



**SÖKANDE**

Hammar Psychology & Health AB, 559052-8773

**MOTPART**

Oxelösunds kommun, 212000-0324

**SAKEN**

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

|                         |        |
|-------------------------|--------|
| <b>KONKURRENSVERKET</b> |        |
| 2018-01-22              |        |
| Avd                     |        |
| Dnr                     |        |
| KSnr                    | Aktbil |

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN**

Oxelösunds kommun (Beställaren) genomför upphandlingen *Skolpsykolog* med dnr *Ink.2018.21* (Upphandlingen). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån lägsta pris. Av tilldelningsbeslut den 23 november 2018 framgår att Hammar Psychology & Health AB (Bolaget) inte har tilldelats kontrakt i Upphandlingen.

Bolaget ansöker om överprövning av Upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske på så sätt att ny utvärdering ska genomföras.

Beställaren motsätter sig bifall till ansökan.

## VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

### **Bolaget**

Bolaget har sedan 2013 haft avtal med Beställaren avseende skolpsykologiska tjänster samt att Beställaren även dessförinnan har köpt tjänster av ägarens tidigare företag sedan 2006. Bolaget är därmed inarbetat i kommunen och har god kännedom om såväl skolornas som de individuella elevernas behov.

I Upphandlingen har tillämpats tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget anser att en värdering av vilket som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inte går att göra utan att väga in variabeln *Beräknat antal timmar för en basutredning*. Basutredningar, dvs. psykologisk utredning av elever, utgör mer än 90 procent av de uppdrag som Beställaren rekviderar av anlitad psykolog. Antalet timmar som läggs på en basutredning är mycket varierande mellan olika psykologer och påverkas av faktorer som erfarenhet och effektivitet. För att avgöra om ett anbud är mer ekonomiskt fördelaktigt än ett annat behöver pris vägas mot det uppskattade antalet fakturerade timmar. Bolaget anser därför att det föreligger felaktigheter i utvärderingsförfarandet då detta inte gjorts.

Beställaren har inte heller vägt in de merkostnader man kommer att drabbas av då Beställaren väljer en annan leverantör än Bolaget som har kännedom och information om så gott som alla elever som är i behov av skolpsykologiska insatser i kommunen. Detta medför att då dessa elever återaktualiseras behöver information inhämtas från Bolaget. Denna arbetstid kommer sålunda att faktureras både från Bolaget och den nya leverantören. En stor del av skolpsykologens arbete handlar dessutom om att skapa relation och förtroende med både barn och föräldrar. Om en skolpsykolog inte lyckas med detta kommer det att leda till ytterligare merarbete/merkostnader. Den

kvalitativa variabeln är också något som påverkar kostnader indirekt och barnet direkt.

Det är därtill oklart huruvida de anbud som lämnats av bemanningsföretagen Dedicare AB och Centric Care AB är inklusive eller exklusive moms. Enligt Skatteverket är bemanningsföretagen inte momsbefriade från de tjänster som är aktuella i Upphandlingen. Representant från Beställaren har till Bolaget uppgett att han inte kände till detta och att han heller inte visste om bemanningsföretagen lämnat prisangivelser med eller utan moms. Då Dedicare AB:s anbud ligger betydligt lägre än övriga anbud misstänker Bolaget att det är utan moms. Om så är fallet bör deras jämförelsesumma i tilldelningsbeslutet justeras till 199 496,25 kr, vilket inte är lägsta pris.

Utifrån ovan anförda argument anser Bolaget att Beställaren gjort en ofullständig värdering av vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Bolaget menar att en rätt genomförd värdering utifrån det ovan anförda skulle visa att Bolagets anbud är ekonomiskt mest fördelaktigt för Beställaren. Uppdraget från Beställaren står för cirka 40 procent av Bolagets omsättning och förlust av det aktuella avtalet skulle innebära stora ekonomiska konsekvenser för Bolaget och äventyra dess möjlighet till fortsatt verksamhet.

### **Beställaren**

Bolagets påstående om att Beställarens utvärdering av anbuden i Upphandlingen inte resulterat i att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet tilldelats kontraktet i Upphandlingen och därmed skulle strida mot gällande regelverk är felaktigt. Den omständigheten att aktuell utvärderingsmodell inte är utformad på ett sätt som överensstämmer med Bolagets önskemål innebär inte att utvärderingsmodellen strider mot LOU.

