



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2013-05-16
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 5849-13

SÖKANDE

Avonova Hälsa Stockholm AB, 556458-9322
 Fabriksgatan 4
 531 30 Lidköping

Ombud: Advokat Henrik Gallus
 Advokatfirman Kjällgren i Lidköping AB
 Älvgatan 16
 531 31 Lidköping

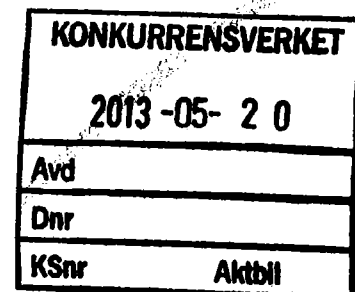
MOTPART

Salems kommun
 144 80 Rönninge

Ombud: Telge Inköp AB
 Box 633
 151 27 Södertälje

SAKEN

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller Avonova Hälsa Stockholm AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 348603

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

YRKANDEN M.M.

Salems kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd *Företagshälsovård Salems kommun TI 2012-1132*, enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut den 28 februari 2013 framgår att kommunen beslutat att anta annan leverantör än Avonova Hälsa Stockholm AB (Avonova).

Avonova ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar *i första hand* att upphandlingen ska rättas på så vis att Avonova tilldelas det aktuella kontraktet och *i andra hand* att upphandlingen ska göras om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Avonova

Upphandlingen genomfördes initialt som ett enkelt förfarande, som avbröts den 4 februari 2012. Därefter har, såvitt kan bedömas, upphandlingen genomförts som ett förhandlat förfarande utan annonsering. Av beslutsprotokollet framgår att Avonova har lämnat anbud med lägsta pris men efter bedömning av uppställda utvärderingskriterier har bolaget placerats på andra plats efter Telgeakuten Företagshälsovård AB (Telgeakuten). Kommunen har i samband med utvärderingen och under andra faser i upphandlingen brutit mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Bristerna är så allvarliga att upphandlingen måste göras om. Avonova har lidit skada eller kan komma att lida skada av att upphandlingen inte har genomförts på rätt sätt.

Avonova anser att utvärderingsmodellen brister i fråga om förutsebarhet, transparens, proportionalitet och likabehandling avseende kriterierna 1 och

2. I punkten 7.5 i förfrågningsunderlaget finns en beskrivning av hur den upphandlande enheten ska beakta kvalitet. Det finns två kriterier som tillsammans kan ge 100 poäng (50 poäng för vardera kriterium). Kriterium 1 avser hur anbudsgivaren kan styrka sitt *arbetsätt och erbjudanden med godkända referenser*. Såvitt kan förstås ska den upphandlande enheten kontakta de i anbudet angivna referenserna och framställa frågor enligt punkterna a) – g). Förfarandet att den upphandlande enheten vid ett telefonsamtal med en referens ska gå igenom och bedöma varje del och därefter sätta betyg enligt den aktuella betygsskalan innebär att bedömningen är helt utlämnad till myndighetens godtycke. Det anges vidare att en förutsättning för poäng är att referenten kan nås. Om så inte är fallet tilldelas noll poäng. Avonova har begärt att få ta del av den dokumentation som eventuellt finns om de svar som referenterna har lämnat. Eftersom kommunen inte har lämnat någon redovisning av hur kriterium 1 bedömts för anbudsgivarna är det inte möjligt att göra någon kontroll och jämförelse mellan anbudsgivarna i detta hänseende. Detta står i strid med det grundläggande kravet på transparens. Enligt punkten 5.12 skall leverantören beskriva företagets strategi avseende tjänsteutbud och inriktning av verksamheten, positionering i branschen och dylikt inom fyra år. Telgeakutens strategi avseende tjänsteutbud beskrivs inte mer än i högst översiktliga termer. Avonova menar att anbudet har ett likvärdigt innehåll. Detsamma gäller beträffande vad som har angetts avseende punkterna 5.15, 5.16, 5.17, 5.18 och 5.21 i förfrågningsunderlaget.

Modellen för beräkning av poängsättningen avseende kriterium 1 är så bristfällig att den inte går ihop, bl.a. blir summan av procentsatserna i punkterna a) – g) inte 100 procent utan endast 95 procent. Detta innebär att modellen inte kan användas på avsett sätt, varför upphandlingen måste göras om. Telgeakuten har erhållit maximala 50 poäng i denna del. Det framgår inte av utvärderingen vilka poäng Avonova har erhållit. Detta förfarande, och även förfrågningsunderlaget i aktuell del, står helt i strid med

de grundläggande kraven på transparens, förutsebarhet, proportionalitet och likabehandling.

