

SÖKANDE

Stiftelsen Valjeviken, 836200-8628

Ombud: Advokat Peter Olofsson
Advokatbyrå AB Peter Olofsson

MOTPART

Östergötlands läns landsting, 232100-0040

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Östergötlands läns landsting (landstinget) genomför en upphandling avseende *Rehabiliteringsvård* med dnr UC-2018-138 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån pris. Den 9 augusti 2018 fattades tilldelningsbeslut genom vilket Stiftelsen Bräcke Diakoni (Bräcke Diakoni) tilldelades kontraktet.

Stiftelsen Valjeviken (Valjeviken) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska förordna att en ny utvärdering ska göras, varvid anbudet från Bräcke Diakoni ska förkastas och anbudet från Valjeviken ska antas. I andra hand yrkar Valjeviken att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Valjeviken

I de annonserade upphandlingsdokumenten angavs i punkten 3.6.2.1 att "*det ska finnas att tillgå minst en kall och en varm bassäng*". Landstinget har därefter ändrat det obligatoriska kravet till att "*det ska finnas att tillgå kall- och varmvattenbassäng*". Det ursprungliga kravet var tydligt och innebar att anbudsgivare ska ha tillgång till minst två bassängar, varav en kall och en varm. Detta krav var välmotiverat eftersom olika kategorier av patienter har olika behov av behandlingsinsatser. Bassängkravet måste läsas tillsammans med övriga krav på tjänsten. Varje patient ska till enligt punkt 3.7 i upphandlingsdokumenten tillhandahållas behandlingsinsatser minst fem dagar per vecka och behandlingstiden anges i avsnitt 3.2.1 till två veckor. Det ligger i sakens natur att de olika behandlingarna ska kunna erbjudas samtidigt, för patienternas bästa. Eftersom den efterfrågade tjänsterna innebär att patienter ska beredas tillgång till såväl varm som kall bassäng, bör det ändrade kravet ges just denna innebörd; att det ska finnas samtidig tillgång till kall- och varmvattenbassäng. Behovet av sådan tillgång och varför det fodras såväl kall- som varmvattenbassäng framgår av yttranden från Neurologkliniken och Neurologförbundet. Landstinget har genom sitt agerande satt sig över den medicinska expertisens kunskaper och erfarenheter, utan tanke på patienternas behov av insatser.

Det framgår av Bräcke Diakonis frågor under anbudstiden, av dess anbud samt av en mejlkommunikation med rehabiliteringscentret att Bräcke Diakoni endast har en bassäng och att i den bassängen kan temperaturen regleras från varm till kall men att det tar åtminstone tre dagar att åstadkomma detta. Bräcke Diakoni kan inte genom sin enda bassäng erbjuda patienterna den tjänst som efterfrågas i upphandlingen. Samtidigt behandling i kall och varm bassäng kan inte tillhandahållas. Under omställningsdagarna finns

dessutom varken varm eller kall bassäng och patienterna kan inte erbjudas den behandling som förutsätts i punkt 3.1.1 i upphandlingsdokumenten. Bräcke Diakoni uppfyller därmed inte kravet, varken före eller efter justeringen. Valjeviken har utfört det nu upphandlade uppdraget åt landstinget under den närmast föregående fyraårsperioden och är därmed väl förtroget med vad som erfordras för att utföra en god behandlingsinsats för de olika patientgrupperna. Valjevikens anbud i upphandlingen är rangordnad som nummer två. Den beslutade tilldelningen till Bräcke Diakonis innebär följaktligen skada för Valjeviken.