I Upphandlingen är det anbudet som uppfyller alla ställda krav samt erbjuder lägst pris som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Lägsta pris räknas ut genom att anbudsgivaren lämnar ett timpris som multipliceras med ett fiktivt antal timmar. Det fiktiva priset symboliserar en uppskattad mängd timmar under ett års tid för skolpsykologtjänster i kommunen. Om utvärderingen skulle ge en fördel till Bolaget som befintlig leverantör och ge sämre förutsättningar för alla andra anbudsgivare så skulle Upphandlingen vara riktad och inte likabehandlande vilket står i strid med de upphandlingsrättsliga principerna.

Påståendet om att det råder oklarhet om lämnade anbud i Upphandlingen innehåller mervärdesskatt är också inkorrekt. Enligt upphandlingsdokumentet ska inlämnade priser inkludera samtliga kostnader förenade med uppdraget, inklusive alla typer av skatter. Beställaren kommer inte att godkänna några tillkommande kostnader.

## **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

### **Rättslig reglering**

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (20 kap. 6 § LOU).

### 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 de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har i målet anfört att Beställaren i utvärderingen borde ha vägt in såväl variabeln *Beräknat antal timmar för en basutredning* som de merkostnader som det kommer att innebära att en ny leverantör måste inhämta information om sådana elever som återaktualiseras hos skolpsykologen.

Upphandlande myndighet har stor frihet att utforma upphandlingsdokumentet samt att avgöra hur utvärderingen i en upphandling kommer att genomföras och vad som tillmäts betydelse, så länge de unionsrättsliga principerna inte träds förnär. Att Beställaren valt att inte väga in de ovan nämnda parametrarna i sin utvärderingsmodell kan inte anses medföra att utvärderingsmodellen står i strid med de unionsrättsliga principerna eller mot annan bestämmelse i LOU. Inte heller finner förvaltningsrätten att den valda utvärderingsmodellen skulle innebära att det inte går att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för Beställaren. Däremot skulle det innebära en oskälig fördel för befintlig leverantör framför alla andra anbudsgivare om Beställaren tog hänsyn till att det uppstår vissa merkostnader när en ny leverantör utreder elevernas behov av insatser. Ett sådant förfarande skulle innebära en uppenbar risk för att utvärderingsmodellen skulle anses stå i strid med de upphandlingsrättsliga principerna, i synnerhet likabehandlingsprincipen.

Bolaget har vidare invänt att det är oklart om mervärdesskatt är inkluderat i det lägsta och det näst lägsta anbudet som lämnats i Upphandlingen. Beställaren har i denna del anfört att det av Upphandlingsdokumentet framgår att inlämnade priser ska inkludera samtliga kostnader förenade med uppdraget, inklusive alla typer av skatter. Detta har inte ifrågasatts av Bolaget. Även i bilagd avtalsmall anges i punkt 3.0 att leverantörens arvode inkluderar samtliga ingående kostnader som kan uppkomma i samband med uppdrags utförande såsom exempelvis skatter. Vad Bolaget anfört i målet gör, enligt rättens mening, inte sannolikt att Dedicare AB och Centric Care AB i sina anbud offererat priser som inte motsvarar i Upphandlingen uppställda krav på att samtliga ingående kostnader som kan uppkomma ska ingå. Följden av en leverantörs eventuella bristande uppfyllnad av ett obligatoriskt krav vid kontraktets fullgörande är inte en upphandlingsrättslig fråga. Det har härmed inte framkommit att Beställaren skulle ha agerat i strid med upphandlingsdokumentet och LOU då man bedömt att anbuden från Dedicare AB och Centric Care AB uppfyller ställda krav i fråga om angivet pris.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att vad Bolaget anfört i målet inte utgör skäl för ingripande mot Upphandlingen. Ansökan om överprövning ska i enlighet härmed avslås.

#### HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga (FR-05).



Kristina André Lilja

Rådman

Föredragande jurist har varit Andrea Ritzer.



## Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

### Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

#### Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

### Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

### Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.  
  
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.  
  
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

### Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Här ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

### Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

### Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på [www.domstol.se](http://www.domstol.se).

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.