



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2016-09-29
Meddelad i Uppsala

Mål nr
3548-16 E

KONKURRENSVERKET	
2016-09-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE



MOTPART

Landstinget Västmanland
721 89 Västerås

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 189947

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M

Landstinget i Västmanlands län (Landstinget) genomför upphandling avseende "Fysioterapi med inriktning på lymfödembehandling", DU-UPPH16-0059. I tilldelningsbeslut den 23 juni 2016 har landstinget beslutat att anta anbud från andra leverantörer än [REDACTED]

[REDACTED] ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför [REDACTED] bland annat följande. Hennes erfarenheter har värderats med 0 poäng trots att hennes färdigheter och kompetens väl motsvarar 1 poäng i jämförelse med konkurrerande anbud. Hon har i dagsläget utfört drygt 50 lymfödembehandlingar och kommer under hösten successivt öka andelen behandlingar av lymfödempatienter vilket innebär att hon vid årets slut har genomfört upp mot 300 behandlingar. I upphandlingsföreskrifterna punkt 3.5.1.1 står att utbildningen ska vara påbörjad vid anbudslämnandet och helt genomförd och godkänd innan avtalsstart. I och med att utbildningen avslutas i september kommer den gott och väl att vara det. Värderingen av erfarenheten av de inkomna anbuden inom lymfterapi är inte rättvist bedömd och god kompetens och kvalitet är inte säkerställd. Landstinget har underlåtit att undersöka erfarenheter i den angivna kompetensen genom att inte kontakta de namngivna referenserna. Vidare har de inte tagit kontakt med leverantörerna för kompressionsmaterial för att säkerställa konkurrerande anbudsgivares utsaga om kännedom inom detta område. Inte heller har kontakt tagits med Ödemförbundet för att få viktiga synpunkter inför upphandlingen.

[REDACTED] åberopar yttrande om hennes yrkeserfarenhet utfärdat av leg. sjukgymnasterna och lymfterapeuterna [REDACTED] och [REDACTED]

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Eftersom det är av avgörande betydelse för landstinget att få full beläggning på avtalet konstruerades förfrågningsunderlaget så att även en fysioterapeut under utbildning skulle uppfylla kraven vid anbudslämmandet och, om konkurrens från mer erfarna fysioterapeuter uteblev, få teckna avtal med förbehåll att ytterligare krav var uppfyllda senast vid avtalsstart. Som tilldelningsgrund valdes det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet där poäng tilldelas utifrån vissa kriterier avseende fysioterapeutens kompetens. Detta ligger väl inom ramen för landstingets frihet att formulera sina behov och förfrågningsunderlaget är utformat i enlighet med LOU.

██████████ bedömdes vid prövningen uppfylla kravet i punkt 3.5.1.1 på att grundutbildningen ska vara påbörjad vid anbudslämmandet. Landstinget betvivlar inte ██████████ yrkesmässiga kompetens eller att hon framgent kommer att få ökad erfarenhet. Anledningen till att hon vid utvärderingen inte kunde få mer än 0 poäng är att det redan avseende det kriteriet förutsätts att fysioterapeuten har grundutbildning vilket hon ännu inte har.

Landstinget har bedömt innehållet i anbudet avseende ██████████ i enlighet med förfrågningsunderlaget. Leverantören har bekräftat att villkoren uppfylls och landstinget har inte angivit något om kontroller i förfrågningsunderlaget. Det har inte funnits några indikationer på att det skulle finnas brister i förhållande till kraven eller annars krävas några särskilda kontroller. När det gäller utvärderingen har ██████████ tilldelats 1 poäng eftersom hennes kompetens stämmer överens med formuleringen avseende det kriteriet.

██████████ genmäler bland annat följande. Det står i upphandlingsföreskrifterna punkt 3.5.1.1 att utbildningen ska vara påbörjad vid anbudslämmandet men det står dessutom att den ska vara helt genomförd och godkänd innan avtalsstart vilket är ett krav som hon uppfyller. Det

framgår av punkt 3.9.1 i utvärderingskriterierna att man för 0 poäng ska ha grundutbildning men enligt vad som framgår i punkt 3.5.1.1 uppfyller hon dessa krav vid avtalsstart. Dessa två punkter är således väldigt motsägelsefulla och om det har funnits andra kriterier som varit avgörande i bedömningen av hennes och konkurrerande anbud önskar hon få dessa förtydligade. För att uppnå god kvalitet på vården borde man inte vara ointresserad av att bedöma anbuderna utifrån ett väl kontrollerat anbudsunderlag via referenser och intyg. Detta för att säkerställa att kraven uppfylls och oavsett om man i förfrågningsunderlaget angivit något om kontroller eller inte. Det framstår som att det viktigaste för landstinget är att dela ut avtal utan se till patienternas bästa och utan att värdera intresse och kompetens hos anbudsgivarna. Det framkommer nu också att som tilldelningsgrund valdes det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det är svårt att förstå den bedömningen då det överhuvudtaget inte lämnats några anspråk på ersättning från anbudsgivarna.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får själva bära ansvaret för

utredningen (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69).

