



**LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG**

Anna Wennergren

DOM
2009-12-14
Meddelad i
Vänersborg

Mål nr
2741-09 E
2772-09 E

SÖKANDE

1. Svensk Friskvårds- och Checkadministration AB, 556686-7890
Storgatan 23 A 2 tr
114 55 Stockholm

Ombud: Advokat Olof Alffram och advokat Christel Rockström
Wistrand Advokatbyrå, Stockholm
Box 7543
103 93 Stockholm

2. Wellnet AB, 556672-5726
Grönbrinksgatan 7
117 59 Stockholm

MOTPART

Lerums kommun
443 80 Lerum

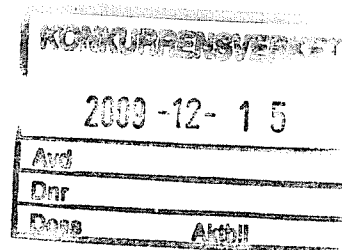
SAKEN

Begäran av överprövning av offentlig upphandling enligt lagen
(2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökningarna om åtgärder enligt LOU.

Länsrätten upphäver rättens interimistiska beslut av den 23 oktober 2009.



Dok.Id 77820

Postadress
Box 1060
462 28 Vänersborg

Besöksadress
Residensgatan 23

Telefon
0521-27 03 00
E-post: lansrattenivanersborg@dom.se

Telefax
0521-27 03 80

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Lerums kommun (kommunen) har i tilldelningsbeslut den 16 oktober 2009 meddelat att annan leverantör än Svensk Friskvårds- och Checkadministration AB (Friskvårdschecken) och Wellnet AB (Wellnet) tilldelats upphandlingen ”Kuponger som betalningsmedel för friskvård” (upphandlingen). Friskvårdschecken uteslöts från utvärderingen på grund av att bolaget tar ut en avgift från friskvårdsleverantörerna. Bolaget uppfyllde därmed inte ett skallkrav i förfrågningsunderlaget. Wellnet var med i utvärderingen men Friskvårdskuponger Sverige AB (vinnande anbudsgivare) bedömdes ha lämnat in det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Länsrätten beslutade den 23 oktober 2009 att upphandlingen inte fick avslutas förrän länsrätten avgjort målet slutligt eller innan något annat beslutats.

ANSÖKAN M.M. – Friskvårdschecken

Friskvårdschecken yrkar i första hand att upphandlingen får slutföras först sedan rättelse gjorts på sådant sätt att aktuellt skallkrav inte ska tillmätas betydelse. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Som skäl anförs bl.a. följande. Skallkravet som fordrar att anbudsgivarna inte ska ta ut en avgift från friskvårdsleverantörerna strider mot proportionalitetsprincipen och principen om icke diskriminering. Kravet är endast uppställt i syfte att styra upphandlingen till vinnande anbudsgivare. Enligt uppgift skulle syftet med kravet vara att kommunen inte kan använda sina rabatter hos friskvårdsleverantörerna om en annan ersättning tas ut från dessa. De friskvårdsleverantörer som är knutna till Friskvårdschecken lämnar de med kommunen överenskomna rabatterna oavsett om de utger en mindre avgift till Friskvårdschecken. Om kommunens egentliga syfte var att undvika att överenskomna rabatter inte ges av friskvårdsleverantören borde just det

