra eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågnings-

underlaget under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. En ändring i ett ska-krav är vanligtvis att bedöma som en väsentlig ändring. Viss vägledning i fråga om bedömningen av vad som kan anses som väsentlig förändring anser förvaltningsrätten att man kan söka genom en jämförelse med ändring av kontrakt. En förändring av ett offentligt kontrakt under dess löptid kan anses vara betydande om den innebär att det införs villkor som, om de hade förekommit i det ursprungliga upphandlingsförfarandet, skulle ha gjort det möjligt att godkänna andra anbudsgivare än dem som ursprungligen godkändes eller att anta ett annat anbud än det som ursprungligen antogs. En ändring av det ursprungliga kontraktet kan även anses vara betydande om den medför att kontraktets tillämpningsområde i väsentlig utsträckning utsträcks så att det även omfattar tjänster som inte först avsågs. En ändring kan även anses vara betydande om den medför att kontraktets ekonomiska jämvikt ändras till förmån för den anbudsgivare som tilldelats kontraktet på ett sätt som inte föreskrevs i det ursprungliga kontraktet, se mål C-454/06 Presstext Nachrichtenagentur GmbH mot Republik Österreich (Bund) punkt 35-37.

I aktuell upphandling har båda anbudsgivarna med kort tidsspann dem emellan fått samma information innan tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten anser att de av SLL tillagda produkterna kan hänföras till kategorin medicinskteknisk apparatur i hemmet och anses därför rymmas inom upphandlingsföremålets tillämpningsområde. Detta trots att produkterna inte angavs på den s.k. Funktionsprislistan. Även om kvantiteten av de tillagda produkterna som bolaget uppgett är relativt stor, anser förvaltningsrätten att tillägget inte innebär att upphandlingen har förändrats väsentligt i förhållande till storleken på upphandlingen i övrigt. Enligt förvaltningsrätten innebär inte bolagets invändningar att det har visats att ändringen i jämförelse med förfrågningsunderlaget kan anses ha medfört att det funnits potentiella leverantörer som avhållit sig från att ge

in anbud med anledning av den ursprungliga utformningen av upphandlingen, men som vid kännedom om omfattningen efter kompletteringen hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen. De tillagda produkterna kan mot denna bakgrund anses som en tillåten komplettering i samband med förhandling. Bolaget har mot denna bakgrund enligt förvaltningsrätten inte visat att den aktuella förändringen skulle vara av sådan grad att det varit nödvändigt att göra om upphandlingen. Mot bakgrund av förvaltningsrättens bedömning anses inte heller en direktupphandling föreligga rörande de tillagda produkterna. Därtill kommer att det som bolaget har anfört inte är tillräckligt för att visa visat på vilket sätt det lidit eller kan antas lida skada av tillägget i denna del. Skäl för ingripande med stöd av LOU har därmed inte visats till följd av ändringen gällande upphandlingens omfattning.

Behandling av anbudsgivare vid förhandling

Bolaget har anfört att anbudsgivarna har behandlats olika vid förhandlingen och bolaget har anfört följande till stöd för detta. Sodexo har tillåtits förhandla och ändra sitt offererade pris vid två tillfällen i upphandlingen, både innan första tilldelningsbeslutet och innan det andra. Bolaget har endast fått förhandla inför det andra tilldelningsbeslutet. Vidare har Sodexo inför förhandlingen innan det andra tilldelningsbeslutet haft tillgång till information om bolagets anbudspris och vilka prisavdrag som Sodexo tilldelats av vid utvärdering av underkriterierna. Bolaget har inte fått veta vilka prisavdrag som bolaget tilldelats vid utvärdering av underkriterierna, trots att bolaget efterfrågat denna information. Bolaget har missgynnats på ett betydande sätt i förhandlingen i upphandlingen.

