



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2015-09-16
Meddelad i
Karlstad

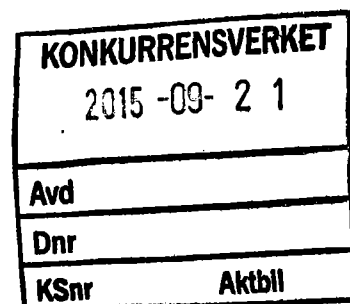
Mål nr
1090-15

SÖKANDE

Svensk Friskvårds- och Checkadministration AB, 556686-7890
Drottninggatan 81 a
111 60 Stockholm

Ombud:

Jur.kand. Christoffer Stavenow
Jur.kand. Hampus Stefansson
Stavenow & Partners AB
Skeppsbron 40
111 30 Stockholm



MOTPART

Örebro kommun, Upphandlingsenheten
Box 30070
701 35 Örebro

SAKEN

Offentlig upphandling

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Svensk Friskvårds- och Checkadministration
AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Örebro kommun genomför en offentlig upphandling av friskvårdsadministration, dnr Ks 1201/2013. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande och har en beräknad volym av ca 1,2 Mkr per år samt en avtalstid om tre år med möjlighet för kommunen att förlänga upp till tolv månader. Som grund för tilldelning gäller lägst pris av de anbud som uppfyller de kvalificerande kraven. Vid anbudstidens utgång den 5 juni 2014 hade fyra anbud inkommit, varav endast anbudet från Friskvårdskuponger Sverige AB bedömdes uppfylla de kvalificerande kraven och sedan har antagits. Dessförinnan hade kommunen beslutat avbryta upphandlingen på grund av tveksamheter om tjänstens förenlighet med personuppgiftslagen (1998:204) men förvaltningsrätten har i dom den 10 februari 2015 upphävt det beslutet.

YRKANDEN M.M.

Svensk Friskvårds- och Checkadministration AB (FVC) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta om att utvärderingen ska rättas där det bortses från kravet på referenser och att FVC:s anbud utvärderas samt att anbudet från Friskvårdskuponger Sverige AB, senare Min Friskvård Sverige AB (Min Friskvård), utesluts. I andra hand yrkar FVC att upphandlingen ska göras om då kommunen har ställt ett oproportionerligt krav avseende referenser och att den enda kvalificerade anbudsgivaren inte uppfyller kraven i upphandlingen.

Som skäl för sin ansökan åberopar FVC i huvudsak följande omständigheter.

Som kvalificeringskrav har kommunen i 1.16 i förfrågningsunderlaget angett att anbudsgivaren ska ange två referenser. Referenserna ska vara från uppdrag med mer än 7000 anställda och som anbudsgivare ska man få minst 7 av 10 poäng i genomsnitt och inget betyg av

de sju bedömningsområdena får understiga 5 poäng. FVC fick ett resultat som understeg kraven och blev därmed inte kvalificerat.

Enligt 11 kap. 2 § LOU ska "[o]mfattningen av den information (...) samt de lägsta nivåerna för den kapacitet som krävs för ett visst kontrakt ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta." Proportionalitetsprincipen avseende kvalificeringskrav, som även återges i 1 kap. 9 § LOU syftar till att säkerställa att kraven på leverantören inte blir orimligt höga. För att det aktuella kravet ska anses proportionerligt ska det vara nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och det ska inte finnas några mindre ingripande alternativ. För särskiljning mellan anbudena kan istället stränga obligatoriska krav på tjänsten eller varan ställas, alternativt att upphandlingen utvärderas enligt metoden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet vilket ska ha koppling till kontraktsföremålet och inte leverantören. LOU och de bakomliggande direktiven syftar härigenom till att säkerställa att särskiljningen mellan anbudena inte görs avseende vem som ska leverera en vara eller tjänst utan vad som ska levereras.