framgå av förfrågningsunderlaget. Den vinnande anbudsgivaren erbjuder samma externa marknadsföringshjälp som Friskvårdschecken gör. Således har kommunen inte uppnått det angivna syftet genom kravet på att andra avgifter inte får förekomma. Vidare har tillgänglighet och utbud varit ett krav i anbudsunderlaget och Friskvårdschecken har uppfyllt dessa krav.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Kommunen subventionerar sedan mitten av 90-talet fysisk aktivitet för de av kommunens anställda som motionerar regelbundet. Idag finns ingen begränsning i den anställdes val av träningsanläggning eller friskvårdsleverantör, förutsatt att det är en fysisk aktivitet som utförs och att träningsformen är godkänd som skattefri förmån av Skatteverket. Syftet med subventionen är att stimulera till att så många som möjligt av kommunens anställda är regelbundet fysiskt aktiva. För att nå fler personer och då främst de som inte motionerar regelbundet idag, är bland annat tillgänglighet och närhet till träningslokalen betydelsefullt. Syftet med kravet att anbudsgivaren inte får ha ett system där någon form av ersättning tas ut från friskvårdsleverantörerna är att kommunen vill erbjuda den anställda ett stort urval av såväl små som stora friskvårdsleverantörer att välja bland. Det finns till exempel mindre gymnastikföreningar som saknar både administration och kapital. Det blir en oacceptabel begränsning om de anställda endast kan välja den leverantörer som har möjlighet att betala "någon form av ersättning" till det administrerande företaget.

ANSÖKAN M.M. – Wellnet

Wellnet yrkar i första hand att länsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen görs om varvid den vinnande anbudsgivarens anbud förkastas och undantas från utvärdering. I andra hand yrkar Wellnet att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Den 20 augusti 2009 kom-

pletterade kommunen anbudsfrågan med ytterligare ett skallkrav vilket innebar att kommunen skulle kunna dra av den moms som ingår i friskvårdsleverantörens faktura. I kommunens utvärdering av skallkraven har det överhuvudtaget inte utförts någon utvärdering av det kompletterande skallkravet. Den vinnande anbudsgivaren har inte någonstans i anbudssvaret berört det kompletterande kravet och kan därmed omöjligtvis uppfylla detta. Om den vinnande anbudsgivarens anbud skulle ha undantagits från utvärdering skulle Wellnet ha erhållit tilldelning i upphandlingen. Aktuellt skallkrav är inte så enkelt att uppfylla som kommunen anger. Friskvård är belagd med olika typer av momssatser och den vinnande anbudsgivaren måste således handha kuponger med olika momssatser för olika aktiviteter.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Kommunen har som ett skallkrav att kommunen skall kunna dra av den moms som ingår i friskvårdsleverantörens faktura. Kravet är inget kvalifikationskrav utan riktas mot den tjänst som skall levereras till kommunen och måste inte vara uppfylld vid anbudstillfället. Kommunen har ingen anledning att ifrågasätta den vinnande anbudsgivarens möjligheter att uppfylla ett så enkelt krav. Kravet påverkar inte funktionen av ett kupongsystem utan ställdes för att anbudsgivare i sin ekonomiska kalkyl skall ta hänsyn till att den moms de eventuellt betalar till friskvårdsleverantören skall vidarebefordras till kommunen för att där ge avdragsmöjlighet. Kommunen har i sin upphandling inte åsidosatt de bärande principerna i LOU. I det fall länsrätten finner brister i upphandlingen är dessa inte av sådan art eller omfattning att kravet på affärsmässighet åsidosatts (RÅ 2002 ref. 50)

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § LOU stadgas att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap. 2 § samma lag framgår följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlaget punkten 3.2 anges bl.a. följande. Anbudsgivaren får inte ha ett system där någon form av ersättning tas ut från friskvårdsleverantören.

Av förfrågningsunderlaget punkten 3.1.1 framgår bl.a. följande. Anbudsgivaren skall under hela avtalsperioden aktivt arbeta för att flera friskvårdsleverantörer ansluter sig till arbetsgivaren, så att utbudet av friskvård kan locka olika intressegrupper.

Av Friskvårdscheckens anbud punkten 3.2.1 framgår bl.a. följande. Friskvårdschecken har idag ett stort växande nätverk i Västra Götaland. Många av dessa har ingått i nätverket under en lång tid och har också accepterat Friskvårdscheckens avtal och villkor. Om vissa leverantörer skulle särbehandlas med att provisionen tas bort på grund av denna upphandling skulle det skapa stor osämja mellan aktörer på orten som inte skulle vara gynnsam för någondera av parterna.