Ändringen av det kravet i 3.6.2.1 innebär en väsentlig och grundläggande förändring av upphandlingsföremålet. Ursprungligen kunde endast anbudsgivare med tillgång till minst två bassänger komma ifråga för att lämna anbud. Ändringen innebär dock att potentiella anbudsgivare som bara har tillgång till en bassäng uppfyller det obligatoriska kravet. Sådana anbudsgivare har emellertid inte getts möjlighet att delta i upphandlingen. Genom förändringen av kravet har landstinget agerat i strid med likabehandlings- och transparensprinciperna. Ändringen gjordes kort innan sista dag för anbud och är inte sakligt grundad. Den korta tiden från ändringen till anbudsfristens utgång har försvårat för Valjeviken att anpassa de ekonomiska delarna av sitt anbud till konsekvenserna av förändringen. Utan förändringen hade Valjeviken valts som leverantör eftersom Bräcke Diakoni inte skulle ha kunnat delta i upphandlingen med det ursprungliga kravet.

Landstinget

Anbudet har utvärderats i enlighet med upphandlingsdokumenten och de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna har inte åsidosatts. Kravet i punkt 3.6.2.1 har under anbudstiden justerats i funktionen "Frågor och svar" och återfinns som ett publikt meddelande. Även funktionen "Frågor och svar" omfattas av upphandlingsdokumenten eftersom funktionen används för att

beskriva och, eller, fastställa innehållet i upphandlingen. Det obligatoriska kravet har justerats till "*det ska finnas att tillgå kall-och varmvattenbassäng*". Enligt kravets justerade lydelse krävs det inte två bassänger, utan enbart att kall- och varmvattenbassäng finns att tillgå. Justeringen har gjorts eftersom det inte är väsentligt att leverantören innehar två bassänger utan det viktiga är att såväl kall- som varmvattenbassäng finns att tillgå.

Det framgår inte av upphandlingsdokumenten att de olika behandlingarna ska kunna erbjudas samtidigt eller att det ska finnas samtidig tillgång till kall- och varmvattenbassäng. Det framgår inte heller att ett visst antal patienter ska kunna behandlas samtidigt. Krav på individuellt anpassad behandling, krav på rehabiliteringvård under minst två veckor samt krav på att behandlingsinsatser ska genomföras minst fem dagar per vecka kan uppfyllas även om leverantören har att tillgå en bassäng som kan växla mellan varmt och kallt vatten. Det finns inga krav i upphandlingen på att samma behandlingsinsats ska genomföras minst fem dagar i veckan under minst två veckors tid. Att Valjeviken är av uppfattningen att kravet borde ha utformats på så sätt saknar relevans. Det är landstinget själva som väljer vilka krav som ska ställas. Vid anbudsutvärderingen har bedömningen gjorts att Bräcke Diakoni uppfyller kravet i punkt 3.6.2.1 samt övriga obligatoriska krav i upphandlingsdokumenten.

Det är endast vid så väsentliga ändringar av upphandlingsdokumenten att upphandlingens art ändras som upphandlingen måste göras om. Den justering av kravet som genomfördes under annonseringstiden innebär knappast att upphandlingens art ändrades. För ett ingripande enligt LOU krävs dessutom att den sökande leverantören lidit skada på grund av överträdelsen. Huruvida andra potentiella anbudsgivare lidit skada saknar relevans. Det Valjeviken anför gällande skaderekvisitet är efterhandskonstruktioner. Det är oklart vad Valjeviken menar med anpassning av de ekonomiska delarna av Valjevikens

anbud. Valjeviken uppfyllde kravet såväl innan som efter förändringen. Förändringen gjordes i god tid innan sista anbudsdag och Valjeviken hade två veckor på sig att göra anpassningarna, om det nu ansågs finnas behov av sådana.

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).

Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling. Före anbudstidens slut kan situationen vara den att myndigheten överväger att avvika från ett obligatoriskt krav genom att frånfalla eller justera detta, utan att det för den skull blir fråga om en ny eller annan upphandling. I detta skede medför likabehandlingsprincipen att avvikelsen måste kommuniceras med alla leverantörer, även potentiella sådana. Om så inte kan ske, åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet sådant det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen och göra

förnyade överväganden i en eventuell ny upphandling (se HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrättens bedömning

Valjeviken har gjort gällande dels att Bräcke Diakoni inte uppfyller samtliga obligatoriska krav, dels att landstinget har gjort en förändring av ett obligatoriskt krav som innebär en väsentlig förändring av upphandlingsdokumenten. Förvaltningsrätten väljer att först pröva Valjevikens invändning om att landstinget har gjort en väsentlig förändring av upphandlingsdokumenten.