SLL har anfört att anbudsgivarna inför Tilldelningsbeslut 2 har haft tillgång till samma information och i övrigt garanterats likabehandling i upphandlingen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget anför att alla anbudsgivare inte har haft samma information och möjlighet i upphandlingen då Sodexo har tillåtits förhandla två gånger samt haft kännedom om det prisavdrag det erhållit. Sodexo har dessutom känt till bolagets anbudspris. Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingen har fattats ett tidigare tilldelningsbeslut och att det av detta tilldelningsbeslut framgick vilket prisavdrag den vinnande leverantören, dvs. Sodexo, erhållit. Denna information har varit tillgänglig för samtliga anbudsgivare och således även för bolaget. Eftersom bolaget enligt det första tilldelningsbeslutet inte ansågs ha kvalificerat sig till utvärdering är det naturligt att bolaget bara har förhandlat en gång i upphandlingen och att bolaget inför det andra tilldelningsbeslutet inte kunnat få kännedom om något prisavdrag på sitt anbud. Vid förhandlingarna inför det andra tilldelningsbeslutet har följaktligen anbudsgivarna haft tillgång till samma information och behandlats lika i upphandlingen. Bolaget kan därför inte anses ha visat att likabehandling inte skett i samband med förhandlingen och skäl för ingripande i denna del med stöd av LOU har inte visats.

Utformning av underkriterierna och utvärdering av anbuden

Underkriterier jämfört med obligatoriska krav

Bolaget har framfört invändningar gällande underkriteriernas utformning och anför följande. Kvalificering av leverantörer och utvärdering av anbud ska ske i två skilda moment och får inte sammanblandas eftersom de styrs av olika regler. Ett kriterium som används som obligatoriskt krav i en upphandling får inte användas som utvärderingskriterium i samma upphandling, eftersom de obligatoriska kraven i en upphandling inte kan utgöra grund för jämförelser mellan anbud.

Underkriterierna i upphandlingen är enligt bolaget till stora delar identiska med de obligatoriska kraven. Det som enligt punkt 1.18.2 i anbudsintjudan särskilt ska framgå av kvalitetsredogörelserna för vart och ett av underkriterierna är i stora delar identiskt med det som enligt punkt 2 i Specifik uppdragsbeskrivning och uppföljning Objekt B (uppdragsbeskrivning) ska gälla som obligatoriska krav i upphandlingen. När det gäller telefon-, öppethållande- och mottagningstider under Tillgänglighet och personals kompetens under Kompetens & bemötande, anges uttryckligen i punkt 1.18.2 i anbudsintjudan att det som särskilt ska framgå är hur dessa två delar upprätthålls enligt ställda krav. För underkriteriet Tillgänglighet ska t.ex. särskilt framgå att förskrivande enheter har tillgång till lokala förråd, vilket är just det som framgår av det obligatoriska kravet i punkt 2.1.1.1 i uppdragsbeskrivningen. Sammanblandning har även skett i de obligatoriska kraven på personals kompetens i punkt 3 i uppdragsbeskrivningen där det anges att leverantören ska tillse att personalen har för uppdraget adekvat utbildning och kompetens och får den kompetensutveckling som erfordras.

Att underkriterierna till stora delar är identiska med de obligatoriska kraven medför enligt bolaget att det inte framgår för en anbudsgivare att den ska erbjuda en så hög kvalitet som möjligt för att erhålla bästa omdöme. Underkriteriernas likhet med de obligatoriska kraven innebär istället att kvalitetsnivån som ska erbjudas i upphandlingen stannar vid den nivå som de obligatoriska kraven anger. På det sätt som underkriterierna har utformats framgår att en anbudsgivare som erbjuder en högre kvalitetsnivå inte ska få ett högre omdöme i utvärderingen. Det finns således inga incitament för anbudsgivare i upphandlingen att erbjuda en högre kvalitetsnivå än den nivå som framgår av de obligatoriska kraven. Tvärtom så innebär en högre offererad kvalitetsnivå än den obligatoriska att anbudsgivaren tvingas offerera ett högre anbudspris, trots att den högre kvalitetsnivån inte får betydelse vid utvärderingen. Några mervärden

utöver de obligatoriska kraven ska inte tillmätas betydelse vid utvärderingen.

För det fall SLL inte hade sammanblandat de obligatoriska kraven med utvärderingskriterierna hade förutsättningarna för anbudslämnande varit helt annorlunda och utvärderingen gett ett annat resultat. Det kan konstateras att bolaget har lämnat det lägsta anbudspriset i jämförelse med Sodexo. Hade inte utvärdering skett av de obligatoriska kraven är det övervägande sannolikt att bolaget hade erhållit det lägsta utvärderingspriset och därmed vunnit upphandlingen.

