



SÖKANDE

OneMed Sverige AB, 556764-4140

Ombud: Advokat Ulf Yxklinten
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

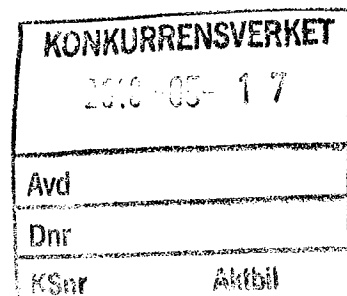
MOTPART

Stockholms läns sjukvårdsområde, SLSO

Ombud: Advokaterna Alexander Hantosi och Johan Stern
Ramberg Advokater KB
Box 3137
103 62 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms läns sjukvårdsområde (SLSO) genomförde en upphandling av logistik- och leveranstjänster av förbrukningshjälpmedel i hemmet (dnr SLSO 17-1928). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). I tilldelningsbeslut den 13 februari 2018 tilldelades Schenker Dedicated Services AB kontrakt i upphandlingen.

OneMed Sverige AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på det sättet att utvärderingen ska göras om med beaktande av bolagets anbud. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om eftersom det saknas kvalificerade anbud. I sista hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om eftersom förfrågan strider mot LOU och de bakomliggande proportionalitets- och transparensprinciperna.

SLSO bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

I 4 kap. 1 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

I 14 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får avse endast 1. behörighet att utöva yrkesverksamhet enligt 2 §, 2. ekonomisk och

finansiell ställning enligt 3 och 4 §§, eller 3. teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 5 §.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder: 1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, 2. kostnad, eller 3. pris.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada eller kan komma att lida skada.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden har åberopat (RÅ 2009 ref. 69). Frågan i målet är därför om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget har anfört.

Utgångspunkter för prövningen

Upphandlande myndighet i aktuellt mål är Stockholms läns landsting (SLL) genom SLSO. Bolaget gör gällande att det är en och samma juridiska person, SLL, som har agerat både som upphandlare, referenstagare och som referensgivare i upphandlingen. SLSO å sin sida menar att SLSO är en sådan separat operativ enhet inom SLL som självständigt ansvarar för och hanterar sina egna upphandlingar. Enligt SLSO har den aktuella upphandlingen hanterats självständigt av SLSO.

Förvaltningsrätten anser att det klart och tydligt framgår av upphandlingsdokumentet att det är SLSO som genomför upphandlingen och att avtal kommer att slutas med SLSO. Det får således anses vara SLSO som har det självständiga ansvaret för upphandlingen. Förvaltningsrätten kommer därför att fortsättningsvis hänvisa till SLSO som bolagets motpart i detta mål.

Bolaget har framfört ett flertal invändningar mot hur upphandlingen har genomförts. Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr HFD 2012 ref. 2). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten avser därför att inledningsvis ta ställning till de brister som bolaget anser har förekommit under det konkurrensuppsökande skedet.

Har SLSO på ett sätt som är otillåtet enligt LOU sammanblandat kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier?

Av upphandlingsprotokollet framgår att bolagets anbud inte har kvalificerat sig i upphandlingen med anledning av att bolaget inte har uppnått kravet att uppnå minst tre poäng för varje enskild fråga i referenstagningen i punkt 2.4. Kriterie Referens.

Bolaget gör gällande att SLSO, på ett sätt som är otillåtet enligt LOU har sammanblandat kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier. Bolaget anför i denna del bl.a. följande. LOU ger inte utrymme för att gradera hur väl en anbudsgivare uppfyller ställda kvalificeringskrav mot bakgrund av hur väl angivna referensuppdrag har utförts. Krav på viss erfarenhet kan ställas och antingen har anbudsgivare efterfrågad erfarenhet eller inte. LOU kap. 15 tillåter enbart krav och bevisning avseende uppställda krav som

