

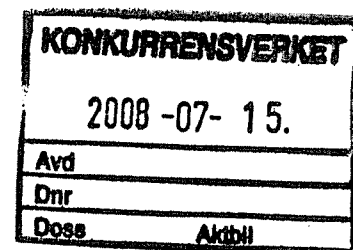
LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

BESLUT
2008-07-11
Meddelat i
Stockholm

Mål nr
13224-08
Rotel 225

SÖKANDE

Feelgood Företagshälsovård AB, 556185-6385
Box 5254
102 46 Stockholm



Ombud: Advokat Henrik Karlström och Jur.kand. Adrienne de Jounge
Ramberg Advokater AB
Box 7531
103 93 STOCKHOLM

MOTPART

Arbetsförmedlingen
113 99 STOCKHOLM

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling – LOU

Länsrätten avvisar ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut meddelat den 25 juni 2008 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 348563

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

Verket för högskoleservice (VHS) har tecknat statligt ramavtal inom området Företagshälsovård, dnr. 6- 0097- 451217.

Arbetsförmedlingen har i avropsförfrågan för leveransavtal avseende riksbase rad Företagshälsosjukvård Basutbudstjänster inbjudit leverantörer att komma in med avropssvar enligt ovan nämnda ramavtal.

I tilldelningsbeslut 2008-06-03 har Arbetsförmedlingen meddelat att arbetsförmedlingen beslutat att teckna avtal med AB Previa.

YRKANDEN M.M.

Feelgood Företagshälsovård AB (Feelgood) ansöker om överprövning enligt LOU. I första hand och yrkas att länsrätten förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för ansökan anförs att Arbetsförmedlingen handlat i strid med LOU genom att frångå principen om lägsta pris. Av förfrågningsunderlaget till upphandlingen av ramavtalet och enligt villkoren i ramavtalet framgår att vid avrop skall endast principen om lägsta pris tillämpas. Arbetsförmedlingen har dock vid tilldelningen av kontraktet tillämpat ett krav om att leverantören ska bedriva verksamhet på fler orter än vad som angivits i upphandlingen av ramavtalet. Detta utgör enligt Feelgood ett otillåtet tilläggskrav. Anbudsutvärderingen har således genomförts på ett diskriminerande och icke objektiva t sätt. Arbetsförmedlingen har därmed brutit mot såväl principen om transparens som likabehandlingsprincipen, vilka inryms i kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. Genom upphandlingen av själva ramavtalet har krav ställts på leverantörer avseende olika kvalitetsfaktorer. Feelgood har antagits som riksbase rad leverantör. Av Arbetsförmedlingens behovsanalys (förfrågningsunderlag) vid den nya konkurrensutsättningen framgår inte att leverantören för att erhålla kontrakt måste ha verksamhet även på de orter utöver de som krävdes för att bli antagen som riksbase rad leverantör enligt ramavtalet. Arbetsförmedlingen har utvärderat inkomna anbud på ett diskriminerande och icke objektiva t sätt. Den

prisutvecklingsmodell som arbetsförmedlingen använt sig av visar att Feelgood lämnat det anbud som givit "lägsta pris". Arbetsförmedlingens agerande resulterar i att det inte är anbudsgivaren med det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som kommer att erhålla kontraktet. I fall som det förevarande, när förfrågningsunderlaget innehåller krav på att anbudsgivarna skall lämna ett antal olika prisuppgifter, förutsätts en rättvisande och objektivt godtagbar utvärdering vilket leder till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet verkligen antas.

Beträffande förutsättningarna för prövning av upphandlingen anförs att denna baseras på ett ramavtal om företagshälsovårdstjänster som tidigare upphandlats av VHS. Endast ramavtal som fastställer samtliga villkor för avrop, inklusive fördelningsnyckel eller annan mekanism för avrop som visar vilken leverantör som i första hand skall tilldelas avrop är upphandlingskontrakt i LOU:s mening. Av såväl lag som praxis framgår att ramavtal som inte fastställer samtliga villkor inte är upphandlingskontrakt i LOU:s mening. Detta innebär att möjligheterna till överprövning inte upphör. Tvärtom utgör användning av sådana ramavtal att nya tilldelningar av upphandlingskontrakt kan bli föremål för överprövning. I nu aktuellt ramavtal avseende företagshälsovård tillämpas en förnyad konkurrensutsättning vid avrop. Detta innebär bl.a. att ramavtalet inte fastställer samtliga villkor och priser utan att myndigheten utifrån en behovsanalys konkurrensutsätter just de efterfrågade tjänsterna som finns i det geografiska närområdet. Ramavtalet förutsätter således att den upphandlande enheten ska bjuda in leverantörerna att lämna nya anbud. Ramavtalet är därför inte ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening och möjligheten till överprövning har därför enligt 7 kap. 1 § tredje stycket LOU inte upphört.