SLL har anfört att de omständigheter som i upphandlingen prövats inom ramen för leverantörskvalificeringen inte har prövats på nytt inom ramen för anbudsutvärderingen.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

EG-domstolen har i dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06 (den s.k. Lianakis-domen) konstaterat att de kriterier, som inte syftar till att fastställa det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarens förmåga att utföra projektet i fråga, inte kan anses utgöra "kriterier för tilldelning".

SLL har i en bilaga benämnd Specifik uppdragsbeskrivning och uppföljning för objekt B beskrivit uppdraget närmare. I anbudsintjudan punkt 1.17. Kvalitetsredogörelser anges att anbudsgivaren till sitt anbud ska bifoga en Kvalitetsredogörelse per underkriterium för utvärderingskriteriet "kvalitet" så som framgår i punkt 1.18.2 Kvalitet i anbudsintjudan. Det anges vidare i samma punkt att Kvalitetsredogörelserna kommer att utvärderas enligt punkt 1.18 i anbudsintjudan.

Förvaltningsrätten anser att det med tillräcklig tydlighet framgår av anbudsintjudan vilka krav som tillhör kvalificeringsfasen, dvs. vilka krav som avser en anbudsgivares förmåga att utföra projektet, och vilka krav som återfinns i utvärderingsfasen, dvs. vad som har betydelse för att bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare finner förvaltningsrätten att bolaget inte har klargjort på vilket sätt kriteriernas likhet ska ha medfört skada eller risk för skada för bolaget.

Utformning av betygsnivåer och utvärdering av anbud

Bolaget har framfört att beskrivningen av hur de olika betygsnivåerna Utmärkt, Mycket bra, Bra och Godtagbart ska bedömas är otydlig. I punkt 1.18.3 i anbudsintjudan anges att vad som särskilt ska beaktas är bl.a. i vad mån angreppssätten är systematiska, integrerade och förebyggande. Utan en mer detaljerad beskrivning av vad som åsyftas, blir begrepp av denna typ i det närmaste meningslösa när anbudsgivarna ska försöka förutse vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen. Vidare anges att det särskilt ska beaktas hur angreppssätten tillämpas inom relevanta områden vid relevanta tillfällen. Anbudsgivarna kan omöjligen veta vilka områden och tillfällen som åsyftas, eftersom detta inte beskrivits mer ingående. Sammantaget säger beskrivningen av betygsnivåerna i princip inte mer än att det rör sig om fyra nivåer där Utmärkt är den högsta nivån och Godtagbart den lägsta, vilket inte är tillräckligt för att uppfylla transparensprincipen.

Bolaget anför vidare att en omständighet som tillmätts betydelse vid utvärderingen av bolagets anbud avseende Brukarsäkerhet och Tillgänglighet är, enligt SLL:s motivering, att bolaget har angivit ett angreppssätt som inte sträcker sig utöver angivna ska-krav samt att bolagets anbud inte innehåller några mervärden utöver ska-krav. Det hade varit en enkel åtgärd anser bolaget för SLL att tydligt ange i

anbudsinbjudan att det var mervärden eller beskrivningar utöver och inte enligt ställda obligatoriska krav som skulle tillmätas betydelse i utvärderingen. Motiveringen av utvärderingen av bolagets anbud har således i dessa delar inget stöd i anbudsinbjudan. Ett tydligt exempel på en felaktighet i detta avseende är bedömningen av öppettider. Utvärdering avseende öppettider ska ske genom en bedömning av hur öppettider upprätthålls "enligt ställda krav". Bolaget har därför vid utformningen av sitt anbud utgått ifrån att utökade öppettider inte ska få betydelse vid utvärderingen, varför man inte offererat öppettider utöver de obligatoriska kraven. Sodexo har angivit att de också vill pröva möjligheten med utökade öppettider, vilket SLL tillmätt betydelse vid utvärderingen trots att detta saknar stöd i anbudsinbjudan.

