



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

DOM
2016-12-01
Meddelad i Göteborg

Mål nr
7040-16

SÖKANDE

Tess Res Rehab AB, 559013-2378
Drottninggatan 5
374 35 Karlshamn

Ombud:

Advokaten Henrik Willquist
Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
Box 1027
251 10 Helsingborg

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
405 44 Göteborg

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016 -12- 0 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 446891

Postadress

Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress

Sten Sturegatan 14

Telefon

031 - 732 70 00

Telefax

031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid

måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en ramavtalsupphandling av *Externa rehabiliteringsprogram utomlands 2016*, dnr RS 3491-2015.

Av tilldelningsbeslut den 20 juni 2016 framgår att VGR har valt att teckna avtal med andra leverantörer än Tess Res Rehab AB (TRR). Anbudet från TRR har förkastats eftersom det inte uppfyller samtliga skallkrav.

YRKANDEN M.M.

Tess Res Rehab AB (TRR) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om vad avser vuxna med inflammatoriska ledsjukdomar och vuxna med neurologiska sjukdomar. TRR anför bl.a. följande.

Referenser

VGR har i upphandlingen angett att anbudsgivarna ska ange 1 till 3 referenser i kvalificeringsfasen utan att ange syftet med den varierande volymen. Vidare anges att referenspersonen ska uttala sig om verksamhetschefens och den medicinskt ansvariges "kompetens och erfarenhet av liknande arbete". Det anges dock inte vilken kompetens eller erfarenhet som är tillräcklig för att bli godkänd. Vidare anger VGR att myndigheten förbehåller sig rätten att söka referenser på annat håll. Ett sådant förbehåll som riskerar att medföra godtycke är uppenbart i strid med LOU, primärt transparensprincipen men även likabehandlingsprincipen. Nu nämnda brister kan endast läkas genom att upphandlingen görs om.

Antal patienter per rehabiliteringsperiod

TRR arbetar tillsammans med Hälsoinstitutet Ustron. Av kravspecifikationen framgår att det beräknade antalet patienter på årsbasis uppgår till ca 350 personer. För en anläggning med Ustrons kapacitet är detta inte en någon

stor volym utan i själva verket en mycket liten volym. TRR har redovisat Ustrons kapacitet. Rättspraxis ställer inte krav på att informationen måste lämnas på visst sätt utan det är tillräckligt att den är inkluderad i anbudet. Kravet är därmed uppfyllt.

Klimatkravet

I kravspecifikationen ställs krav på att behandlingsorten ska ha ett klimat på minst 20 grader under dagtid åtta månader om året. Kravet kan inte ställas av två skäl. Dels är det inte förenligt med LOU utifrån ett likabehandlings- och icke-diskrimineringsperspektiv, dels är det materiellt felaktigt.

De krav som ställs i en upphandling ska vara kopplade till upphandlingsföremålet. Eftersom det saknas medicinskt vetenskaplig grund för kravet på viss temperatur gällande de rehabiliteringsinsatser som TRR erbjuder kan det inte heller ställas. Detta vinner stöd av ingivet brev från Socialstyrelsen. Det saknas alltså proportionalitet mellan förväntad rehabilitering och resultat kopplat till klimatförhållanden. Kravet är felaktigt och medverkar inte till att syftet med upphandlingen uppnås. Även om det skulle finnas ett medicinskt mervärde med sol – om än inte vetenskapligt belagt – avseende någon av de många olika rehabiliteringsinsatserna, är det absolut inte giltigt för alla. Dessutom utförs behandlingen inomhus och solljus kan framställas artificiellt om det skulle behövas. Det är uppenbart att detta krav inte har med upphandlingsföremålet att göra. Det finns i vart fall ingen anledning att ställa kravet så brett som VGR gjort utan korrekt hade kunnat vara att endast ställa kravet avseende de behandlingar som gynnas av sol och värme. VGR har dock inte gjort någon sådan uppdelning vilken medfört att modellen kommer i konflikt med LOU. Därtill är kravet diskriminerande mot samtliga behandlingsanläggningar i Europa som inte är belägna vid Medelhavet. TRR ansågs inte uppfylla det ställda kravet eftersom Ustron ligger i Polen. Bristen kan antas ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet och kan endast läkas genom att upphandlingen görs om.

Arbetsterapeut

Av kravspecifikationen framgår att det ska finnas en arbetsterapeut på plats. Hälsoinstitutet Ustron har ett flertal arbetsterapeuter. TRR angav därför i sitt anbudsformulär att samtliga krav i kravspecifikationen uppfylls (bortsett från kravet på klimat). VGR har felaktigt angett att kravet inte är uppfyllt. Dessutom anges i TRR:s prisbilaga priser för arbetsterapeut. Rättspraxis ställer inte krav på att informationen måste lämnas på visst sätt, utan det är tillräckligt att den är inkluderad i anbudet. Kravet är därmed uppfyllt.

Sammanfattningsvis medför bristerna i upphandlingen att TRR lider eller riskerar att lida skada till följd av brotten mot LOU. Om korrekta krav hade ställts upp hade TRR haft möjlighet att tilldelas kontraktet i upphandlingen.