Avseende kriterium 2 ska anbudsgivaren styrka sitt erbjudande och arbetsätt i punkterna 5.12, 5.15-5.18 och 5.21. Det noteras att dessa punkter till stor del beskriver de aktuella tjänsterna och anbudsgivarens tekniska kapacitet m.m. Bedömningen skall genomföras enligt en viktning av a) – e) som utgår från de ovan nämnde punkterna. Det sker således en poängbedömning av de redan i anbudet redovisade skall-kraven. För att få högsta betyg och 50 poäng, dvs. MVG, krävs att "Erbjudande och arbetsätt bedöms ha mycket stor överensstämmelse med uppdraget för mervärden och ett utmärkt genomförande". För att få betyget VG skall "Erbjudande och arbetsätt bedömas ha god överensstämmelse med uppdraget för mervärden och ett bra genomförande". Det anges att "Poäng tilldelas varje område a-c, snittpoäng räknas ut och viktas på ett visst sätt". Den matematiska modellen är varken förutsebar eller möjlig för anbudsgivarna att förstå. Utformningen av poängsättningen är direkt oskälig och kan inte kopplas till en direkt ekonomisk nytta för den upphandlande enheten. Avonova har inte kunnat få ut någon dokumentation avseende kommunens övervägande och poängsättningar. Det är fråga om skönsmässiga bedömningar som ska göras i ett flertal steg och därefter summeras och poängsätts utifrån en underlig bedömningsmall. Det föreligger inte någon skillnad mellan anbuden från Avonova och Telgeakuten såvitt avser de uppställda kriterierna som skulle kunna motivera att Avonova erhåller sämre poäng än Telgeakuten.

Av tilldelningsbeslutet framgår i fjärde stycket vilka områden som har bedömts. Det är uppenbart att dessa endast avser kriterium 2 och att kommunen inte har tagit hänsyn till kriterium 1 som avser uppgifter som ska lämnas vid telefonsamtalen med referenspersonerna. Eftersom kommunen inte har gjort en utvärdering i enlighet med förfrågningsunderlaget har upp-

handlingen genomförts i strid med LOU. Detta är fråga om väsentliga och därmed otillåtliga förändringar av ursprungliga villkor.

Avonova gör även gällande att det har skett en sammanblandning av kriterierna för kvalificering och utvärdering och att de uppställda värderingsparametrarna och kvalificeringskriterierna är oproportionella och diskriminerande. Utvärderingskriterierna i punkt 7.5 i förfrågningsunderlaget har en typisk karaktär av villkor för leverantörskvalificering och inte anbudsutvärdering. Att företagshälsovården är tillgänglig och uppfyller de uppställda villkoren för insatser och återrapportering förefaller ha karaktären av ett minimikrav som uppställs på verksamheten och inte som parametrar som kan utvärderas mot varandra.

Avonova bestrider att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits och menar att det är Avonovas anbud som totalt sett är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Avonovas anbudspris var klart billigast (95 905 kr jämfört med 106 758 kr).

Kommunen har i yttrande angett bl.a. följande.

[...] för pris har prisbilaga använts och för att åskådliggöra beslutet har ett anbudspris beräknats genom att använda den modell som fanns angiven i ovanstående annons. En helhetsbedömning av kvaliteten i erbjudande har gjorts, baserat på leverantörens anbud efter förhandling och skriftliga kompletteringar, och för att åskådliggöra detta omdöme användes den skala som fanns angiven i ovanstående annons.

I ett annat yttrande anger kommunen dock att det inte varit möjligt att genomföra utvärderingen enligt annonserat förfrågningsunderlag eftersom den förenklade upphandlingen avbrutits. De olika beskederna som lämnats i kommunens yttranden är inte förenliga vilket åskådliggör bristen på transparens i aktuell upphandling. Under det förhandlade förfarandet har inte annat framkommit än att kommunen skulle genomföra upphandlingen i enlighet med förfrågningsunderlaget i konkurrens mellan de tre tidigare

anbudsgivarna. Påståendet att kontraktet har genomförts med en likvärdig protokollförd process är helt felaktigt, eftersom det är uppenbart att det inte finns några handlingar, med undantag av bilaga 3 till ansökan om överprövning, som kan liknas vid en sådan protokollförd process. Denna handling är oklar i sin formulering och uppfyller inte kravet på transparens.

Kommunen

Upphandlingen annonserades i TendSign den 7 december 2012 och genomfördes som ett förenklat förfarande enligt 15 kap LOU. Vid anbudsöppning hade tre anbud inkommit. I kvalificeringsfasen, efter prövning och granskning, framkom att anbuden inte motsvarade de obligatoriska kraven och därmed var inget anbud kvalificerat för utvärdering. Eftersom inga anbud var kvalificerade saknades lämpliga anbud och upphandlingen avbröts den 4 februari 2013 pga. bristande konkurrens. Information om detta sändes via TendSign och e-post till samtliga anbudslämnare.

Med stöd av 15 kap 3 § startades en direktupphandling där samtliga tre anbudslämnare bjöds in till förhandling utan väsentliga förändringar av ursprungliga villkor. Samtliga tre leverantörer har på likvärdigt sätt fått presentera och gå igenom sina förslag och efter förhandling kunnat skriftligen komplettera med underlag och prislista. Kommunen har därefter fattat sitt beslut baserat på principen ekonomiskt mest fördelaktigt anbud. För att åskådliggöra beslutet har ett anbudspris beräknats genom att använda den modell som fanns angiven i annonsen. En helhetsbedömning av kvaliteten i erbjudandet har gjorts, baserat på leverantörens anbud efter förhandling och skriftliga kompletteringar. För att åskådliggöra detta omdöme användes den skala som finns angiven i annonsen.