Administration av friskvårdsbidrag är en förhållandevis ny marknad där få uppdrag överstiger 7000 anställda. För FVC:s del fanns det endast två möjliga referensgivare med över 7000 anställda, särskilt när kravet på referenser även var begränsat snävt tidsmässigt. FVC såg sig därmed tvingat att ange bland annat kommunen som referens. Vid angivande av den upphandlande myndigheten som referens i en upphandling, öppnar anbudsgivaren en möjlighet till den upphandlande myndigheten att förkasta anbudet genom att sätta låga referenspoäng, vilket även var fallet för FVC:s del.

FVC, som är den största aktören på marknaden och har flest kunder och användare och även högst omsättning, kan inte uppbringa fler än två referenser. FVC veterligen, finns det endast två möjliga referenser vardera för såväl Min Friskvård som Wellnet. Det krävdes även att anbudsgivarna skulle få höga referenspoäng för att kvalificera sig. Avseende övriga leverantörer har Wellnet AB inte fått något svar från sina referenser och hur Previa AB:s referenser ser ut är oklart då FVC inte har fått ta del av det anbudet ännu. Min Friskvård har högst fått svar av en av sina referenser (se vidare nedan).

Vare sig Wellnet AB, FVC eller Min Friskvård har således uppfyllt kraven avseende referenser. Med alla de uppräknade krav som ställs på anbudsgivarens referenser är kraven sammantaget för långtgående, särskilt då mindre stränga krav hade kunnat ställas på leverantören och strängare krav hade kunnat ställas i form av obligatoriska krav på tjänsten alternativt i utvärderingen. Att i princip hela den konkurrens som finns på marknaden har uteslutits på grund av kravet

talat för att det är oproportionerligt ställt i förhållande till vad det är avsett att uppnå.

FVC är som nämnts marknadsledande i branschen och har haft avtalet med kommunen fram till den 1 januari 2015, det torde därmed inte råda något tvivel om att FVC har kapacitet att utföra tjänsten. Min Friskvård som var den vinnande leverantören uppfyller inte två av varandra oberoende krav i upphandlingen. Min Friskvård uppfyller inte kravet avseende referenser och kravet avseende att moms ska kunna dras av på friskvårdstjänster. Enligt det ovan nämnda kravet avseende referenser skulle två referenser minst ange en viss poäng för att anbudet skulle kvalificeras. FVC har kontaktat en av Min Friskvårds angivna referenser som uppgett att de inte lämnat några referenser avseende denna upphandling för Min Friskvård (se mailkonversation med lönechefen på Uppsala kommun). Lönechefen var en av två som var angivna som referens för Min Friskvård i upphandlingen.

Enligt 3.13 i förfrågningsunderlaget, Uppgifter på faktura, ska moms vara specificerad på så sätt som krävs för att kommunen ska kunna dra av momsen på friskvårdstjänster som kommunens medarbetare köper. Baserat på de fakturor som Min Friskvård idag tillhandahåller sina kunder (se bifogade exempel på fakturor) uppfyller Min Friskvård inte detta krav (se även sakkunnigutlåtande från skatterättsjurist och momsspecialist på PwC). Bristerna i fakturaunderlaget framgår också tydligt av det brevsvaret från Skatteverket som Min Friskvård har bifogat sitt anbud. I detta brevsvaret fastställs att specifikationen måste uppfylla kraven enligt 11 kap. mervärdesskattelagen (1994:200) för att kunna utgöra underlag för avdrag för ingående skatt. I dessa krav ingår att säljarens namn och adress samt momsregistreringsnummer och beskattningsunderlag ska framgå av fakturan. Min Friskvård är inte säljare av Friskvårdstjänsterna, och fakturorna utgör istället en sammanställning av tjänster sålda av friskvårdsleverantörerna under den aktuella perioden. På fakturorna har Min Friskvård valt att redovisa "Totalt från friskvårdsleverantör till oss inrapporterad moms", vilket alltså inte är den moms som har bokförts av Min Friskvård utan av tredje part (friskvårdsleverantören). Detta är inte tillräckligt som underlag för att arbetsgivaren ska kunna dra av moms.