SLL har anfört att *SLL* vid utvärderingarna har beaktat samtliga relevanta omständigheter och att det har klart och tydligt beskrivits vilka omständigheter i anbudsgivarnas kvalitetsredogörelser som motiverat visst omdöme. Det finns enligt *SLL* tydliga ramar och förhållningskriterier för utvärderingens genomförande. Av angivna kriterier måste anbudsgivarna förstå att det ligger i deras intresse att erbjuda en så hög kvalitet som möjligt i alla avseenden utifrån de angivna målsättningarna för att erhålla bästa omdöme. I kvalitetsredogörelserna uppmanas anbudsgivaren särskilt beakta brukarperspektivet samt samverka med *SLL* och andra vårdgivare och relevanta aktörer. Av anbudsgivarens kvalitetsredogörelser förväntas det också framgå hur anbudsgivaren avser utveckla sin kvalitet för de angivna underkriterierna under hela avtalstiden.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har anfört att underkriteriernas utformning saknar transparens på så sätt att anbudsgivarna saknat möjlighet att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Faktorer har därför tillmätts

betydelse vid utvärderingen av kvalitet utan att stöd finns i anbudsintjudan och underkriterierna.

Förvaltningsrätten finner att utformningen på underkriterierna i anbudsintjudan och uppdragsbeskrivning är tydliga och att det går att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Det framgår tydligt av t.ex. punkt 4 i uppdragsbeskrivningen vilka krav som ställs på leverantören vad avser öppettider. Av punkt 1.17. i anbudsintjudan framgår att SLL särskilt kommer beakta brukarperspektivet och samverka med beställaren och andra vårdgivare och relevanta aktörer vid utvärderingen. Av samma stycke framgår vidare att anbudsgivaren förväntas lämna en redogörelse på hur anbudsgivaren avser utveckla sin kvalitet för de angivna underkriterierna under hela avtalstiden. Det anges således i anbudsintjudan att anbudsgivaren ska uppge så kallade mervärden i sitt anbud om denne vill att dessa ska beaktas vid utvärderingen. Det framgår enligt förvaltningsrätten även tydligt hur bedömningen kommer göras för respektive underkriterium. Det framgår av anbudsintjudan att en helhetsbild kommer göras med respektive underkriterium angående angreppssätt, tillämpning och resultat där fyra olika betyg kan sättas. Det framgår av varje betyg vad som krävs för att betyget ska anses vara uppfyllt.

Det som bolaget anfört visar således enligt förvaltningsrätten inte att det skulle finnas grund för ingripande med stöd av LOU i denna del.

Ytterligare mätverktyg vid utvärdering

Bolaget har anfört att SLL har tillämpat ett moment i utvärderingen som inte har angivits i anbudsintjudan. Till stöd för detta har bolaget anfört följande. Det inledande momentet i utvärderingen är att graden av uppfyllelse för de tre faktorerna Angreppssätt, Tillämpning och Resultat

omsätts till ett procentintervall. Faktorena kommer att beaktas när betygen Utmärkt, Mycket bra, Bra resp. Godtagbart sätts i utvärderingen. Det har dock inte angivits i anbudsintjudan att dessa tre faktorer skulle utgöra separata delmoment som utvärderas var för sig, vilket har skett. Procentmomentet verkar inte ha använts inför det första tilldelningsbeslutet.

Vad gäller innehållet i det tillkommande utvärderingsmomentet ska det dessutom anföras att förhållandet mellan graden av uppfyllelse och vilken betygsnivå som den aktuella graden av uppfyllelse motsvarar, är orimlig. Bolagets anbud avseende underkriteriet Tillgänglighet har en uppfyllelsegrad om 20-39 % avseende alla tre delmoment (Angreppssätt, Tillämpning och Resultat), men tilldelas ändå det lägsta betyget Godtagbart. Även om en anbudsgivare anses ha en uppfyllelsegrad om 39 % för alla delmoment avseende samtliga tre underkriterier, får anbudsgivaren ändå det lägsta möjliga prisavdraget i utvärderingen. Detta visar på mått av godtycklighet som SLL har agerat utifrån när SLL tillämpat detta tillkommande utvärderingsmoment. Ett tydligt exempel på detta är att procentmomentet tillämpat fem olika intervall (0-19 %, 20-39 %, 40-59 %, 60-79 % och 80-100 %). Det finns dock enligt anbudsintjudan bara fyra betyg (Utmärkt, Mycket bra, Bra och Godtagbart). Ett naturligt steg vore att varje betyg representerar 25 % i procentintervallet. En anbudsgivare uppnår bara betyget Godtagbart trots att denne erhållit 39 % i uppfyllelsegrad. Detta understryker att procentmodellen avviker från den utvärderingsmodell som anges i anbudsintjudan.

