



KONKURRENSVERKET	
2011 -05- 3 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Frisk på Österlen AB, 556771-8613
Sjukhuset i Simrishamn
272 81 Simrishamn

Ombud: Advokaten Fredrik Linder och jur.kand. Johan Rick
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 2 februari 2011 i mål nr 15225-10,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 10 februari 2011 upphör därmed
att gälla.

YRKANDEN M.M.

Frisk på Österlen AB (FÖAB) yrkar att kammarrätten förordnar att upphandlingen ska göras om då utformningen av kvalitetskriterierna i upphandlingens utvärderingsmodell strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU och detta har medfört att FÖAB har lidit skada i den mening som avses i 16 kap. 5 § LOU. Till stöd för sin talan anför FÖAB bl.a. följande. Det är utvärderingsmodellen i dess helhet som är otydlig. Förvaltningsrättens bedömning att det genom uppräknningen av ett antal faktorer i målformuleringen framgår vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen av kvalitetskriterierna är inte korrekt. Det går inte för anbudsgivaren att utifrån dessa faktorer bilda sig en uppfattning om vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen. Vad förvaltningsrätten menar med att "de specifika komponenterna i branschen" är till hjälp för anbudsgivarna är högst oklart. De kriterier som anges i den s.k. målformuleringen i förfrågningsunderlaget är alltför allmänt hållna och ger ingen som helst praktisk ledning för anbudsgivaren. Det framgår inte specifikt vad som tillmäts betydelse när anbudet bedöms enligt skala 0-3 poäng. Det ställs höga krav på att kriterierna konkretiseras på ett sådant sätt att det för anbudsgivaren framstår tydligt vad som ger en viss poäng. Utvärderingsmodellen i detta fall är otydlig och ett typexempel där fri prövningsrätt i praktiken föreligger. Ett visst mått av subjektivitet är givetvis svårt att undvika vid utvärdering av den aktuella typen av kriterier. Det måste dock röra sig om en begränsad form av subjektivitet och inte som i förevarande fall en fri prövningsrätt för Region Skåne. Det har inte varit möjligt för anbudsgivaren att utifrån förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen skapa sig en bild av möjligheten att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Vad som redovisas av anbudsgivare kommer att få genomslag vid utvärderingen på så sätt att otydligheter kring vad som ska redovisas kan medföra att lägre poäng erhålls vid jämförelsen. Det är inte förenligt med transparensprincipen. De aktuella bristerna är i förevarande fall särskilt allvarliga eftersom de haft avgörande betydelse för

utgången i upphandlingen. Region Skåne har kunnat justera poängen som man önskat. Det hade räckt med en poängs skillnad för att utvärderingen skulle ha fått en annan utgång. Redovisning av utvärderingen är i många delar otydlig och bekräftar därmed utvärderingsmodellens otydlighet. En otydlig upphandlingsrapport kan bekräfta en otydlig utvärderingsmodell på så sätt att det i praktiken inte går att skriva en tydlig rapport avseende en otydlig utvärderingsmodell. FÖAB har aldrig menat att den otydliga upphandlingsrapporten i sig skulle vara skäl för att upphandlingen skulle göras om. Om det har förekommit oegentligheter vid utvärderingen av upphandlingen är inte relevant för frågan i målet som är om utvärderingsmodellen är förenlig med LOU. Den otydliga upphandlingsrapporten i förevarande fall är ytterligare en faktor som visar på utvärderingsmodellens otydligheter. Kammarätten i Göteborgs domar i mål nr 2295-09 och 6996-08 åberopas då domarna har relevans för bedömningen avseende poängskalor och bedömningen av utvärderingsmodellen i dess helhet. Vid poängsättningen av utvärderingskriterierna enligt en poängskala ställs höga krav på att kriterierna konkretiseras på ett sådant sätt att det för anbudsgivaren framstår som tydligt vad som ger en viss poäng.