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara utformad så att den leder till ett rättvisande resultat. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket inte träds för när (jfr EU-domstolens dom i mål C-19/00 och Högsta förvaltningsdomstolens dom i RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Ingen av parterna har till förvaltningsrätten gett in ett fullständigt förfrågningsunderlag för upphandlingen. Parterna bedöms dock vara eniga om innehållet i punkt 3.5.1.1 i den del det anger att kvalificering till upphandlingen kan ske även om anbudsgivaren inte avslutat efterfrågad utbildning.

Landstinget har däremot gett in underlaget vad gäller *Utvärderingskriterier*, punkt 3.9.1, ”Kompetens inom lymfödembehandling”, där det anges följande.

Grund för bedömning: antal patienter och behandlingar, - deltagande i konferenser, nätverk m.m. – auskultationer, studiebesök, - vidareutbildning inom området, fått handledning inom området, kunskaper om kompressionsmaterial.

0 poäng – ingen eller mycket liten kompetens av lymfödembehandlingar. Har grundutbildning men har endast behandlat enstaka patienter under de senaste två åren. Ingen eller liten kompetensutveckling inom området. Bedöms utan mervärde.

1 poäng - haft mindre antal patienter och lymfödembehandlingar. Viss kompetensutveckling inom området. Bedöms ge ett visst mervärde.

2 poäng - haft ett större antal patienter och behandlingar. Har en betydande kompetensutveckling inom området. Bedöms ge ett tydligt mervärde, - auskultationer, studiebesök.

Ekonomiskt mest fördelaktiga anbud

Förvaltningsrätten finner anledning att inledningsvis pröva [REDACTED]
[REDACTED] invändning om att hon har svårt att förstå att Landstinget som tilldelningsgrund valt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet trots att det inte lämnats några anspråk på ersättning från anbudsgivarna.

Den upphandlande myndigheten ska efter utvärderingen anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst pris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska den upphandlande myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd (se 12 kap. 1 § LOU).

Enligt utvärderingskriterierna, så som de har presenterats för förvaltningsrätten, har Landstinget avsett att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet enligt kriterierna "Kompetens inom lymfödembehandling", "Yrkeserfarenhet" och "Vidareutbildning". Någon bedömning av lägsta pris har av vad som har framkommit i målet inte skett. Förvaltningsrätten finner inte anledning att i denna del anmärka på upphandlingen.

Mervärde för "Kompetens inom lymfödembehandling".

[REDACTED] har gjort gällande att hennes erfarenhet ska beaktas och att hon ska erhålla ett mervärde i utvärderingskriteriet "Kompetens inom lymfödembehandling". Landstinget har å sin del anfört att en förutsättning för att få mer än noll poäng i utvärderingen var att anbudsgivaren hade en grundutbildning.

Det är ostridigt att [REDACTED] vid tidpunkten för utvärderingen inte hade avslutat sin utbildning men att hon trots detta, i enlighet med hur parterna redogjort för förfrågningsunderlagets punkt 3.5.1.1, kunnat kvalificeras för upphandlingen. [REDACTED] har inte gett


in något underlag till upphandlingen som visar att lättnaden i kvalificeringskraven i punkt 3.5.1.1 även skulle utsträcka sig till att gälla börkraven i punkt 3.9.1. Att så skulle vara fallet har inte heller framkommit av den övriga utredningen. Eftersom utvärderingskriteriet 3.9.1, utifrån dess lydelse, får anses kräva fullbordad utbildning för att ge rätt till ett mervärde innebär detta att [REDACTED] inte uppfyllde efterfrågad formell kompetens för att erhålla något mervärde vid tidpunkten för utvärderingen. [REDACTED] har därmed inte visat att Landstinget har förfarit felaktigt genom att inte inräkna något mervärde för hennes anbud.

Kontroll av övriga anbud

[REDACTED] har slutligen anfört att Landstinget inte vidtagit åtgärder för att säkerställa konkurrerande anbudsgivares utsagor. [REDACTED] har inte närmare redogjort för på vilket sätt en sådan kontroll skulle ha varit reglerad i förfrågningsunderlaget eller hur Landstinget därvid i övrigt skulle ha brustit i tillämpningen av LOU. Landstinget har förklarat att konkurrerande anbud uppfyllt erforderliga krav vilket det utifrån utredningen i målet saknas anledning för förvaltningsrätten att ifrågasätta. Landstinget har alltså inte heller i denna del visats agera i strid med LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att Landstinget inte agerat i strid mot någon av de grundläggande principerna vid utvärderingen av [REDACTED] anbud. Det saknas därför skäl för ingripande med stöd av LOU och ansökan ska således avslås.

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



Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har handlagts av föredraganden Nicklas Rydgren.



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 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.