



SÖKANDE

Avonova Hälsa AB, 556500-6821

Ombud: advokaten Henrik Gallus
Advokaterna A4 KB
Älvgatan 16
531 31 Lidköping

MOTPART

Räddningstjänsten Syd, 222000-1909

Ombud: Pernilla Larsson
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-11-13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

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

BAKGRUND

Räddningstjänsten Syd (Räddningstjänsten) genomför en upphandling av företagshälsovård (ref nr KS2018/0871). Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU.

Räddningstjänsten beslutade den 10 april 2019 att anta anbudet från AB Previa (Previa). Avonova Hälso AB (Avonova) ansökte om överprövning av upphandlingen med yrkande om att den ska göras om (mål nr 5258-19).

Räddningstjänsten beslutade därefter att återkalla tilldelningsbeslutet från den 10 april 2019 med motiveringen att kvalificeringen av leverantörerna kan ha genomförts på ett icke korrekt sätt. Räddningstjänsten beslutade den 14 maj 2019 att anta anbudet från Previa. Avonova ansökte då på nytt om överprövning av upphandlingen med yrkande om att den ska göras om (mål nr 6246-19).

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Avonova ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Avonova anför bl.a. följande. Enligt grunderna för Räddningstjänstens beslut att återkalla tidigare lämnat tilldelningsbeslut fanns det skäl att tolka förfarandet så att den ”upphandlande myndigheten har gjort en sammanblandning av kvalificering och utvärdering”. Enligt Avonovas uppfattning ska därför upphandlingen göras om med ett justerat förfrågningsunderlag då sammanblandning skett. Räddningstjänsten har dock gått vidare med upphandlingen och istället meddelat ett nytt tilldelningsbeslut. Detta har medfört eller riskerat att medföra skada för Avonova.

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare ska lämna fyra referensuppdrag samt att referenten för ska vara den person som är övergripande ansvarig för avtalet. Två av Avonovas referenter har uppgett att de inte anser sig vara övergripande ansvarig för avtalet och Avonova har därför inte erhållit några poäng för dessa. I förfrågningsunderlaget finns ingen beskrivning om att denna fråga skulle ställas till referenspersoner.

I 15 kap. 11 § LOU redogörs uttömmande för vilken utredning en upphandlande myndighet får begära av en anbudsgivare såvitt avser dennes tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Att uppställa ett krav under kvalificeringsfasen om att ange en referensperson som ska vara övergripande ansvarig för avtalet står uppenbart i strid med vilka uppgifter som får begäras med stöd av bestämmelsen.

Begreppet ”övergripande ansvarig för avtalet” är svårtolkat och kan syfta på t.ex. en VD, förvaltningschef eller den som undertecknat avtalet. Förutsägbarheten av det aktuella begreppet är således mycket bristfällig. Detta kan även åskådliggöras av den beskrivning av förfarandet som Räddningstjänsten lämnat avseende Avonovas referensperson avseende Mariestads kommun. Avonova hade i denna del åberopat bolagets kontaktperson vid personalavdelningen som referens. Denna person uppgav dock på fråga från Räddningstjänsten att hon inte ansåg sig vara övergripande ansvarig för avtalet, utan Avonovas kontaktperson. Detta exemplifierar tydligt att begreppet saknar tydlighet och att det därför inte kan användas som ska-krav. I den aktuella referensblanketten används dessutom ordet ”kontaktperson”, vilket inte behöver syfta på den person som är ansvarig för avtalet.

Enligt uppgift från Räddningstjänsten har man först gjort en övergripande bedömning av om den lämnade referenspersonen allmänt sett kan anses ha ett övergripande ansvar för avtalet. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget på vilka grunder som denna bedömning vilar. Det framgår inte heller av

annan dokumentation i upphandlingen om vilka överväganden som ligger till grund för bedömningen. I det fall där Räddningstjänsten känt sig osäker på om referenspersonen kunde vara övergripande ansvarig för avtalet har det skickats en enkel fråga per mail till denne. I det fall man då erhållit ett jakande svar så har det uppenbarligen varit tillräckligt för att anse kravet vara uppfyllt. Detta är omständigheter och tillvägagångssätt som borde ha framgått av förfrågningsunderlaget. En anbudsgivare hade då kunnat förstå hur det aktuella begreppet skulle tolkas och utformat sitt anbud efter det.

I upphandlingen anges vidare att det är obligatoriskt att åberopa Räddningstjänsten som referensuppdrag om anbudsgivaren haft ett sådant avtal på senare tid. Varje referent ska svara på sex olika frågor, som senare omräknas till poäng. Genom att Räddningstjänsten kräver att själv få vara en del av referensuppdragen så kan man delvis styra över resultatet av utvärderingen. Detta kan lämna för godtycke i upphandlingen.