Då FVC har blivit uteslutet med anledning av att krav som strider mot proportionalitetsprincipen och då den enda kvalificerade anbudsgivaren inte uppfyller kraven i upphandlingen har FVC lidit eller riskerat att lida skada med anledning av kommunens agerande i upphandlingen. Därmed föreligger skäl för ingripande i enlighet med FVC:s yrkanden enligt 16 kap. 6 § LOU.

Örebro kommun bestrider bifall till FVC:s ansökan och anför i huvudsak följande.

Prövning av anbud har skett enligt principen lägsta pris. Vid en lägstaprisupphandling sker ingen utvärdering av uppställda krav. Kraven kan endast uppfyllas eller inte. Endast de anbudsgivare som uppfyller samtliga krav får utvärderas och utvärdering består endast i en jämförelse av inkomna anbudspriser.

Kommunen har bedömt att uppdraget är av sådan art att höga krav måste vara proportionerligt i beaktande av de syften som ska uppnås med upphandlingen. Örebro kommun har ca 11 500 anställda. Tjänsten som upphandlas är avsedd att förse samtliga kommunens anställda med friskvårdsbidrag värt ca 11 500 000 SEK. Förmedlingen ska ske elektroniskt och det ställer mycket höga krav på anbudsgivarens kompetens, system, IT-säkerhet, administration och serviceanda. Under föregående avtalsperiod har bidraget utbetalats genom tryckta papperscheckar med FVC som leverantör. Tjänsten som nu upphandlas fanns inte vid tiden för den föregående upphandlingen och det är alltså fråga om att kommunen nu vill testa en ny- och vidareutveckling av tjänsten. Då är det kommunens mening att det är extra viktigt att anbudsgivaren kan visa på en hög förmåga, förmedlingen av bidrag för de beloppen får helt enkelt inte misslyckas.

Att den ena av FVC:s referenser är från Örebro kommun minskar inte värdet av referensen, det är snarare en fördel för en upphandlande myndighet att faktiskt ha förstahandserfarenhet av en anbudsgivare. FVC antyder att kommunens referent utan saklig grund givit en lägre bedömning i syfte att förkasta anbudet genom att sätta låga referenspoäng. Det kan istället vara fallet att FVC under avtalsperioden inte presterat bättre än vad referensen ger uttryck för. Om FVC:s påstående att bolaget är ledande på marknaden stämmer så synes det märkligt att konkurrerande anbudsgivare lyckats uppbåda referenter för uppdrag som är tillfyllest medan FVC inte klarat ut den utmaningen. Intressant i sammanhanget är att även den andra referensen som FVC lämnat ger så låga omdömen att anbudet ska förkastas. Det förstärker bilden av att FVC inte har den förmåga och kapacitet som efterfrågas.

Kommunen har bevis för att båda referenserna som Friskvårdskuponger uppgivit har lämnat svar vid förfrågan, dessa har även FVC tagit del av.

Beträffande moms har förfrågningsunderlagets punkt 3.1 andra stycke lydelsen:

Moms skall vara specificerad på sätt som krävs för att kommunen ska kunna dra momsen på friskvårdstjänster som kommunens medarbetare köper.

Friskvårdskuponger har i sitt anbud uppgivit att: *Friskvårdskuponger Sverige AB redovisar sedan kostnaden för inlöst bidrag där det framgår på fakturan till Örebro kommun vilken medarbetare, friskvårdsutförare som bidragit nyttjats hos samt aktivitet, tidpunkt, pris och moms framgår.*

Kommunen har bedömt att anbudet därmed uppfyller ställda krav. Kraven skall uppfyllas vid kontraktets fullgörande och det anser kommunen att anbudsgivaren har visat att den kommer att kunna göra. Denna fråga har även särskilt bekräftats vid förhandling som genomförts med anbudsgivaren.

FVC åberopar efter Örebro kommuns yttrande även bland annat följande omständigheter.