Region Skåne bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. FÖAB tycks blanda ihop vad som enligt förfrågningsunderlaget ska redovisas av anbudsgivarna respektive vilka mål som särskilt kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. De faktorer och mål som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen har angetts i förfrågningsunderlaget på ett tydligt och transparent sätt. De domar (Kammarrätten i Göteborgs domar i mål nr 2295-09 och 6996-08) som FÖAB åberopar saknar relevans i målet. En upphandlande myndighet måste inte nödvändigtvis i detalj ange exakt vad som måste uppfyllas för att uppnå viss poäng. En upphandlande myndighet måste dock ge anbudsgivarna ledning avseende vilka förväntningar och mål man har med upphandlingen, samt vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Region Skåne har genom att ange målen med upphandlingen och ge övrig erforderlig information i förfrågningsunderlaget på ett

tydligt, och för alla anbudsgivare transparent sätt, redogjort för sina förväntningar och mål samt vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Resonemanget att de påstådda bristerna som funnits i förfrågningsunderlaget skulle bli allvarigare på grund av att det endast skilt en poäng mellan Spenshult och FÖAB är svårt att förstå. Ett krav som formulerats på ett otydligt sätt blir varken mer eller mindre otydligt beroende på det faktiska utfallet av upphandlingen. Hur allvarig en eventuell brist i förfrågningsunderlaget är måste bedömas utifrån objektiva grunder, utan hänsyn till det faktiska resultatet av utvärderingen. Region Skåne har inte agerat otillbörligt vid poängsättningen. FÖAB har inte anfört några sakliga skäl för detta. En upphandlingsrapport tas vidare fram efter det att anbudstiden löpt ut och samtliga anbudsgivare har lämnat sina anbud. Vad som framgår av upphandlingsrapporten kan således på intet sätt påverka hur anbudsgivarna lämnar sina anbud. Något samband mellan upphandlingsrapportens utformning och anbudsgivarnas möjlighet att utforma sina anbud kan således inte föreligga. En upphandlande myndighet är skyldig att i samband med att tilldelningsbeslut fattas informera anbudsgivarna om skälen för sitt beslut. Eventuella brister i detta hänseende kan emellertid inte tas till intäkt för att förfrågningsunderlaget har varit otydligt. Poängen till respektive anbudsgivare skulle bli densamma även om skälen återgetts på ett tillräckligt tydligt sätt i upphandlingsrapporten. Ingen anbudsgivare har därför lidit skada även för det fall det skulle konstateras att upphandlingsrapporten skulle vara bristfällig.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Frågan som kammarrätten har att ta ställning till är om den utvärderingsmodell samt de kvalitetskriterier som Region Skåne har valt strider mot de principer för offentlig upphandling som anges i 1 kap. 9 § LOU, bl.a. öppenhet.

Av förfrågningsunderlaget i avsnitt B p. 9 framgår att Region Skåne kommer att anta det anbud som uppfyller ställda krav och som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I kravspecifikationen under p. 2 *Mål med upphandlingen* anges att ”målet för beställaren är att få en vård som innefattar hög tillgänglighet, hög medicinsk och omvårdnadsmässig kvalitet och som även visar på ett innovativt arbetssätt där man utvecklingsmässigt kan visa på att man ligger i framkant inom verksamhetsfältet”. I kravspecifikationen under p. 11 *Kvalitetsarbete* anges vidare bl.a. att anbudsgivaren ska redovisa hur man kommer att arbeta med målbeskrivningar och verksamhetsplaner och kvalitetssystem inom respektive behandlingsområde, samt hur man utifrån uppföljning av vårdprogramarbetet samt resultat som redovisats till relevanta kvalitetsregister återkopplar och implementerar kunskaper och erfarenheter i verksamheten. Anbudsgivaren tilldelas poäng i förhållande till hur väl beskrivningen ansluter till de mål som beställaren ställt upp för upphandlingen och som redovisas under p. 2 i kravspecifikationen. Av bilaga B 1 i förfrågningsunderlaget framgår utvärderingsmodellen och utvärderingskriterierna. Utvärderingsmodellen anges vara en absolut modell där prispålägg görs på de två aktuella utvärderingskriterierna avseende kvalitet utifrån en angiven poängskala. Bedömningen avseende kriterium 1 görs utifrån hur anbudsgivarens målbeskrivning och verksamhetsplan ansluter till målformuleringen i kravspecifikationen. Samma bedömning vad gäller poäng och prispålägg görs avseende kriterium 2, där frågan är hur anbudsgivaren kommer att utifrån uppföljning av vårdprogramarbetet samt resultat som redovisats till relevanta kvalitetsregister återkopplar och implementerar kunskaper och erfarenheter i verksamheten.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Region Skåne har i den aktuella upphandlingen använt sig av en s.k. absolut utvärderingsmodell. I en sådan modell är värderingen av ett anbud inte avhängigt av andra anbud, dvs. en annan anbudsgivares totalpris eller av denne erbjuden kvalitet. Viktning av utvärderingskriterierna totalpris och kvali-