VGR yrkar att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Referenser

VGR har ställt krav på att både verksamhetschef och medicinskt ansvarig ska ha erfarenhet av liknande verksamhet som nu upphandlas. Kravet har ställts redan i leverantörskvalificeringen och fråga är inte om någon gradering eller värdering av referenserna utan endast en begäran om att erfarenhet finns. Om leverantören inte har ett referensuppdrag som täcker hela delen av uppdraget för upphandlingen har leverantören haft möjlighet att ange upp till tre referensuppdrag som tillsammans uppfyller dessa krav. Något mervärde med hänsyn till antalet referenser de lämnat eller varifrån de kommer har inte utgått. Det finns inget generellt hinder för en upphandlande myndighet att inhämta upplysningar rörande de leverantörer som lämnat anbud i en upphandling så länge de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna inte träds för när. I förevarande fall har någon sådan referenstagning inte ägt rum. Syftet med förbehållet har endast varit att ha möjlighet att inhämta förtydliganden, men aldrig att användas till nackdel för anbudsgivaren. Att kravet skulle leda till en godtycklig bedömning på det sätt som TRR menar

anser VGR vara uteslutet. Att möjligheten förbehållits utgör inget brott mot LOU. Det kan även tilläggas att ingen av anbudsgivarna har diskvalificerats med hänvisning till kravet gällande referenser.

Antal patienter per rehabiliteringsperiod

I anbudsintjudan finns det ett krav på att anbudsgivaren ska ange totalt antal patienter per rehabiliteringsperiod. Bolaget har i sitt anbud svarat att det uppfyller kravet men har inte lämnat någon uppgift om antalet patienter per rehabiliteringsperiod. Bolaget har dock i sin ansökan om överprövning anför att de genom att ange sin rehabiliteringsanläggnings kapacitet uppfyllt kravet. Svaret anger inget om hur många patienter per rehabiliteringsperiod som anläggningen kan ta. Det innebär att VGR inte har någon uppgift om hur många rehabiliteringsplatser som VGR kan komma att få ta del av, varför bolaget inte kan anses ha uppfyllt kravet.

Klimatkravet

Det finns flera studier som visar att ett varmt klimat kan påverka positivt vid en rehabilitering. De studier som finns visar på att klimatvården har en positiv effekt på både funktions- och aktivitetsnivå. Däremot saknas det vetenskaplig evidens. I VGR pågår egna studier för att utvärdera effekten av klimatvården av ett oberoende forskarlag. Möjligheten för en upphandlande myndighet att ställa krav i en upphandling styrs dock inte av den vetenskapliga evidensen utan av kravets förenlighet med LOU. I detta fall är aktuellt krav kopplat till upphandlingsföremålet eftersom det finns ett behov för VGR att för vissa patienter kombinera rehabilitering med sol och värme. Externa rehabiliteringsprogram utomlands beviljas inte om det inte bedöms finnas ett medicinskt mervärde för patienten av sol eller värme. Bedömningarna av om sådant mervärde föreligger görs av specialistläkare på området. I det av TRR åberopade brevet från Socialstyrelsen anges inte heller något förbud mot att ställa krav angående klimatet på platsen för anläggningen,

utan det är upp till varje landsting att göra en bedömning av behovet av s.k. klimatvård. Kravet strider inte mot LOU.

Arbetsterapeut

I punkten 6.1 i anbudsinbjudan anges att "Det ska finnas ett rehabiliterings-team bestående av arbetsterapeut, sjuksköterska samt sjukgymnast/ fysioterapeut. Teamet ska kunna konsultera läkare". I punkten 6.2 anges att leverantören ska beskriva personalens kompetens och den särskilda kunskap som finns utöver den formella kompetensen. Bolaget har svarat att det uppfyller kraven och har beskrivit vilka kompetenser det har men inte nämnt arbetsterapeut.

Under punkten 3.2 i kravspecifikationen finns en fråga om leverantören har möjlighet att erbjuda poliklinisk rehabilitering avseende viss patientkategori och i så fall bifoga en prislista med sitt anbud. Bolaget har i bifogad prislista för sådan poliklinisk rehabilitering uppgett kompetensen arbetsterapeut samt pris för en sådan. Om denna kompetens ingår i leverantörens rehabiliterings-team eller om kompetensen enbart finns tillgänglig för den polikliniska rehabiliteringen framgår dock inte. Kravet på att ha en arbetsterapeut i sitt rehabiliteringsteam är därför inte uppfyllt. VGR har därför rätteligen förkastat anbudet från TRR på denna grund. TRR har sålunda inte gjort sannolikt att upphandlingen i denna del strider mot LOU.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan i målet är om det finns sådana brister i den aktuella upphandlingen att det finns skäl för ingripande med stöd av bestämmelserna i 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).

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.

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU 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).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (se HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna i LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda obligatoriska krav (s.k. skallkrav) inte ska beaktas vid utvärderingen. De skallkrav som anges i förfrågningsunderlaget måste alltså vara uppfyllda för att anbudet ska kunna utvärderas.