I enlighet med förfrågningsunderlaget 1.18 ska den anbudsgivare som åberopar annans kapacitet tillhandahålla ett åtagande från underleverantören. Min Friskvård angav att bolaget skulle använda sig av Ixit AB som underleverantör för olika IT-tjänster. Min Friskvård har dock inte bifogat något åtagande från sin underleverantör eller på annat sätt visat att bolaget förfogar över dess kapacitet. Då Min Friskvård inte uppfyllt ett obligatoriskt krav ska deras anbud uteslutas.

I förfrågningsunderlaget fastställdes att referenser skulle efterfrågas. Det framgick även att den sista dagen för att svara på referenserna var den 18 juli 2014. Min Friskvårds referens Uppsala kommun har dock först svarat den 28 juli 2014 och därmed ska det bortses från den referensen. Då två referenser krävdes har Min Friskvård endast en giltig referens och dess anbud skulle därmed inte ha utvärderats.

Örebro kommun anför med anledning av FVC:s yttrande bland annat följande.

Min Friskvård har i sitt anbud på efterfrågat sätt och i enlighet med förfrågningsunderlagets 1.18 visat vilken kapacitet det åberopar från annat företag. Det framgår av anbudet och kommunen har dessutom begärt kopia på avtalet från anbudsgivaren för att ytterligare försäkra sig om underleverantörens kapacitet och förmåga vilket tillhandahållits.

Att kommunen anger ett sista datum för svar från referenser syftar till att förmå referenten att inkomma med sitt svar. Det är erfarenhetsmässigt svårt att nå referenser och det kan vara förenat med mycket arbete för kommunen att få de svar som efterfrågas. Kommunen är förhindrad att pröva anbud som inkommer efter sista dag för anbud men anser att det är att gå för långt att även nödgas förkasta anbud på den grunden som FVC nu vill framhärda. Kommunen anser inte att likabehandlingsprincipen är överträdd, i synnerhet inte i en sådan utsträckning att det ska leda till ingripande enligt LOU.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

I 11 kap. 12 § LOU anges att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

Förvaltningsrättens bedömning

FVC har som första grund för sin talan åberopat att kravet på två referenser med lägst sju poäng av tio i genomsnitt strider mot principen om proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU. Regelverket i LOU hindrar inte att den upphandlande kommunen ställer höga krav på leverantören och den tjänst som ska utföras, om detta är motiverat utifrån vad som upphandlas. Enligt förvaltningsrättens mening har Örebro kommun på ett tydligt sätt redogjort för bakgrunden och syftet med det aktuella kravet på referenser.

Det finns, som FVC varit inne på, olika sätt att få fram det anbud som uppfyller ställda krav och är det för den upphandlande myndigheten mest förmånliga. Man kunde möjligen tänka sig att använda någon form av poängsättning vid utvärderingen istället för att diskvalificera anbudsgivare med ”dåliga” referenser. Någon skyldighet för kommunen att använda sig av en sådan alternativ metod kan dock knappast anses föreligga. Då referenstagningen gäller anbudsgivarens tidigare verksamhet förefaller det inte onaturligt att använda sig av referenserna redan i kvalificeringsfasen, såsom kommunen gjort. Med hänsyn till den bakgrundsbeskrivning som Örebro kommun gett anser förvaltningsrätten inte heller att man ställt orimligt höga krav. Vad man möjligen kunde invända vore att skall-kravet missgynnar nya företag i branschen, men detta verkar knappast vara aktuellt i FVC:s fall. Det kan i sammanhanget noteras att de båda andra anbudsgivarna som uteslöts inte gjorde det på grund av brister i sina referenser.

FVC har som en av sina referenser åberopat kommunen. Det ligger då i sakens natur att svaret från kommunen som referent påverkar utgången. FVC har enligt förvaltningsrättens mening inte anfört något konkret som tyder på att kommunen som referent gett dåliga omdömen på ett osakligt sätt för att påverka utfallet av upphandlingen. Kravet kan inte anses irrelevant för upphandlingen. Förvaltningsrätten anser inte heller annars att

kommunen agerat i strid med proportionalitetsprincipen vad gäller referenser.

