



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2017-04-27
Meddelad i Göteborg

Mål nr
12645-16

SÖKANDE

Gottfries Clinic AB, 556552-5077
Kroksläotts Torg 5
413 37 Mölndal

Ombud: Advokaten Anna Ulfsson Forssell
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

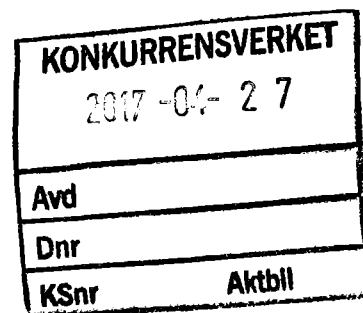
Västra Götalands läns landsting
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.



Dok.Id 473457

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	031 - 711 78 59	måndag-fredag 08:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalands läns landsting (VGR) genomför en upphandling av diagnostisering och behandling av fibromyalgi, långvarig icke-malign smärta och Myalgic Encephalomyelitis/Chronic Fatigue Syndrome, HSNV 2016-00022, RS 975-2016. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt LOU. Två anbud inkom i upphandlingen. I ett första tilldelningsbeslut, daterat den 23 juni 2016, tilldelades Gottfries Clinic AB (Gottfries) avtalet. I tilldelningsbeslut den 15 november 2016 anges att Smärthjälpen Sverige AB vunnit upphandlingen eftersom Gottfries har valt att inte stå fast vid sitt anbud.

YRKANDEN M.M.

Gottfries ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med beaktande av *Gottfries* anbud och baserad på det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Bolaget anför bl.a. följande. *Gottfries* står fast vid sitt anbud, som baseras på de krav och förutsättningar som framgick av förfrågningsunderlaget i upphandlingen. Anledningen till att *Gottfries* inte skrivit på det avtalsutkast som VGR tillhandahållit är att detta utkast väsentligen avviker från förfrågningsunderlaget. Som bilaga till förfrågningsunderlaget bifogades en mall för det avtal som upphandlingen skulle resultera i. I detta dokument anges följande vad avser personal. "Vårdgivaren ska ha personal i sådan omfattning och med sådan kompetens som krävs för att utföra verksamheten i enlighet med detta avtal. Avtalstexten preciseras inför avtalsskrivandet mer utförligt i enlighet med förfrågningsunderlag och anbud." Det är således tydligt att avtalsvillkoren avseende personal ska baseras på förfrågningsunderlaget och antaget anbud.

I punkt 9 i kravspecifikationen uppställs vissa kompetenskrav på den personal som ska utföra uppdraget. "Vårdgivaren ska ha följande personalkategorier anställda eller ha tillgång till personalen via underleverantör." Av skrivningen framgår att det ställs vissa krav på kompetenser som anbudsgivaren måste ha för att kunna tilldelas uppdraget, dvs. ett minimikrav på vilka slags personalkategorier som ska tillhandahållas. Det finns dock ingen skrivning som hindrar att även andra personalkategorier utför uppdraget om det befinns lämpligt, förutsatt att övriga krav på personalen uppfylls (såsom krav på legitimation, språkkunskaper, utbildning/vidareutbildning, dokumenterad erfarenhet etc.).

I det avtalsutkast som VGR skickade till Gottfries i mitten av september 2016 har det dock skett vissa ändringar i avtalstexten. Följande tillägg har gjorts avseende personal. "Till undvikande av missförstånd ska Vårdgivaren tillse att endast personal tillhörande ovanstående personalkategorier medverkar vid utförande av det uppdrag som Avtalet avser". Denna begränsning kunde inte utläsas av kravspecifikationen, eller förfrågningsunderlaget i övrigt i upphandlingen. Gottfries har accepterat och uppfyllt samtliga krav i upphandlingen, men planerade att – helt i enlighet med kravspecifikationen och avtalet – även låta andra personalkategorier såsom specialistläkare i rehabiliteringsmedicin och psykiatri utföra arbete enligt avtalet. Genom att begränsa personalkategorierna som får utföra uppdraget till att endast omfatta kategorier som uttryckligen angetts i kravspecifikationen har VGR väsentligt ändrat avtalsvillkoren och begränsat Gottfries möjligheter att utföra uppdraget.