Det är även tydligt att Räddningstjänsten sammanblandat kriterier för kvalificering och utvärdering i upphandlingen. De referenser som efterfrågats avser huvudsakligen anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget och kan alltså inte även utgöra kriterier för utvärdering. När det gäller företagshälsovårdstjänster är det inte fråga om den typ av intellektuella tjänster som beskrivs i det s.k. Ambisigmålet, utan tjänsterna i samband med företagshälsovård är ofta tämligen standardiserade. Räddningstjänsten synes i beslutet att återkalla det tidigare lämnade tilldelningsbeslutet ha vitsordat att det förekommer sammanblandning på så sätt som Avonova gjort gällande.

Eftersom Räddningstjänsten har valt att sekretessbelägga en stor del av Previas anbud finns det ingen möjlighet för Avonova att utvärdera om Räddningstjänsten gjort en korrekt bedömning av Previas anbud. Avonova gör därför gällande att Previas anbud inte uppfyllt samtliga ställda ska-krav.

Räddningstjänsten anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Det finns inte något hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, oavsett om föremålet för upphandlingen är intellektuella tjänster eller ej. Det är alltså fullt tillåtet att använda referenser i kvalificeringsfasen för att säkerställa att anbudsgivaren har nödvändiga erfarenheter, kvalifikationer och resurser samtidigt som anbudsutvärderingen innebär en referenstagning som syftar till att ta reda på hur tidigare tjänster har utförts.

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att kravet på att ange referenser är ett obligatoriskt krav i syfte att säkerställa anbudsgivarens erfarenhet och kvalifikationer. Referenstagning tar å andra sidan enbart sikte på föremålet för upphandlingen, och berör inte anbudsgivarens kvalifikationer och tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Det är därför uppenbart att upphandlingen inte utformats genom en sammanblandning mellan kvalificeringskrav och utvärderingskrav. Skälet till att tilldelningsbeslut 1 återkallades var rätteligen att bristerna i Avonovas anbud skulle beaktas i utvärderingen istället för vid kvalificeringen. Den ”sammanblandning” som nämns i beslutet tar därmed sikte på en tillämpning av kraven vid anbudsgenomgången och inte utformningen av kraven i upphandlingsdokumenten som sådana.

Det är tillåtet för en upphandlande myndighet att använda sig av egna referenser, under förutsättning att en sådan referenstagning framgår av förfrågningsunderlaget och sker på ett objektivt sätt så att de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna inte överträds. Referenstagningen i aktuell upphandling har varit tydligt angiven i förfrågningsunderlaget och skett på samma sätt för alla anbudsgivare. Det är den upphandlande myndigheten som avgör hur referenser ska anges och kontaktas och hur förfrågningsunderlaget ska utformas i anledning av detta. Det är på samma sätt fastslaget att det åligger anbudsgivaren att se till att de referenser som anges är till-

gängliga vid referenstidpunkten, att de kontaktuppgifter som lämnats är korrekta och att referenten svarar som anbudsgivaren tänkt sig. Det har av förfrågningsunderlaget inte gått att missuppfatta att det är den person som är ansvarig för aktuellt referenskontrakt som ska anges. Avonova har därmed haft ansvaret för att det är den person som har det övergripande ansvaret för avtalet som anges som referent samt för de svar som referenten lämnar. Avonova har i två av fyra fall lämnat kontaktuppgifter till en person som inte är ansvarig för referensavtalet. Räddningstjänsten har därmed inte kunnat få de uppgifter som efterfrågats.

Avonova påstår att LOU inte tillåter att Räddningstjänsten ställer krav på hur referenstagningen ska gå till. Påståendet är felaktigt. Att ställa krav på referenstagningen, såsom att ange en specifik kontaktperson, är givetvis både tillåtet och motiverat då Räddningstjänsten behöver säkerställa kvaliteten och uppgifterna i de svar som referenten har att inkomma med. Kravet är såväl proportionerligt som förutsägbart och likabehandlande. Begäran om referent tar dessutom rätteligen inte heller sikte på att säkerställa den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten utan får framförallt betydelse för utvärderingen. Vidare har Räddningstjänsten en skyldighet att kontrollera att de krav som angivits i upphandlingsdokumenten är uppfyllda. Räddningstjänsten har därigenom varit oförhindrad att fråga respektive referent om denne uppfyller krav på det övergripande ansvaret för avtalet.

Som framgår ovan har kraven i upphandlingsdokumenten utformats i enlighet med LOU samt de grundläggande principer varpå lagen vilar. Räddningstjänsten bestrider därmed även att det finns skäl att förkasta Previas anbud. Det saknas därför skäl för ingripande enligt LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten 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 får avslutas först efter rättelse gjorts.

Enligt 16 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet 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 grunderna bästa förhållandet mellan pris och kvalitet, kostnad eller pris.