Vad gäller frågan om moms är det en inte okomplicerad lagstiftning som styr avdragsrätten. Det ligger i sakens natur att en anbudsgivare inte kan lämna helt säkra garantier för hur Skatteverket kommer att bedöma skatterättsliga frågor. Ett upphandlingsmål är knappast rätta sammanhanget för någon mer ingående skatterättslig analys. Det får i ett fall som det aktuella krävas ett klart brott mot skall-kravet om avdragsrätt för att underkänna anbudet.

De omständigheter och utlåtanden som FVC åberopat i momsfrågan avser i huvudsak hur Min Friskvårds tidigare redovisning förefaller ha kunnat bedömas, men visar inte med säkerhet hur bolagets utförande av den nu upphandlande tjänsten kommer att bedömas. Till detta kommer såsom kommunen anfört att frågan varit på tal vid sammanträde mellan kommunen och Min Friskvård den 15 oktober 2014, varvid kommunen försäkrat sig om bolagets förmåga att specificera moms på inlöst friskvårdsbidrag på ett sätt som möjliggör för kommunen att dra av moms. Det bör också framhållas att detta är ett avtalsvillkor och att kommunen vid bristande villkorsuppfyllelse har anledning att vidta avtalsrättsliga åtgärder för att kravet ska tillgodoses. Förvaltningsrätten finner därmed att FVC inte har visat att kommunen brutit mot LOU i detta avseende på sådant sätt att det finns grund för ingripande.

Beträffande Min Friskvårds referenser synes det numera ostridigt att Uppsala kommun lämnat referens. FVC anser att denna lämnats för sent. Av 1.16 i förfrågningsunderlaget framgår emellertid att anbudsgivaren enbart ska ange referenterna och att kommunen kontaktar dessa och ansvarar för korrespondensen. I e-post från Örebro kommun den 30 juni 2014 till personalchefen i Uppsala kommun har Örebro bifogat frågeformuläret och

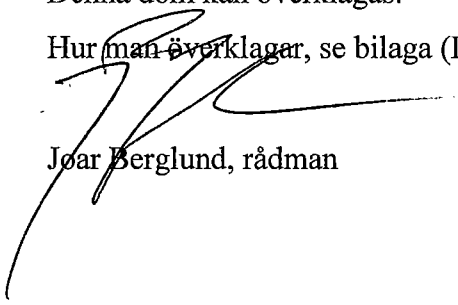
bett om svar. I formuläret står det senast den 18 juli 2014 och personalchefen har skickat svaret den 28 juli 2014. Något krav i upphandlingshänseende på att hålla fast vid sista svarsdag den 18 juli 2014 finns enligt förvaltningsrättens mening inte utan det får i detta läge anses vara upp till Örebro kommun att svara för hur och inom vilken tid referenserna tas in. Det saknas således skäl för att utesluta anbudet från Min Friskvård på grund av för sent svar från Uppsala kommun.

FVC har även åberopat att Min Friskvård inte uppfyllt kravet i förfrågningsunderlaget 1.18 om att ange underleverantör. I 1.18 har kommunen citerat bestämmelsen i 11 kap. 12 § LOU och angett att om annat företags kapacitet åberopas ska det framgå av anbudet. Det är ostridigt att Min Friskvård angett en underleverantör och bolaget har även lämnat förtydligande uppgifter om underleverantören. Något krav på att anbudsgivaren i sitt anbud ska tillhandahålla ett åtagande från underleverantören eller på annat sätt visa att anbudsgivaren kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras finns inte om det inte särskilt framgår av förfrågningsunderlaget och det finns skäl för det, vilket inte är fallet i 1.18. (Se bland annat Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4904-09 och Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5945-13). Förvaltningsrätten finner således att det även i detta avseende saknas grund för att utesluta anbudet från Min Friskvård. Då det inte heller i övrigt har framkommit att det förligger sådan grund ska FVC:s ansökan om överprövning avslås.

ÖVERKLAGANDE

Denna dom kan överklagas.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU).


Joar Berglund, rådman



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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.