Länsrätten har den 25 juni 2008 interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

Arbetsförmedlingen bestrider bifall till Feelgoods ansökan om överprövning. I första hand yrkas att ansökan ska avvisas och i andra hand att ansökan avslås. För

det fall länsrätten bedömer att ingripande mot upphandlingen ska ske yrkar Arbetsförmedlingen att länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Till stöd härför anför i huvudsak följande. Länsrätten i Stockholms län har i dom meddelad den 21 maj 2008 i mål nr 2842-08 funnit att den i LOU fastställda ramavtalsdefinitionen inte kan tolkas på så sätt att den upphandlande enheten är tvungad att fastställa alla tänkbara villkor för alla tänkbara avrop i ramavtalet. Enligt länsrätten öppnar därmed det nya direktivets bestämmelser för möjligheten till en andra konkurrensutsättning på andra villkor än de som tillämpades vid den första konkurrensutsättningen, under förutsättning att de villkor som ska tillämpas vid den andra konkurrensutsättningen är angivna i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. VHS har i förfrågningsunderlaget till det aktuella ramavtalet om företagshälsovård samt i ramavtalet tydligt angett de villkor som ska tillämpas vid avrop, bl.a. att principen ”lägsta pris” ska användas och att detta innebär att beställaren endast får jämföra avropssvaren med avseende på pris. Arbetsförmedlingen anser därmed att ramavtalet är att betrakta som ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening. Den förnyade konkurrensutsättning som genomförts av Arbetsförmedlingen har skett i enlighet med ramavtalet. Överprövningsfristen har löpt ut och därmed saknas möjlighet att överpröva upphandlingen av ramavtalet.

Arbetsförmedlingen har fr. om. den 1 januari 2008 ersatt myndigheterna Arbetsmarknadsstyrelsen och länsarbetsnämnderna. En viktig faktor i arbetet med det nya avtalet om företagshälsovård är anpassningen till den nya organisationen. I avropsförfrågan har arbetsförmedlingen efterfrågat att företagshälsovården ska garantera enhetlighet i uppföljningen. I bilagor till avropsförfrågan finns Arbetsförmedlingens behov av företagshälsovård specificerat genom att det där anges på vilka orter verksamheten bedrivs och att arbetsförmedlingen har som mål att resvägen till företagshälsovårdens mottagning inte ska överstiga en timmes resväg. Arbetsförmedlingen har även i bilagan ”Priskorg” specificerat ett årligt behov av företagshälsosjukvård på dessa orter med ett visst antal timmar. Det angivna antalet timmar avser behovet för riket som helhet. Anledningen till att Arbetsförmedlingen har använt det riksbaserade avtalet är att Arbetsförmedlingen önskar ha en

och samma leverantör avseende hela myndighetens verksamhet. Att detta stämmer överens med VHS:s avsikt för hur avtalen ska tillämpas framgår bl.a. av den statliga inköpssamordningens webbplats och VHS:s upphandlingsvägledning för hur avrop på ramavtalet ska genomföras. I punkt 1.7 ”Avropsförfarande” i förfrågningsunderlaget till ramavtalet anges att i samband med den förnyade konkurrensutsättningen när kund – och objektspecifika krav kan ställas ska utvärderingen ske enligt principen ”lägsta pris” i enlighet med information i förfrågningsunderlaget. Av punkt 1.7 framgår vidare att den myndighet som önskar avropa företagshälsovård först ska göra en genomgång av sitt behov, att myndigheten ska specificera sitt behov i avropsblanketten och att myndigheten därefter ska utvärdera inkomna avropssvar för att se vilken leverantör som erbjuder den efterfrågade företagshälsosjukvården till lägst pris. Arbetsförmedlingen har efterfrågat företagshälsosjukvård på de orter där verksamheten bedrivs eller inom högst en timmes resväg från dessa orter och även angett det antal timmar företagshälsovård som arbetsförmedlingen har behov av på riksnivå. Av Feelgoods anbud framgår att på ett flertal orter kan varken företagshälsovård på orten eller på en mottagning inom en timmes resväg från den aktuella orten erbjudas. Feelgood har således inte erbjudit den företagshälsovård som Arbetsförmedlingen har efterfrågat. Det pris som Feelgood har lämnat avser det totala antalet efterfrågade timmar men på ett betydligt färre antal orter än vad som efterfrågats. Arbetsförmedlingens avrop på företagshälsosjukvård på det befintliga ramavtalet har varit korrekt och har skett enligt de kriterier som angetts i avropsförfrågan och avropet har även i övrigt genomförts i enlighet med LOU.