Eftersom den förenklade upphandlingen har avbrutits är en utvärdering enligt annonserat förfrågningsunderlag inte möjlig. I en direktupphandling

finns få formkrav. Direktupphandlingen genomfördes med en likvärdig protokollförd process där beställarens beslut tydligt och skriftligt informerats till samtliga leverantörer. Upphandlingen har hanterats i enlighet med LOU:s grundläggande principer varför Avonovas ansökan om överprövning bör avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69).

I målet framgår att kommunen initialt genomförde upphandlingen genom ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Vid utvärderingen bedömde kommunen emellertid att ingen av anbudsgivarna uppfyllde skallkraven. Upphandlingen avbröts därför den 4 februari 2013 pga. bristande konkurrens. Kommunen valde sedan att initiera ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering, dvs. en direktupphandling.

Förvaltningsrättens bedömning

Avonova har i huvudsak anfört att utvärderingsmodellen inte uppfyller de grundläggande principerna i LOU samt att kommunen genom sin utvärdering har gjort väsentliga och otillåtliga förändringar av de ursprungliga obligatoriska villkoren. Kommunen menar emellertid att en utvärdering helt enligt förfrågningsunderlaget inte varit möjlig i direktupphandlingen, eftersom upphandlingen avbrutits då inget anbud uppfyllde de obligatoriska kraven.

Enligt 15 kap. 3 § andra stycket LOU får direktupphandling användas om kontraktets värde uppgår till högst 15 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Av 4 kap. 5 § första stycket 1 LOU framgår att en upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser varor och tjänster om det vid öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

Det framgår varken av förarbeten eller praxis vad som avses med att ett anbud inte är lämpligt. Förvaltningsrätten anser att formuleringen inte innefattar situationen då ett anbud på rent formella grunder är ogiltigt eller inte uppfyller skullkraven. Däremot kan ett anbud vara olämpligt om det t.ex. är för dyrt eller omfattar ett olämpligt alternativt utförande (jfr Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan s. 173).

Att kontraktsvillkoren inte får ändras väsentligt måste enligt förvaltningsrätten mening innebära att upphandlingens identitet ska vara densamma efter övergången till den förhandlade upphandlingen. Varje omständighet som kan ha bidragit till att presumtiva anbudsgivare i den första och resultatlösa upphandlingen har avstått från att lämna anbud, måste bibehållas i den nya förhandlade upphandlingen (jfr Falk, *Lag om offentlig upphandling – en kommentar*, andra upplagan s. 174). I ett avgörande från Tribunalen uttalade domstolen att även om den upphandlande myndigheten har behörighet att förhandla i ett förhandlat förfarande, är den dock alltid skyldig att se till att villkoren i kontraktshandlingarna, som den frivilligt har valt att göra tvingande, iakttas (se mål nr T-40/01, *Scan Office Design SA mot Kommissionen*, p 76).

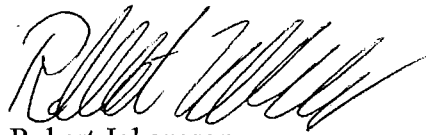
Avonova har anfört att myndigheten inte har utvärderat kriterium 2 i enlighet med förfrågningsunderlaget. Kommunen har bekräftat att en utvärdering enligt annonserat förfrågningsunderlag inte varit möjlig eftersom ingen av anbudsgivarna har uppfyllt de obligatoriska kraven. Av kommunens invändningar framgår således att den har frångått förfrågningsunderlaget inklusive de obligatoriska kraven som stadgats där. Förvaltningsrätten anser det därför visat att kommunen har ändrat kontraktsvillkoren väsentligt och således agerat i strid med LOU genom sitt förfarande. Förvaltningsrätten finner inte skäl att pröva de ytterligare grunder som Avonova framfört i sin ansökan.

För att åtgärd enligt LOU ska kunna vidtas måste Avonova även ha visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada genom kommunens förfarande. I målet framgår att Avonova har angett det lägsta priset av samtliga anbudsgivare som deltagit i upphandlingen. Som redan har konstaterats har kommunen väsentligen ändrat kontraktsvillkoren på ett sätt som strider mot LOU. Avonova har enligt förvaltningsrättens mening visat att bolaget i vart fall riskerat att lida skada genom kommunens förfarande.

Förvaltningsrätten finner anledning att ingripa mot upphandlingen enligt LOU. Det är förvaltningsrätten som har att, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas. Mot bakgrund av att det fel som har förekommit måste anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om (jfr RÅ 1999 ref 12 och RÅ 2005 ref 47).

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).



Robert Johansson

Rådman

Lizette Harletun Ilkhani har föredragit målet.



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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU