

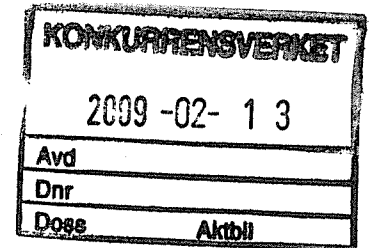


SÖKANDE

Personlig Engagerad Arbetsmiljöpartner i Väst AB, 556681-5915
Box 53256
400 16 Göteborg

MOTPART

Kungsbacka kommun
Stadshuset
434 81 Kungsbacka



SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Kungsbacka kommuns upphandling med dnr UH-08-38 skall göras om i den del som avser området företagshälsovård.

Länsrättens interimistiska beslut den 30 december 2008 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Kungsbacka kommun har beslutat om upphandling av företagshälsovård omfattande områdena företagshälsovård och personalvårdsprogram (UH-08-38). I tilldelningsbeslut den 4 november 2008 meddelades att kommunen beslutat tilldela upphandlingskontrakt till Personlig Engagerad Arbetsmiljöpartner i Väst AB (pe3 företagshälsa) och Husläkarna i Kungsbacka AB i samverkan avseende företagshälsovård och Falck Healtcare AB avseende personalvårdsprogram.

Efter att Markhälsan AB, en av anbudsgivarna, ansökt om överprövning av upphandlingen avseende området företagshälsovård har länsrätten i dom den

19 december 2008 (mål nr 2137-08) förordnat att upphandlingen i den delen inte får avslutas förrän kommunen vidtar rättelse genom att anbudsutvärderingen görs om varvid pe3 företagshälsa och Husläkarna i Kungsbacka AB i samverkans anbud inte skall beaktas. Domen har vunnit laga kraft.

Kungsbacka kommun har efter länsrättens dom gjort en ny utvärdering, varvid pe3 företagshälsa/Husläkarna i Kungsbacka AB:s anbud inte beaktats. I nytt tilldelningsbeslut den 19 december 2008 har kommunen bestämt sig för att tilldela upphandlingskontrakt avseende företagshälsovård till Markhälsan AB.

Efter att pe3 företagshälsa därefter ansökt om överprövning av upphandlingen avseende företagshälsovård och yrkat att interimistiskt beslut fattas har länsrätten den 30 december 2008 beslutat att upphandlingen avseende företagshälsovård inte får avslutas innan rätten förordnar annat i målet.

YRKANDEN M.M.

pe3 företagshälsa yrkar i första hand att länsrätten beslutar att upphandlingen av företagshälsovårdstjänster får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att pe3 företagshälsa/Husläkarna i Kungsbacka AB i samverkan tilldelas avtal avseende företagshälsovårdstjänster. I andra hand, om rättelse inte bedöms vara en tillräcklig åtgärd, yrkar pe3 företagshälsa att länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan anför pe3 företagshälsa följande. I enlighet med tilldelningsbeslut den 19 december 2008 har pe3 företagshälsa diskvalificerats på följande grunder. *Registreringsbevis har ej skickats med på underleverantörer.* När anbudet skrevs var de personer som pe3 företagshälsa har angett som underleverantörer i sitt anbud samarbetspartners till pe3 företagshälsa. Bolagets avsikt vid ett eventuellt avtalsskrivande var dock att dessa personer skulle anställas och inte arbeta som underleverantörer. Några anställningsavtal är redan skrivna men andra har bolaget avvaktat med tills efter det att upphandlingen är klar. För att klargöra huruvi-

da pe3 företagshälsa behövde skicka in registreringsbevis för dessa personer tog bolagets VD telefonkontakt med upphandlingsenheten den 13 oktober 2008. Kontaktpersonen meddelade då att några registreringsbevis inte behövdes och inte heller utdrag från UC för dessa personer eftersom de inte skulle komma att arbeta för pe3 företagshälsa som underleverantörer utan som anställda vid ett eventuellt avtal. *Referenser.* pe3 företagshälsa lämnade två kommunala referenser eftersom det stod att tre referenser skulle lämnas varav en skulle vara offentlig. Det stod inte uttalat att två skulle vara privata utan bolaget tolkade kravet som att minst en skulle vara offentlig. Bolaget valde att lämna två offentliga referenser eftersom kommunen bedriver offentlig verksamhet. Det står ingenstans i upphandlingsunderlaget att det krävs minst två privata referenser utan enbart minst en offentlig. Att kommunen sedan i efterhand bad pe3 företagshälsa komplettera med en privat referent är inget som bolaget kunde råda över eller bör lida skada av. *Kompetenskrav.* I den ansökan om överprövning som Markhälsan AB tidigare gjort av föregående tilldelningsbeslut den 4 november 2008 framgår också synpunkter på kompetenskrav. Av det senaste tilldelningsbeslutet framgår dock att kommunen har godkänt bolagets kompetenser.

