



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM

2018-07-18

Meddelad i Uppsala

Mål nr

994-18 E

SÖKANDE

Västerås Rehab Center Aktiebolag, 556345-9857
Vasagatan 93
722 23 Västerås

MOTPART

Region Västmanland
Regionhuset
721 89 Västerås

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2018-07-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 246177

Postadress

Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress

Kungsgatan 49

Telefon

018-431 63 00

Telefax

018-10 00 34

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00–16:00

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

BAKGRUND

Region Västmanland (regionen) genomförde en upphandling av neurologisk rehabilitering, DU-UPP04-0307 (upphandlingen). Upphandlingen genomfördes som ett förenklat förfarande och den anbudsgivare som lämnade det anbud som hade bäst förhållande mellan pris och kvalitet tilldelades kontrakt.

Regionen meddelade tilldelningsbeslut den 15 februari 2018 i vilket anbudsgivaren Västmanlands Fysio Rehab AB (Fysio Rehab) tilldelades kontrakt. Anbud från Västerås Rehab Center Aktiebolag (bolaget) kom på andra plats efter anbudsutvärderingen.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och anför bl.a. följande till stöd för sin ansökan.

Upphandlingen strider mot de grundläggande principerna i LOU. Regionen har använt en utvärderingsmetod som strider mot principerna om transparens och likabehandling. Av upphandlingsprotokollet framgår att tre utvärderingskriterier har använts. Ett av utvärderingskriterierna var en intervju med verksamhetschefen. Denna intervju är inte dokumenterad i anbudet eller närmare beskriven i tilldelningsbeslutet. Intervjun genomfördes av en representant för regionen samt en upphandlingskonsult. Upphandlingskonsulten ställde inga frågor. Någon presentation gjordes inte av deras roller. Den representant som genomförde intervjun har samma yrke som den vinnande anbudsgivarens verksamhetschef och representanten har sannolikt god personlig kännedom om denna chef sedan tidigare. Detta påverkar naturligtvis hur intervjun genomfördes och hur svaren har beskrivits och ut-

värderats. Sammantaget innebär detta att utvärderingsmodellen har lämnat öppet för regionen att välja leverantör. Under intervjun blandade regionen intervjusvar med värderingar och bolaget har därefter konsekvent beskrivits i negativa termer.

Eftersom anbudsgivarna förutom avseende utvärderingskriteriet intervju har tilldelats samma poäng kom mervärdet av intervjun att bli avgörande. Bolaget riskerar därför att lida skada av dessa brister i upphandlingen.

Regionen motsätter sig bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Regionen har inte brutit mot LOU eller några av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Enligt den aktuella utvärderingsmodellen har regionen valt tre utvärderingskriterier, vilka framgår av upphandlingsdokumentet under punkt 1.3.4. Utvärderingskriteriet intervju och poängbeskrivningen är objektiva och transparent utformade. Båda anbudsgivarna har fått samma frågor och upplysningsmöjlighet. Poängsättningen har skett på ett objektiva och likvärdigt sätt utifrån hur verksamhetscheferna har svarat på frågorna. Regionen har valt de utvärderingskriterier som är lämpliga för upphandlingen. Det anges tydligt vad som kommer att utvärderas inom ramen för intervjun såsom ledarskap, helhetssyn och samarbetsförmåga. Samtliga anbudsgivare har med vägledning av upphandlingsdokumentet getts möjlighet att skapa sig en god bild av vad som har betydelse vid utvärderingen. Regionen har bifogat två intervjuprotokoll.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlingsdokumenten

I upphandlingsdokumentet, som hänvisar till upphandlingsföreskrifter punkt 1.3.4, anges bl.a. följande.

Utvärderingskriterier 3 – intervju

Representanter från regionen kommer att intervjua leverantörens verksamhetschef som avses för uppdraget. Verksamhetschefens egenskaper såsom ledarskap, helhetssyn och samarbetsförmåga kommer att ligga till grund för bedömning. Intervju syftar till att ge en möjlighet för leverantören att genom verksamhetschefen utveckla sin verksamhetsidé, erfarenhet, kompetens och arbetssätt. En samlad utvärdering av intervjun bedöms med poäng enligt nedan.

Poängsättning intervju

0 poäng – inget eller mycket begränsat mervärde

Verksamhetschefens egenskaper bedöms inte kunna ge något betydande mervärde.