avser anbudsgivarens förmåga att utföra det uppdrag som upphandlas. I en utvärdering finns inte utrymme för diskvalificering. Detta eftersom anbudet redan är kvalificerat. I punkt 1.4.1 och 1.4.2 i upphandlingsdokumentet som beskriver hur utvärderingen avses gå till anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Avsnittet med rubriken utvärderingsförfarande saknar helt skrivning om att anbud som kvalificerats för utvärdering senare vid utvärdering av pris i förhållande till kvalitet kan komma att diskvalificeras. Konstruktionen av referenstagningen syftar inte till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan avser huvudsakligen bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget (i vart fall till den del som möjliggör diskvalifikation av anbud). Genom SLSO:s referenstagning och diskvalifikation av bolagets anbud har utvärderingen påverkats av ovidkommande hänsyn. Upphandlingen har utformas i strid med LOU och det har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Om upphandlingen görs om har bolaget möjlighet att i den nya upphandlingen tilldelas kontrakt.

SLSO anför bl.a. följande. Av avsnitt 1.4. och punkterna 1.4.1 och 1.4.2 i upphandlingsdokumentet framgår det klart och tydligt hur kvalificeringen av anbudsgivarna skulle komma att gå till. På samma sätt framgår det klart och tydligt hur prövning (ska-krav) och utvärdering av anbud ska genomföras. Någon sammanblandning mellan kvalificerings- och utvärderingsfasen föreligger således inte. Kraven i punkt 2.1.5 är tydligt riktade mot anbudsgivarens kapacitet att genomföra uppdraget och frågorna till referenserna i punkt 2.4. handlar uteslutande om kvalitetsbaserade parametrar i uppdragens utförande. Det står den upphandlande myndigheten fritt att välja vilka utvärderingskriterier som ska tillämpas vid tilldelning av kontrakt så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga kontraktet och inte är hänförliga till kvalificeringsfasen (EU-domstolens dom i mål C-532/06 Lianakis). Det är möjligt att utvärdera på referenser i utvärderingsfasen så länge som frågorna är kopplade till

föremålet för kontraktet. Frågeställningen i nu aktuellt mål handlar även om huruvida SLSO har rätt att, inom ramen för kvalificeringsfasen, värdera och ställa krav på viss nivå vad gäller referensuppdrag. Detta förfarande, framför allt i samband med krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet och referensuppdrag, får anses vara en relativt vanlig företeelse. SLSO:s krav på referensuppdrag, referensfrågor och referenstagning är objektivt utformat och förenligt med de övergripande principerna. Grund för ingripande med stöd av LOU saknas därmed.

Förvaltningsrätten konstaterar att EU-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis inte innebär något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen. Inte heller finns det något hinder mot att använda referenser i kvalificeringsfasen. I avgörandet framhålls dock att kontrollen av anbudsgivarens lämplighet och tilldelningen av kontraktet utgör två skilda moment som omfattas av olika bestämmelser. Den upphandlande myndigheten ska vid kontrollen av anbudsgivarnas lämplighet utgå från kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. I LOU regleras detta i 14 kap. 1 §. Av denna bestämmelse framgår att en myndighet får ställa krav på att leverantörerna ska vara kvalificerade i vissa avseenden. Kraven får dock endast avse behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Krav som inte kan anses tillhöra någon av dessa kategorier får inte tillämpas som krav vid kvalificeringen av leverantörer (prop. 2015/16:195 s. 1092).

När det gäller tilldelning av kontrakt kan detta endast ske mot bakgrund av kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I LOU regleras detta i 16 kap. 1 § där det anges att den upphandlande myndigheten ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Vilket anbud

som är det mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av grunderna bästa förhållande mellan pris och kvalitet, kostnad, eller pris.

Av EU-domstolens avgörande samt av ovan nämnda bestämmelser framgår således att olika krav ställs på de kriterier som får användas i kvalificeringsfasen och de kriterier som får användas i utvärderingsfasen. Detta innebär att kriterierna inte får sammanblandas.