Att detta är en ändring i förhållande till de ursprungliga villkoren i upphandlingen bekräftas av angivelse i brev från VGR till Gottfries, daterat den 18 oktober 2016, där följande anges. "De legitimerade personalkategorierna som omfattas av avtalet och som således kan komma ifråga för utförandet av behandling framgår av kravspecifikationen (punkt 9). Kravet

är helt i enlighet med de krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget och som accepterats av er i ert anbud. Det kan noteras att det i samband med den anbudsgenomgång vi hade med er den 2016-06-15 särskilt har förtydligats att diagnostisering och behandling endast ska utföras av de legitimerade personalkategorier som omfattas av avtalet”. Om detta från början hade varit en del av upphandlingen hade detta förstås aldrig behövts förtydligas, vilket visar att ”förtydligandet” i själva verket utgör helt ny information. Vidare förklarade Gottfries vid anbudsgenomgången att bolaget inte tolkat kravet på ovannämnda sätt och accepterade därför inte denna ändring.

Det anbud som Gottfries lämnat är i enlighet med kraven i upphandlingen och Gottfries står alltså fast vid sitt anbud, varför det är fel att förkasta Gottfries anbud med motiveringen att Gottfries inte har valt att stå fast vid sitt anbud. Detta strider mot de grundläggande principerna i LOU. Om VGR inte felaktigt hade förkastat Gottfries anbud skulle Gottfries ha tilldelats kontrakt i upphandlingen eftersom Gottfries har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det råder ingen tvekan om att Gottfries lider skada till följd av VGR:s felaktiga agerande som innebär en överträdelse av principerna om likabehandling och transparens enligt LOU. Skäl föreligger därmed för förvaltningsrätten att besluta att upphandlingen får avslutas först efter rättelse i enlighet med Gottfries yrkande.

VGR anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Kompetenskravet i punkt 9 i kravspecifikationen är ett obligatoriskt krav. Det får anses egendomligt att Gottfries uppger att de planerade att använda andra yrkeskategorier (t.ex. specialistläkare i psykiatri) än de som angivits i det obligatoriska kravet och att bolaget dessutom uppfattade kravet som ett minimikrav. Det går naturligtvis inte att använda annan kompetens än den som har angivits i det obligatoriska kravet. Det finns inte heller angivet att det skulle vara fråga om ett minimikrav. Att använda en sådan extensiv tolkning som Gottfries synes göra är inte möjligt.

Gottfries påstår nu att VGR har gjort en ändring av förfrågningsunderlaget genom det avtalsutkast som skickades till bolaget. Anledningen till tillägget är att Gottfries vid möte med VGR inte synes medvetet om att kompetenskravet i upphandlingen är ett obligatoriskt krav. Tillägget gjordes för att VGR ville försäkra sig om att anbudsgivaren inte skulle skriva på något som denne sedan inte kunde stå fast vid. Det är inte fråga om någon begränsning utan snarare en uppmaning om att ta del av det obligatoriska kravet såsom det är skrivet. Det är inte heller fråga om någon väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Det synes som att Gottfries inte vid något tillfälle har accepterat förfrågningsunderlaget. VGR har inte brutit mot principerna om likabehandling och transparens. Gottfries kan därmed inte ha lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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

Om den upphandlande myndigheten 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 besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket 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

1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

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 när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Utredning

Av kravspecifikationen i upphandlingen kan utläsas bl.a. följande.

9 Kompetenskrav

Legitimerad personal ska ha svensk legitimation. All personal med patientkontakt ska ha kunskaper i svenska språket, lägst motsvarande nivå B2 enligt den europeiska nivåskalan i prov i Svenska för vården.

Vårdgivaren ska ha följande personalkategorier anställda eller ha tillgång till personalen via underleverantör:

- Legitimerad arbetsterapeut med fortbildning kopplat till aktuella patientgrupper. Erfarenhet av arbete med aktuella patientgrupper.
- Legitimerad fysioterapeut/sjukgymnast med fortbildning kopplat till aktuella patientgrupper. Erfarenhet av arbete med aktuella patientgrupper.
- Legitimerad läkare med någon av följande specialiteter: algologi, neurologi eller reumatologi.
- Legitimerad psykolog.