Upphandlingsdokumenten i urval

Av punkten **1.3.5.2 Utvärderingsmodell** framgår bl.a. följande. Utvärderingsmodellen bygger på ett poängssystem, man ska samla så mycket poäng som möjligt. Det finns totalt två tilldelningskriterier; Referenser och Arbets-EKG.

Referenser

De fyra referensuppdrag som lämnas i punkt 1.3.1.4 kommer att användas på nytt som en del i utvärderingen av inkomna anbud. Referensuppdragen ska bedöma anbudsgivarens förmåga utifrån olika aspekter. Referenterna för respektive referensuppdrag ska göra en bedömning över hur väl de bedömer att anbudsgivare har utfört aktuellt referensuppdrag utifrån olika aspekter. Sex frågor ska besvaras av respektive referent. Referenten ska ta ställning till frågorna genom att svara ”Utmärkt”, ”OK” eller ”Ej acceptabelt”. Varje

fråga som referenten besvarar "Ej acceptabelt" ger 0 poäng, de fall där referenten besvarar frågan med "OK" ger det 3 poäng och i de fall där referenten besvarar frågan med "Utmärkt" ger det anbudsgivaren 5 poäng.

Arbets-EKG

Om anbudsgivare kan tillhandahålla och utföra Arbets-EKG i egen regi/egna lokaler erhåller anbudsgivare 25 poäng. Om anbudsgivare tillhandahåller och utför Arbets-EKG via underleverantör erhåller anbudsgivare 0 poäng.

Summering av tilldelningskriterier

Det kommer att göras en summering och sammanställning där potentiella poäng från de olika tilldelningskriterierna sammanställs och en vinnare utses (högst totalpoäng vinner). Skulle flera anbudsgivare landa på samma totalpoäng, kommer den anbudsgivare som lämnat lägst totalpris att vinna. Referensuppgifterna ska bedöma anbudsgivarens förmåga utifrån olika aspekter, detta är en bedömning som görs av angiven referent för respektive uppdrag baserat på den uppfattning referenten har.

Tilldelning

En vinnare utses. Givet att man uppfyller samtliga obligatoriska krav är det anbudet med högst totalpoäng som vinner, skulle flera anbudsgivare landa på samma totalpoäng, kommer den anbudsgivare som lämnat lägst totalpris att vinna.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

I sin begäran om överprövning har Avonova bl.a. gjort gällande att Räddningstjänsten har sammanblandat kriterier för kvalificering och utvärdering i aktuell upphandling. Detta då de referenser som efterfrågats huvudsakligen avser anbudsgivarens förmåga att utföra uppdraget i fråga. Referenserna kan därför, enligt Avonova, inte utgöra kriterier även för utvärdering.

I princip all offentlig upphandling utgår från att det görs en uppdelning mellan kontroll av leverantörens lämplighet och förmodade förmåga att fullgöra ett kontrakt (kvalificeringen) och en konkret bedömning av vilken prestation

en anbudsgivare erbjuder i sitt anbud (tilldelningen). EU-domstolen har i mål nr C-532/06, Lianakis, slagit fast att kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier inte får sammanblandas. Kriterierna för tilldelning av kontrakt får endast avse kriterier som syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kriterier som huvudsakligen hänför sig till anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet kan inte anses utgöra kriterier för tilldelning.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 25 juni 2018 i mål nr 1047-18 bedömt att det saknas hinder mot att använda referenser i utvärderingsfasen så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Detta bör gälla oavsett om föremålet för upphandlingen är intellektuella tjänster eller inte. Enligt kammarrätten framgick det av utredningen i målet att referenstagningen avsett frågor rörande arbetsledarens utförande av tjänster i tidigare sammanhang. Referenstagningen syftade, enligt kammarrätten, till att ta reda på hur tidigare tjänster utförts och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten, och inte till att reda ut anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Utvärderingen bedömdes därför inte ha påverkats av ovidkommande hänsyn.

Förvaltningsrätten konstaterar i förevarande mål att det av upphandlingsdokumenten framgår att den anbudsgivare som får högst poäng efter utvärdering av ”Referenser” och ”Arbets-EKG” kommer att vinna upphandlingen. Kontraktet i aktuell upphandling ska således inte tilldelas den anbudsgivare som har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utan istället utifrån en poängsättning bl.a. baserat på inhämtade referenser. Eftersom tilldelningskriterierna inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet bedömer förvaltningsrätten att Räddningstjänsten har sammanblandat kvalificeringskriterier och tilldelningskriterier på ett sätt som inte kan anses förenligt med LOU. Till följd av överträdelsen får Avonova anses ha

lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas anledning att pröva om det som Avonova i övrigt har anfört utgör skäl för att ingripa mot upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Henrik Hedberg
Rådman

Marie Nilsson har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.