1 poäng – visst mervärde

Verksamhetschef visar en förståelse för uppdraget genom att identifiera aktiviteter och arbetssätt. Visar på en god förmåga på ledarskap, helhetssyn och samarbetsförmåga. Verksamhetschefen bedöms ha de egenskaper som efterfrågas i sådan utsträckning att det ger fördelar vid uppdragets genomförande. Sammantaget bedöms leverantörens arbetssätt och aktiviteter medföra att visst mervärde erhålls.

2 poäng – betydande mervärde

Verksamhetschef visar en fördjupad förståelse för uppdraget genom att anpassa aktiviteter och arbetssätt. Visar på en tydlig och mycket god förmåga på ledarskap, helhetssyn och samarbetsförmåga. Verksamhetschefen bedöms ha de egenskaper som efterfrågas i sådan utsträckning att de ger mycket stora fördelar vid uppdragets genomförande. Sammantaget bedöms leverantörens arbetssätt och aktiviteter medföra att ett betydande mervärde erhålls.

Allmänna utgångspunkter

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

Mål enligt LOU är en typ av mål där förvaltningsrättens utredningsskyldighet är begränsad. Det åligger därför parterna att i stor utsträckning ansvara för utredningen i målet. I det aktuella målet är det bolaget som har bevisbördan för att det finns grund för att ingripa mot upphandlingen (jfr RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 53).

De obligatoriska kraven

Bolaget har gjort gällande att Fysio Rehab inte har uppfyllt alla obligatoriska krav. De obligatoriska krav som inte har uppfyllts är att Fysio Rehab inte har beskrivit deltagande kvalitetsregister i verksamhetsutvecklingen eller i patientfallet. Vidare uppfyller inte beskrivningen av patientfallet de krav som har ställts och det framgår av inlämnat CV att Fysio Rehab saknar erfarenhet av den upphandlande verksamheten.

Regionen har gjort gällande att båda anbudsgivarna uppfyller samtliga obligatoriska krav.

En grundläggande princip vid upphandling enligt LOU är att upphandlande myndigheter inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven som ställts i förfrågningsunderlaget. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att det i princip inte är möjligt att godta ett anbud som inte uppfyller ställda obligatoriska krav i en upphandling (HFD 2016 ref 37).

I vissa fall kan formuleringar i ett upphandlingsdokument ge utrymme för olika tolkningar avseende vilket eller vilka krav ett anbud ska uppfylla. Enligt förvaltningsrättens mening får utgångspunkten i första hand vara vad som uttryckligen anges i upphandlingsdokumentet.

Förvaltningsrätten bedömer att bolaget inte har klargjort vilka obligatoriska krav som åsyftas. Förvaltningsrätten noterar exempelvis att beskrivningen

av verksamhetsutveckling och patientfallet är en del av utvärderingen av anbudena. Det framgår däremot inte på vilket sätt det har varit fråga om sådana obligatoriska krav som avses i LOU. Det framgår heller inte på vilket sätt Fysio Rehab:s beskrivningar inte har uppfyllt de krav som har ställts. Vidare anser förvaltningsrätten att bolaget inte har gjort sannolikt att Fysio Rehab, med hänvisning till det inlämnade CV:t, inte har uppfyllt de obligatoriska kraven avseende erfarenhet.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att bolaget inte har gjort sannolikt att den vinnande anbudsgivaren inte uppfyller de obligatoriska kraven.

Anbudsvärdering, utvärderingsmodell samt förfrågningsunderlag

Bolaget har gjort gällande att utvärderingsmodellen strider mot principerna om transparens och likabehandling eftersom den ger möjlighet till ett godtyckligt urval. Vidare har bolaget gjort gällande att utvärderingen har skett på ett felaktigt och subjektivt sätt.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de grundläggande principerna avseende offentlig upphandling. Ett förfrågningsunderlag ska dock vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat (RÅ 2002 ref. 50).

EU-domstolen har, i fråga om tilldelningskriterier, uttalat att de ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt och den upp-

handlande myndigheten ska tolka kriterierna på samma sätt under hela förfarande. Tilldelningskriterierna ska vid prövning av anbuderna tillämpas objektivt och enhetligt (EGmål C-19/00, SIAC Construction Ltd).