SLL anför att procent är ett lämpligt uttryckssätt för att förklara och beskriva de omdömen som anbudens getts. Enligt SLL skulle anbudsgivarnas lösningar ha åsatts samma slutliga omdöme oavsett om

uppfyllelsegraden av kvalitetsnivåerna angivits i form av skriftliga kommentarer eller i procenttal.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Enligt förvaltningsrätten får en upphandlande myndighet använda sig av ett ytterligare mätverktyg vid utvärderingen om dessa håller sig inom ramen av förfrågningsunderlaget (jfr RÅ 2002 ref 50). Förvaltningsrätten anser att SLL har hållit sig inom ramen för förfrågningsunderlaget även om SLL i ett delmoment använt sig av procenttal. Bolaget anses inte genom invändningarna i denna del ha visat att SLL genom det ytterligare delmomentet har kommit fram till ett annat resultat vid utvärderingen än om SLL endast använt den specificering som anges i anbudsinbjudan. Bolaget har därmed inte visat att bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada pga. det aktuella momentet.

Samma omständigheter

Bolaget har anfört att anbudet har utvärderats felaktigt. Bolaget har i kvalitetsredogörelsen för underkriteriet Kompetens & bemötande beskrivit att återkommande utbildningsinsatser kommer att genomföras. Detta har dock inte tillmätts någon betydelse i utvärderingen vilket har gjorts för Sodexo. SLL har således agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att i utvärderingen inte tillmäta samma omständigheter samma betydelse.

Vad avser SLL:s utvärdering av bolagets anbud finner förvaltningsrätten SLL:s motivering för underkriteriet Kompetens & bemötande något kort och generell. I SLL:s anbudsutvärdering, fastställd och justerad den 24 januari 2014, anges bl.a. följande vad avser motivering av bolagets anbudsutvärdering.

För underkriteriet "Kompetens & bemötande" har utvärderingsgruppen gemensamt funnit att AGA på ett Godtagbart sätt beskrivit hur det angivna målet ska uppnås. Förslagen är påbörjade systematiska. Det framgår endast i enstaka delar hur arbetet läggs upp, tillämpas och tryggas över tid.

Det framgår inte vilka omständigheter i kvalitetsredogörelsen som lett till att SLL gett omdömet Godtagbart. Detta är dock inte tillräckligt för att förvaltningsrätten ska anse att bolaget i målet har visat att SLL vid sin utvärdering inte har beaktat bolagets beskrivning om återkommande utbildningsinsatser. Grund för ingripande med stöd av LOU har således inte visats heller i denna del.

Motiveringsformuleringar

Bolaget har uppgett att utvärdering av bolagets anbud inte har skett och har till stöd för påståendet anfört följande. Såväl vid en övergripande jämförelse, som vid en granskning av enskilda omständigheter kan det konstateras att bolagets och ett annat bolags kvalitetsredogörelser skiljer sig åt i stor utsträckning, men har ändå fått exakt samma motiveringsformuleringar. Någon egentlig utvärdering av bolagets anbud kan således inte ha skett.

SLL har anfört att samtliga anbud i upphandlingen har utvärderats var för sig. SLL anför vidare att det är naturligt att vissa uttryckssätt och formuleringar är återkommande i motiveringarna till utvärderingarna då såväl anbudsgivarnas kvalitetsbeskrivningar som SLL:s utvärderingar behandlar hjälpmedelsutrustning.

Förvaltningsrätten finner att det som bolaget uppgett i denna del inte är tillräckligt för att visa att SLL inte har utvärderat bolagets anbud i enlighet med vad som fastställts i förfrågningsunderlaget. Därmed har bolaget inte

heller i denna del visat att det finns förutsättningar för ett ingripande enligt LOU.

Summering

Mot bakgrund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att SLL har brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU och bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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


Susanne Bagge

Rådman

Mia Svärd har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.