Feelgood vidhåller vad som anförts i ansökan om överprövning och bestrider Arbetsförmedlingens yrkande om avvisning av ansökan. Som grund härför anføres att ett ramavtal i vilket samtliga villkor för avrop inte fastställts kan inte utgöra något upphandlingskontrakt i den mening som avses i LOU. Enskilda beställningar från ett sådant ramavtal kan därför per definition inte utgöra utnyttjande av ett befintligt upphandlingskontrakt utan istället sker vid varje beställning en ny tilldelning av upphandlingskontrakt. Det ramavtal som Arbetsförmedlingen baserat upphand-

lingen på är inte något upphandlingskontrakt i LOU:s mening och det Arbetsförmedlingen gjort kan därför inte vara något annat än en tilldelning av upphandlingskontrakt. Även om länsrätten i nu aktuellt fall skulle finna att ramavtalet i sig utgör ett upphandlingskontrakt har Arbetsförmedlingens förnyade konkurrensut-sättning inte skett i enlighet med förfrågningsunderlaget till ramavtalet eller enligt villkoren i ramavtalet. Arbetsförmedlingen har vid den förnyade konkurrensut-sättningen frångått principen om ”lägsta pris”. Vid tilldelningen av kontraktet har arbetsförmedlingen tillämpat krav om att leverantören skall bedriva verksamhet på fler orter än vad som angivits i upphandlingen av ramavtalet. Detta utgör ett otillåtet tilläggskrav.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2008 trädde den nya LOU (2007:1091) i kraft. Enligt övergångsbe-stämmelserna skall bestämmelserna i den äldre LOU (1992:1528) tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet av den nya lagen. I föreva-rande fall grundar sig avropen på ett ramavtal som upphandlats enligt den äldre LOU.

Enligt 1 kap. 4 § LOU (1992:1528) gäller följande. Upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 7 kap. 2 § första stycket samma lag framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Inledningsvis har länsrätten att ta ställning till om ifrågavarande förfarande avser ett avrop från det statliga ramavtal som VHS tecknat inom området Företagshäl-sovård, dnr. 6-0097-451217 eller om det är att anse som en ny upphandling, vil-ken kan bli föremål för överprövning.

I 1 kap. 5 § LOU definieras ramavtal som ett avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

Enligt artikel 1 punkt 5 i Europaparlamentets och Rådets nya direktiv avseende den klassiska sektorn (2004/18/EG) definieras ramavtal som ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera ekonomiska aktörer i syfte att fastställa villkoren för tilldelningen av kontrakt under en given tidsperiod, särskilt i fråga om tänkt pris och i tillämpliga fall uppskattad kvalitet. Vidare anges i artikel 32 att vid tilldelning av kontrakt som bygger på ett ramavtal får parterna inte i något fall väsentligen ändra villkoren i detta ramavtal.

Länsrätten finner, liksom i tidigare meddelade domar 2008-05-21, mål nr 2842-08, och 2008-06-27 mål nr 11775-08, att den i LOU fastställda definitionen inte kan tolkas på så sätt att den upphandlande enheten är tvingad att fastställa alla tänkbara villkor för kommande avrop i ramavtalet. Ett krav är dock att de villkor som ska tillämpas vid en första respektive andra konkurrensutsättning är angivna i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

VHS har i förfrågningsunderlaget till ramavtalet under p. 1.7 med rubriken Avropsförfarande angett att vid avrop tillämpas förnyad konkurrensutsättning. Vidare anges att avropande myndighet som önskar avropa Företagshälsovård specificerar myndighetens behov i avropsblanketten som sedan skickas ut till de inom det geografiska området antagna leverantörer. Avropssvaren utvärderas därefter av myndigheten för att se vilken leverantör som erbjuder den efterfrågade företagshälsovården till lägst pris. Om avropande enhet önskar företagshälsovård som väsentligen avviker från den som specificerats i avropet skall en ny förnyad konkurrensutsättning ske. Arbetsförmedlingen har i behovsanalys, som bifogats avropsblanketten, uppgett att myndigheten avropar samtliga bastjänster utom vaccination och att myndigheten har som mål att resvägen till företagshälsovården inte

överstiger en timmes resväg (med lämpligaste färdväg). I bilaga redovisas samtliga orter där arbetsförmedlingens kontor finns.

Länsrättens bedömning

Med beaktande av vad som anförts ovan finner länsrätten att aktuellt ramavtal med Feelgood och VHS är att anses som ett upphandlingskontrakt i LOU:s mening. Enligt länsrätten kan Arbetsförmedlingens behov av riksbasead företagshälsovård med anpassning till myndighetens nya organisation inte anses avvika väsentligt från ramavtalet på ett sådant sätt att en helt ny konkurrensutsättning ska ske. Vad som framkommit i målet visar inte att den förnyade konkurrensutsättning som genomförts av Arbetsförmedlingen inte skett i enlighet med ramavtalet. Eftersom överprövningsfristen enligt 7 kap. 1 § tredje stycket LOU har löpt ut saknar länsrätten möjlighet att överpröva ramavtalsupphandlingen. Feelgoods ansökan ska därför avvisas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv3109/1a)



Leif Nilsson

rådman

Föredragande har varit Ann-Kristin Rosén.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