När upphandlingen ifråga avser en tjänst istället för en vara kan särskilda gränsdragningsproblem uppkomma mellan kriterier, som avser att utvärdera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, och krav på anbudsgivaren för kvalificering. En utgångspunkt är dock att det inte finns något absolut hinder mot att poängsätta personalens kunskaps- eller utbildningsnivå inom ramen för tilldelningsfasen så länge detta är ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (jfr mål C-532/06, Lianakis och Kammarrätten i Göteborgs avgöranden i mål nr 6411-08 och mål nr 6420-09).

Upphandlingen i målet gäller neurologisk rehabilitering och den omfattar skapandet av en verksamhet på primärvårdsnivå i Västerås. Av upphandlingsdokumentet framgår att vid utvärderingen prövas vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till erbjuden kvalitet till den av regionen bestämda ersättningen. Tre fall anges som kan ge mervärde i anbudsutvärderingen (patientfall, verksamhetsutveckling och intervju) och de har formulerats som kriterier. Den anbudsgivare som sammanlagt har tilldelats högst poäng har enligt utvärderingsmodellen lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Förvaltningsrätten anser att det inte har kommit fram annat än att regionen har haft fog för att mäta kvaliteten genom en bedömning av verksamheternas erfarenhet och kompetens eftersom det har en direkt koppling till det som upphandlas (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6411-08). Det aktuella upphandlingsdokumentet innehåller en beskrivning av hur utvärderingen av kvalitet kommer att genomföras med intervjuer. Det framgår vidare en beskrivning av vilka kriterier som anbudsgivarna kommer att utvärderas mot. Därutöver framgår en redogörelse för bedömningskriterierna och

poängsättning. Förvaltningsrätten framhåller att det i målet är fråga om en upphandling av en typ av tjänst där det kan vara svårt för den upphandlande myndigheten att i upphandlingsdokumentet precisera faktorerna ledarskap, helhetssyn och samarbetsförmåga. I kombination med den beskrivning som har bifogats får dock de faktorer som har uppställts anses på ett tillräckligt tydligt sätt ge anbudsgivaren ledning om vad regionen avser att lägga vikt vid i utvärderingen.

Vad gäller utvärderingen av anbudena konstaterar förvaltningsrätten att det inte ankommer på domstolen att göra en helt egen utvärdering av de lämnade anbudena. Förvaltningsrättens prövning utgör istället en kontroll av om utvärderingen har gått rätt till och om de grundläggande principerna enligt LOU har åsidosatts. Det ligger vidare i sakens natur att en utvärdering i viss mån kommer att innehålla subjektiva bedömningar som inte alltid kan dokumenteras och redogöras för.

Förvaltningsrätten bedömer att utvärderingen inte kan anses icke-transparent på grund av att svaren på intervjufrågorna har avgetts muntligt. Förvaltningsrätten anser att det vid fråga om intervjuer är ofrånkomligt med ett visst mått av subjektiv bedömning. Regionen har i upphandlingsdokumentet angett vilka krav som skapar mervärde samt redogjort för poängsättningen. Förvaltningsrätten anser att bolaget inte har gjort sannolikt att regionen har avvikit från de aktuella bedömningskriterierna eller på annat sätt tagit ovidkommande hänsyn vid anbudsutvärderingen.

Beträffande bolagets synpunkter på vilka personer som ingick i utvärderingsgruppen ges den upphandlande myndigheten stor frihet vad avser bedömningsmetod (jfr mål C-6/15 Dimarso) och regionen har därför möjlighet att bestämma vilka personer som är bäst lämpade att utvärdera inkomna anbud i enlighet med uppställda kriterier.

Slutligen har bolaget gjort gällande att den representant som genomförde intervjun har samma profession som Fysio Rehabs verksamhetschef och att regionen därför sannolikt har god personlig kännedom om Fysio Rehabs verksamhet sedan tidigare. Förvaltningsrätten anser dock att bolaget inte har gjort sannolikt att, och än mindre hur, representantens medverkan i utvärderingen skulle ha påverkat upphandlingens resultat på ett otillbörligt sätt.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte finns skäl för ingripande mot upphandlingen på av bolaget anförda grunder. Ansökan ska därför avslås.

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

Karin Åsberg

Målet har beretts av förvaltningsrättsnotarien Anna Seppälä.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