tet har skett i form av prispåslag som satts i relation till kvalitetsbrister. Metoden som sådan är enligt kammarrättens mening förutsägbar och garanterar att samtliga anbudsgivare behandlas lika och samtidigt får möjlighet till nödvändig grad av insyn.

Nästa fråga är om de kvalitetskriterier som Region Skåne har uppställt som utvärderingskriterier är förenliga med transparens- och likabehandlingsprinciperna. I aktuellt förfrågningsunderlag anges att anbudsgivaren kommer att tilldelas poäng i förhållande till *hur väl beskrivningen* i anbudet ansluter till de mål som beställaren har ställt upp. Poängsättningen utgår från skalan *mycket bra 3 poäng – inte möjligt till fullständig bedömning 0 poäng*. Kammarrätten anser att anbudsgivarna med hänsyn härtill måste ha förstått att det legat i deras intresse att erbjuda en så hög kvalitet som möjligt i alla avseenden utifrån de angivna målsättningarna och utvärderingskriterierna, för att erhålla höga poäng när det gäller kvaliteten. Med beaktande av vad som kan utläsas i kravspecifikationen p. 2 och p. 11 i det aktuella förfrågningsunderlaget är det kammarrättens uppfattning att anbudsgivarna får anses ha fått en tillräckligt god bild av vad Region Skåne kommer att lägga vikt vid, vid bedömningen av kvalitetskriterierna enligt den angivna utvärderingsmodellen.

FÖAB har vidare anfört att bedömningen av kvalitet har fått för stort genomslag vid utvärderingen och att endast en poängs skillnad kan leda till att man förlorar uppdraget. Av förfrågningsunderlaget framgår att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som ska antas. Detta innebär att såväl pris som kvalitet ska beaktas vid utvärderingen av ett anbud. Vilken av dessa variabler som ska få störst genomslagskraft är upp till upphandlande myndighet att bestämma, så länge avsikten är att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det har således stått Region Skåne fritt att besluta att kvaliteten i anbuderna ska ha stort genomslag vid utvärderingen. Vad FÖAB anfört i detta avseende föranleder ingen annan bedömning.

Mot bakgrund av ovanstående finner kammarrätten vid en sammantagen bedömning att den av Region Skåne valda utvärderingsmodellen samt de uppställda kvalitetskriterierna inte strider mot de principer som anges i 1 kap. 9 § LOU. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



Lisbeth Edlund

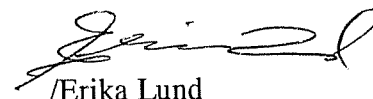


Anders Cedhagen



Lennart Berglund

referent



/Erika Lund



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2011-02-02
Meddelad i
Malmö

Mål nr
15225-10 E

SÖKANDE

Frisk på Österlen AB, 556771-8613
Sjukhuset i Simrishamn
272 81 Simrishamn

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur. kand. Johan Rick
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Frisk på Österlen AB:s ansökan om ingripande med stöd av LOU.

kvalitet som poängsätts. Det är t.ex. oklart vad som avses med att anbudsgivaren ska *arbeta med målbeskrivningar*. Det är också otydligt vad som avses med *vårdprogramarbetet* och *relevanta kvalitetsregister*. Det framgår inte vilka kvalitetsregister som är "relevanta" eller om det finns några i sammanhanget irrelevanta kvalitetsregister till vilka en hänvisning ger lägre-poäng. Vidare är det otydligt vad som avses med *hög tillgänglighet*, *hög medicinsk och omvårdnadsnäddig kvalitet* samt *innovativt arbetssätt*. Det är även otydligt vilken eller vilka av dessa faktorer som är mest väsentlig vid utvärderingen.