- Legitimerad sjuksköterska med fortbildning kopplat till aktuella patientgrupper. Erfarenhet av arbete med aktuella patientgrupper.

Minst en i personalen ska ha utbildning i KBT (Steg 2).

Personalen bör ha praktisk erfarenhet av teamarbete med aktiv patientmedverkan och ha aktuell kunskap om den biopsykosociala modellen för långvariga tillstånd.

Vårdgivaren ska tillse att personalen upprätthåller och höjer sin kompetens inom yrket genom att de får den fortbildning/vidareutbildning som erfordras.

Vårdgivaren ansvarar för att personal (inklusive vikarier och ersättare) inte uppbär ersättning enligt lag (1993:1651) om läkarvårdsersättning eller lag (1993:1652) om ersättning för fysioterapi.

Vid driftstart ska vårdgivaren uppvisa legitimationer och övrig dokumenterad kompetens för all personal.

I avtalsutkastet från VGR kan bl.a. utläsas följande.

13 Personal

...

Till undvikande av missförstånd ska Vårdgivaren tillse att endast personal tillhörande ovanstående personalkategorier medverkar vid utförande av det uppdrag som Avtalet avser.

Förvaltningsrättens bedömning

Gottfries har bl.a. anfört att VGR väsentligt har ändrat avtalsvillkoren i upphandlingen. Vidare har Gottfries anfört att det anbud bolaget har lämnat är i enlighet med kraven i upphandlingen och att VGR därmed felaktigt har

förkastat Gottfries anbud. Mot denna bakgrund har Gottfries gjort gällande att VGR har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i LOU. VGR har bl.a. anfört att det inte rör sig om någon väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. VGR har vidare anfört att det inte går att använda annan kompetens än den som har angivits i det obligatoriska kravet i punkt 9 i kravspecifikationen. Frågan i målet är således hur det obligatoriska kravet på personalens kompetens i upphandlingen ska tolkas.

Även om ett förfrågningsunderlag ska vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas innebär det inte att en upphandlande myndighet skulle vara förhindrad att vidta åtgärder för att klargöra vissa otydligheter eller eventuella tveksamheter i förfrågningsunderlaget, såvida inte dessa ändringar skulle medföra en väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten kan konstatera att punkt 9 i kravspecifikationen har rubriken "Kompetenskrav". Av den aktuella punkten framgår att det är ett krav att vårdsgivaren ska ha vissa personalkategorier anställda eller ha tillgång till sådan personal via underleverantör. Det framgår också i samma punkt att vårdsgivaren vid driftstart ska uppvisa legitimationer och övrig dokumenterad kompetens för all personal. Syftet med att ställa krav på personalens kompetens får antas vara att säkerställa att den personal som utför uppdraget har lämplig kompetens. Att uppställa krav på tillgång till viss personal utan att samtidigt kräva att det är denna personal som ska utföra uppdraget framstår inte som ändamålsenligt eftersom ett sådant krav i princip skulle sakna betydelse i upphandlingen.

Vid en läsning av det aktuella kravet mot bakgrund av syftet och i ljuset av hur en normalt informerad och omsorgsfull anbudsgivare kan förväntas uppfatta kravet anser förvaltningsrätten att kravet får tolkas som att det

gäller all personal som ska utföra uppdraget. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att det inte är rimligt att tolka förfrågningsunderlaget på det sätt som Gottfries har gjort.

Med hänsyn till ovanstående anser förvaltningsrätten att VGR:s tillägg i avtalsvillkoren endast utgör ett förtydligande. Det rör sig således inte om en väsentlig förändring i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget. Gottfries har därmed inte visat att VGR har brutit mot någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna i LOU. Gottfries har således inte heller visat att bolaget på grund av några brister i den aktuella upphandlingen har lidit eller riskerat att lida någon skada.

Sammanfattningsvis saknas anledning att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därmed avslås.

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

Kristian Karlemon
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Ingeli Lindell.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.