Referenser

I punkten 5.1.4 (Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet) i anbudsinbjudan anges att anbudsgivaren i sitt anbud för den tilltänkta verksamhetschefen och den medicinskt ansvarige ska redovisa **minst ett och högst tre referensuppdrag** som motsvarar minst det uppdrag som omfattas av upp-

handlingen. Vid utvärderingen av anbuden har någon värdering av referensuppdragen inte ägt rum, utan endast en kontroll gjorts av om kravet genom redovisade referensuppdrag är uppfyllt eller inte. I samma punkt anges att VGR förbehåller sig rätt att själva söka referenser. Ett förbehåll av detta slag utan någon angiven begränsning framstår emellertid som alltför öppet. Det är endast referenser från den egna verksamheten som är möjliga att inhämta på detta sätt. Förfrågningsunderlaget får i denna del därför anses stå i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Det förhållandet att VGR nu angett att möjligheten att inhämta egna referenser inte skulle komma att användas till nackdel för någon anbudsgivare medför inte någon annan bedömning. VGR har emellertid ostridigt uppgett att möjligheten att inhämta egna referenser inte har använts. Vidare har varken TRR eller någon anbudsgivare diskvalificerats med hänvisning till att referenskravet inte är uppfyllt. TRR har sålunda inte lidit skada av nu konstaterad brist och skäl för ingripande i denna del saknas därför.

Antal patienter per rehabiliteringsperiod

I punkten 5.1.4 i anbudsinvitan anges att anbudsgivaren ska redovisa totalt antal patienter per rehabiliteringsperiod samt ange hur många vårdplatser anläggningen har kapacitet för. Bolaget har endast lämnat uppgifter om rehabiliteringsanläggningens kapacitet. Av dessa uppgifter går det inte att sluta sig till om hur många patienter per rehabiliteringsperiod som anläggningen kan ta emot och hur många platser som VGR kan komma att få ta del av. Kravet är därmed inte uppfyllt. VGR har därför haft fog för att förkasta anbudet från TRR på denna grund. TRR har sålunda inte gjort sannolikt att upphandlingen i denna del strider mot LOU.

Klimatkravet

I punkten 5.1 i kravspecifikationen anges att behandlingsorten ska ha ett klimat på minst 20 grader under dagtid åtta månader per år. Av punkten 1 i kravspecifikationen anges att erbjuden rehabilitering i första hand ska ges

inom regionens ordinarie rehabiliteringsutbud. Externa rehabiliteringsprogram utomlands, där tillgång till sol och värme är en komponent i programmet, beviljas endast om det uttryckligen finns ett medicinskt mervärde för patienten av sol och värme. Den av TRR åberopade skrivelsen från Socialstyrelsen ställer inte upp något hinder för krav av detta slag.

En upphandlande myndighet får ställa de kvalifikationskrav i upphandlingen som myndigheten anser vara nödvändiga i förhållande till det som ska upphandlas. Enligt förvaltningsrättens bedömning får de uppställda klimatkraven anses rimliga för aktuell upphandling. TRR har inte uppfyllt klimatkravet och VGR har därmed rätteligen förkastat anbudet från TRR. TRR har invänt att skallkravet i sig strider mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering genom att samtliga behandlingsanläggningar i Europa som inte är belägna vid Medelhavet inte kan komma i fråga. Kravet har av rätten bedömts som rimligt och medför därför en naturlig begränsning av vilka orter som kan bli aktuella i upphandlingen. Kravet pekar dock inte ut någon viss plats eller leverantör. Kravet står därför inte heller i strid med LOU på det sätt TRR nu gör gällande. TRR har sålunda inte gjort sannolikt att upphandlingen i denna del strider mot LOU.

Arbetsterapeut

I punkten 6.1 i kravspecifikationen anges att "Det ska finnas ett rehabiliteringsteam bestående av arbetsterapeut, sjuksköterska samt sjukgymnast/fysioterapeut. Teamet ska kunna konsultera läkare". Leverantören ska beskriva personalens kompetens och den särskilda kunskap som finns utöver den formella kompetensen. TRR har svarat att bolaget uppfyller kraven men det går inte att i denna del utläsa om arbetsterapeut ingår i rehabiliteringsteamet. TRR har visserligen i prislista för poliklinisk rehabilitering uppgett kompetensen arbetsterapeut samt pris för en sådan. Om denna kompetens ingår i leverantörens rehabiliteringsteam, eller om kompetensen enbart finns tillgänglig för den polikliniska rehabiliteringen, framgår dock inte. Kravet

på att ha en arbetsterapeut i sitt rehabiliteringsteam är därför inte uppfyllt. Det är anbudsgivaren som står risken för otydligheter eller brister i sitt anbud. VGR har därför rätteligen förkastat anbudet från TRR på denna grund. TRR har sålunda inte gjort sannolikt att upphandlingen i denna del strider mot LOU.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att upphandlingen har sådana brister att det finns skäl för att ingripa mot den. Ansökan ska därför avslås.

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

Karin Johansson
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



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.