Otydligheten i utvärderingsmodellen förstärks av att poängskalorna är mycket otydliga. Poängskalorna (mycket bra, bra, mindre bra, ej möjlighet till fullständig bedömning) bildar ytterligare ett "lager" av otydlighet då det blir fråga om t.ex. mycket bra eller bra i förhållande till ett i sig otydligt kriterium. Det finns över huvud taget ingen förutsebarhet och det har varit omöjligt att i efterhand kontrollera poängsättningen och hur bedömningen av kriterierna gått till. Det har på grundval av utvärderingsmodellens utformning varit omöjligt att bilda sig en uppfattning av hur poängsättningen skulle komma att gå till. Denna "dubbla" otydlighet har medfört att anbudsgivare saknat möjlighet att på ett tillräckligt tydligt sätt förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbudet. Upphandlingsrapportens beskrivning vad gäller poängsättningen av kvalitetskriterium 2 visar tydligt att resultatet av utvärderingen varit helt oförutsebar. Det kan inte ha varit förutsebart för någon att den ena anbudsgivaren skulle få 1 poäng och den andra 2 poäng.

Kriteriernas utformning har i praktiken gett Region Skåne s.k. fri prövningsrätt där man har kunnat "justera" poängen som man önskat. Ett visst mått av subjektivitet är givetvis oundvikligt vid utvärdering av den aktuella typen av kriterier men här rör det sig således om ett alltför stort mått av subjektivitet. För att utvärdering av denna typ av subjektiva kriterier av

Utvärderingskriteriet Kvalitetsarbete har inom hälso- och sjukvården en branschspecifik och känd betydelse för alla vårdgivare som är eller avser bli verksamma i branschen. Den otydlighet och fria prövningsrätt som Frisk på Österlen AB beskriver är således inte för handen. Det är inte fråga om subjektiva utvärderingskriterier. Anbudsgivaren tilldelas poäng i förhållande till hur väl beskrivningen ansluter till de mål som beställaren ställt upp. Målen är bland annat hög tillgänglighet och hög medicinsk och omvårdnadsnäddig kvalitet.

DOMSKÄL

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges i avsnitt B punkt 9 att det anbud som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas.

I förfrågningsunderlagets avsnitt D (kravspecifikationen) anges i punkt 2 "Mål med upphandlingen" att målet för beställaren är att få en vård som innefattar hög tillgänglighet, hög medicinsk och omvårdnadsnäddig kvali-

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Upphandlande myndighet är vid upprättande av ett förfrågningsunderlag fri att fastställa de krav som kommer att tillmätas betydelse vid upphandlingen. För att unionsrättens krav på likabehandling och transparens ska anses vara uppfyllt krävs att den upphandlande myndigheten så utförligt som möjligt uttrycker vad man kommer att lägga vikt vid i utvärderingen. När en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris, t.ex. kvalitet, är det i stort sett ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det går i dessa fall således inte att utforma utvärderingskriterier som inte till någon del innefattar subjektiva värderingar. Det är dock den upphandlande myndigheten som har att utvärdera ingivna anbud.

I förevarande upphandling ska anbudsgivarna redovisa hur de avser att arbeta med målbeskrivningar och verksamhetsplaner, samt hur de återkopplar och implementerar kunskaper och erfarenheter i verksamheten. Genom en uppräknning av ett antal faktorer i målformuleringen framgår vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen av de två kvalitetskriterierna. Sålunda anges bl.a. hög tillgänglighet, hög medicinsk och omvårdnadsmässig kvalitet samt ett innovativt arbetssätt. Enligt förvaltningsrätten har anbudsgivarna härigenom kunnat bilda sig en uppfattning om vad som tillmäts betydelse vid utvärderingen av kriterierna. Vad gäller poängsättningen framgår det i och för sig inte specifikt vad som tillmäts betydelse när anbudet bedöms enligt skala 0 – 3 poäng, dvs. mycket bra – inte möjlighet till fullständig bedömning. Trots det anser förvaltningsrätten att anbudsgivarna dels utifrån de specifika komponenterna i branschen och dels utifrån de angivna faktorerna i målformuleringen kunnat bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen skulle komma att ske. Det kan även konstateras att Region Skåne i upphandlingsrapporten utförligt redovisat hur utvärdering och poängsättning skett avseende respektive kriterium.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.