Den ursprungliga lydelsen av nu aktuellt krav i punkt 3.6.2.1 var följande. *”Det ska finnas möjlighet att få vattengymnastik. Det ska finnas att tillgå minst en kall och en varmvattenbassäng. Det ska finnas möjlighet till behandlingsbassäng med lift.”*

Efter en fråga under anbudstiden har landstinget dock angett att kravet förtydligas och angett att kravet har följande lydelse. *”Det ska finnas möjlighet att få vattengymnastik. Det ska finnas att tillgå kall-och varmvattenbassäng. Det ska finnas möjlighet till behandlingsbassäng med lift.”*

Ändringen av kravet i punkten 3.6.2.1 som meddelades den 1 juni 2018 2018 avsåg ett obligatoriskt krav och vidtogs 14 dagar innan anbudstiden gick ut. Ändringen innebar endast en lättad av uppställt krav gällande typ av bassäng som skulle finnas att tillgå och ändringen av kravet publicerades som ett offentligt informationsmeddelande i funktionen ”Frågor och svar”. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att ändringen inte bör betraktas som väsentlig eller i övrigt stå i strid med principerna om likabehandling och transparens. Skäl för ingripande enligt LOU på denna grund föreligger därmed inte.

Förvaltningsrätten har därefter att pröva om Valjeviken har visat att Bräcke Diakoni inte uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav. I denna del har Valjeviken anfört att kravet i punkt 3.6.2.1 måste tolkas på så sätt att det innebär att det ska finnas samtidig tillgång till kall- och varmvattenbassäng. Valjeviken anför att Bräcke Diakoni därmed inte uppfyller kravet eftersom Bräcke Diakoni endast har en bassäng där en omställning från varmt till kallt vatten, och vice versa, måste ske. Valjeviken anför vidare att Bräcke Diakoni under omställningsdagarna varken har en varm eller en kall bassäng att tillgå och att patienterna under dessa dagar därför inte kan erbjudas de behandlingar som förutsätts i upphandlingsdokumenten.

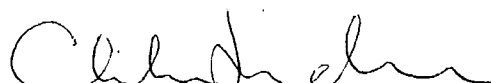
Eftersom det obligatoriska kravet i punkt 3.6.2.1 har ändrats genom funktionen "Frågor och svar" är det innebörden i kravet efter ändringen som är relevant i målet. Förvaltningsrätten anser att det aktuella kravet inte kan tolkas på så sätt att det är ett krav att det samtidigt ska finnas en kall- och en varmvattenbassäng att tillgå. Det Valjeviken anfört visar inte heller att det är ett krav att kall- och varmvattenbassäng ska finnas att tillgå i en viss omfattning eller att de i upphandlingsdokumentet angivna behandlingarna ska kunna ges i viss omfattning. Valjeviken har mot denna bakgrund inte visat att Bräcke Diakonis anbud brister i uppfyllelse av något obligatoriskt krav. Skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund finns därför inte.

Förvaltningsrätten noterar att Valjeviken även har framfört synpunkter på vilka krav som har ställts i upphandlingsdokumenten. Det är dock den upphandlande myndigheten som beslutar om vad som ska upphandlas och ställer de krav som anses nödvändiga för att syftet med upphandlingen ska nås. En upphandlande myndighet har stor frihet när den bestämmer föremålet för en upphandling, förutsatt att de grundläggande upphandlingsprinciperna iakttas. Det är således inte förvaltningsrättens uppgift att värdera om landstinget har lyckats upphandla den bästa tjänsten. Vad Valjeviken har anfört i denna del innebär därmed inte skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det Valjeviken har anfört i målet inte innebär att det finns skäl för ingripande mot upphandlingen. Valjevikens ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).



Christine Lindström

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Mathilda Anderzén.



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 nyårs-afton, 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.

Har 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 rättstillämpningen.
- 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.

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.