I komplettering avseende anbudsfrågan daterad den 20 augusti 2009 framgår följande. Kommunen ska ha möjlighet att dra av den moms som ingår i friskvårdsleverantörernas faktura. I den faktura som tillsändes kommunen ska den moms specificeras som ingår i de utlägg som administratören haft för kommunens räkning.

Länsrätten gör följande bedömning

Friskvårdschecken

Friskvårdschecken hävdar att skullkravet som fordrar att anbudsgivaren inte får ha ett system där någon form av ersättning tas ut från friskvårdsleverantören strider mot proportionalitetsprincipen och principen om icke-diskriminering. Av den EG-rättsliga proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande enheten inte får ställa högre krav på leverantören än som erfordras för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. Även kravet på utnyttjande av största möjliga konkurrens, så att kretsen av dem som kan delta i upphandlingen inte begränsas mer än vad som är nödvändigt, måste beaktas.

Aktuellt skullkrav har enligt kommunen sin grund i att man vill få så många som möjligt av sina anställda att utnyttja friskvårdsbidraget. Kommunen menar bl.a. att genom att administratören tar ut en avgift för sina tjänster kan detta innebära att mindre, inte så betalningsstarka friskvårdsleverantörer, faller bort från utbudet. Mot bakgrund härav har det varit i linje med kommunens syfte att ställa upp det aktuella skullkravet. Anbudsgivarna har med denna utgångspunkt kunnat avge ett anbud som varit grundade på samma ekonomiska förutsättningar. Vad Friskvårdschecken i sitt anbud anfört om risken för osämja mellan olika kunder med olika avtalsvillkor kan inte medföra någon annan bedömning. Det finns därmed inte skäl att vidta rättelse eller besluta att upphandlingen ska göras om på grund av att aktuellt skullkrav strider mot principerna om proportionalitet och icke-

diskriminering. Det har heller inte framkommit att vinnande anbudsgivare inte uppfyller aktuellt skallkrav.

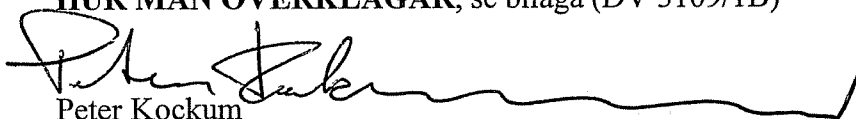
Wellnet

Frågan i denna del är om den vinnande anbudsgivaren, genom att inte i anbudet ange att kompletteringskravet uppfylldes, borde ha uteslutits från utvärderingen. Länsrätten konstaterar inledningsvis att det är oklart om kompletteringskravet utgör ett kvalifikationskrav som skall vara uppfyllt vid anbudstillfället eller inte. Skallkraven/kvalificeringskraven anges i förfrågningsunderlaget och ordet "skall" är där understruket. Vidare ska anbudsgivaren i bilaga 2 ange huruvida kvalificeringskraven uppfylls. Det framgår inte av kompletteringen att nu aktuellt krav hör till denna kategori av krav och i bilaga 2 finns heller inte utrymme för anbudsgivaren att redogöra för huruvida kravet uppfylls eller inte. Att mot denna bakgrund kräva att anbudsgivarna ska ange att och hur kravet uppfylls redan i anbudet för att överhuvudtaget få delta i utvärderingen vore inte proportionerligt och därmed inte stämma överens med principerna enligt LOU. Mot bakgrund av ovanstående och med beaktande av kravets karaktär är bedömningen att aktuellt krav inte är av en sådan kvalificerande art att den vinnande anbudsgivaren borde ha uteslutits från utvärderingen. Det finns därmed inte skäl att av denna anledning vidta rättelse eller besluta att upphandlingen ska göras om.

De båda ansökningarna om åtgärder enligt LOU ska således avslås.

Länsrätten erinrar om att en ny tiodagarsfrist börjar löpa från dagen för denna dom.

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


Peter Kockum