Av upphandlingsdokumentet i aktuellt mål framgår i punkt 1.4.2 att utvärdering av anbuden kommer att ske på grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. De kvalitetskriterier som kommer att utvärderas är referens och spårningssystem. När det gäller kriteriet referens kommer anbudsgivarens sammanlagda poäng att generera ett prisavdrag som uppgår till maximalt 500 000 SEK per fråga. Från varje anbuds totalpris kommer respektive prisavdrag att dras av och den anbudsgivare som då har lägst utvärderingspris kommer att tilldelas kontrakt.

I punkt 2.1.5 uppställs ett krav på att anbudsgivaren ska redovisa två referensuppdrag utförda under 2009-2017. I punkten anges, förutom de krav som ställs på referensuppdragen, att referenspersonerna ska vara vidtalade och att referenserna kommer att få bedöma anbudsgivarnas levererade tjänster. Anbudsgivarna hänvisas här till punkt 2.4.

I punkt 2.4 "Kriterie Referens" regleras hur referenstagningen kommer att gå till. Där anges att referenserna kommer att få besvara frågor utifrån en poängskala mellan ett och fem poäng. Ett till två poäng ger noll SEK i prisavdrag. Tre poäng ger 5 000 SEK i prisavdrag. Fyra poäng ger 250 000 SEK i prisavdrag och fem poäng ger 500 000 SEK i prisavdrag.

Referensfrågorna anges som följande:

- Anbudsgivarens kundtjänst har löst problem och bistått med information vid förfrågningar
- Anbudsgivaren har verkat för optimering av transportplanering och lastoptimering av leveranser
- Anbudsgivaren har hanterat avvikelser och korrigerat avvikelserna på ett för kunden tillfredställande sätt
- Lagerhantering har skett i enlighet med avtal
- Leveransprecision har skett i enlighet med avtal
- Anbudsgivaren har följt avtal och varit lojal med kunden

I punkten anges även att anbudsgivaren ska uppnå minst tre poäng på varje enskild fråga för båda referenserna för att anses vara kvalificerad.

SLSO har gjort gällande att kraven i punkt 2.1.5 är tydligt riktade mot anbudsgivarens kapacitet att genomföra uppdraget och att frågorna till referenserna i punkt 2.4 handlar uteslutande om kvalitetsbaserade parametrar i uppdragens utförande. Så som upphandlingsdokumentet och ovan angivna punkter är utformade är det enligt förvaltningsrättens mening även tydligt att de poäng som referenspersonen gett som svar på frågorna i punkt 2.4 har varit avsedda att användas vid utvärderingen av anbudens kvalitet i syfte att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

I upphandlingen har referenspersonernas svar emellertid även använts för att bedöma om en anbudsgivare ska anses vara kvalificerad eller inte. Som förvaltningsrätten ovan redogjort för får kvalificeringskrav endast avse behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Ett och samma kriterium kan inte användas både i kvalificeringsfasen och i utvärderingsfasen. Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär SLSO:s förfarande, att på basis av samma referensfrågor och svar dels avgöra huruvida ett anbud är kvalificerat och dels fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, att

SLSO har sammanblandat kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier på ett sätt som inte är förenligt med LOU. Upphandlingen har därigenom genomförts i strid med LOU.

Ett beslut om ingripande mot upphandlingen bör, med hänsyn till att felet är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede, föranleda att upphandlingen görs om. Eftersom bolaget under sådana omständigheter har möjlighet att inkomma med ett nytt anbud kan det inte uteslutas att bolaget, vid ett nytt anbudsförfarande, skulle kunna delta och antas som leverantör. Detta får anses tillräckligt för att bolaget till följd av det konstaterade felet ska anses ha lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därför grund för att ingripa mot upphandlingen. Med hänsyn till den aktuella överträdelsens art ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas anledning att pröva vad bolaget i övrigt anfört utgör skäl för att ingripa mot upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Per-Erik Nistér

Tf. rådman

Louise Ljöstad har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 rättsens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