Kungsbacka kommun accepterar pe3 företagshälsas yrkanden samt föreslår, med anledning av tidigare överprövning och dom avseende samma upphandling, att länsrätten skall besluta att upphandlingen får göras om. Kommunen anför bl.a. följande. *Registerutdrag från Bolagsverket har inte skickats med på underleverantörer.* De personer som angetts i anbudet som underleverantörer/samarbetspartners har anbudsgivaren, enligt muntlig information, för avsikt att anställa ifall man får avtalet med Kungsbacka kommun. Detta styrks också av prissättningen i anbudet. Om anbudsgivaren hade för avsikt att använda dessa som underleverantörer borde prissättningen för läkare och arbetsmiljöingenjörer vara högre. Anbudsgivaren borde dock ha redovisat detta skriftligt i sitt anbud. *Referensuppdrag.* I anbudsförfrågan nämns ”tre liknande uppdrag varav ett skall vara från offentlig verksamhet”. Anbudsgivaren tolkade detta som att minst en skulle vara från offentlig verksamhet och

valde därför att lämna två. Kommunen anser att detta var en rimlig tolkning och lät därför anbudsgivaren komplettera med en referens från privata marknaden. I upphandlingsunderlaget används inte ordet minst, utan texten är som den inom citationstecken ovan. I administrativa föreskrifter punkt 1.18 skrivs "Ett medelvärde av referenternas svar (av de två som ej kommer från offentlig verksamhet) kommer att beräknas för respektive anbudsgivare." Detta visar att det skall vara två privata referenser. *Kompetenskrav*. Kommunen vidhåller anbudsutvärderingen, dvs. att anbudsgivaren har den kompetens- och resursbas som krävs för uppdraget.

pe3 företagshälsa har i genmäle anfört bl.a. följande. pe3 företagshälsa vidhåller att länsrätten i första hand skall förordna att upphandlingen skall rättas på så sätt att kommunen skall beakta pe3 företagshälsas anbud vid utvärderingen. I andra hand har pe3 företagshälsa yrkat att upphandlingen skall göras om. Kommunen har medgivit detta yrkande vilket måste ha väsentlig betydelse i sammanhanget. Dessutom anförs skäl nedan till varför upphandlingen bör göras om alldeles oavsett kommunens medgivande. – Det bör särskilt framhållas att pe3 företagshälsa lider skada på det sätt som anges i 16 kap. 2 § LOU. pe3 företagshälsa var inte part i den tidigare överprövningsprocessen varför nu aktuellt mål är första gången som pe3 företagshälsa kommer till tals. Det finns inte lagliga skäl att diskvalificera bolagets anbud. Dessutom finns ytterligare och tidigare oprövade skäl till varför upphandlingen bör göras om, oavsett kommunens medgivande. Dessa skäl har påverkat den konkurrensuppsökande fasen varför pe3 företagshälsa, oaktat utgången i den tidigare överprövningsprocessen, riskerar att lida skada. *Registerutdrag för underleverantörer*. Kommunens bekräftelse att den ekonomiska kalkylen i pe3 företagshälsas anbud hade varit annorlunda om pe3 företagshälsa hade anlitat fristående leverantörer visar att kommunen insett och accepterat att bolagets anbud inte innefattar anlitande av underleverantörer (utan att endast anställda skall användas för att utföra uppdraget). Av naturliga skäl reagerade därför inte kommunen på att anbudet hänvisade till fristående bolag som underleverantörer. Hade pe3 företagshälsa i sitt anbud inte nämnt de bolag som

de personer drev som senare skulle anställas, hade frågan överhuvudtaget aldrig aktualiserats. Mot bakgrund av att kommunen kände till de faktiska förhållandena är hänvisningen i pe3 företagshälsas anbud till fristående underleverantörer att betrakta som en uppenbar felskrivning som kan vara föremål för rättelse enligt 15 kap. 12 § LOU. Kommunen har inte eftergivit kravet avseende registerutdrag för underleverantörer i förhållande till pe3 företagshälsa utan endast konstaterat att kravet på grund av de faktiska omständigheterna inte var tillämpligt på pe3 företagshälsa. Detta är inte konstigare än att vissa skallkrav inte är tillämpliga på vissa anbudsgivare. När det gäller nystartade bolag krävs t.ex. ofta moderbolagsgaranti eller annan säkerhet avseende anbudsgivarens ekonomiska ställning/stabilitet. Dyliga krav brukar inte vara tillämpliga på etablerade företag där krav istället ställs på kreditintyg och vissa nyckeltal avseende t.ex. soliditet. Olika krav för anbudsgivare i olika situationer är således tillåtet. Syftet med kravet är att anbudsgivaren visar att de underleverantörer som är företag har ”fullgjort sina lagstadgade skyldigheter avseende registreringar och betalningar för sociala avgifter och skatter i Sverige, alternativt i hemlandet, om företaget är registrerat i annat land”. Detta krav är inte tillämpligt på privatpersoner (jämför 11 kap. 6 § LOU). Kravet på ett registerutdrag för underleverantörer som inte kommer att anlitas fyller ingen som helst funktion och det vore oproportionerligt att i efterhand uppställa ett sådant krav. Sammanfattningsvis har kommunen inte eftergivit något skallkrav i förhållande till pe3 företagshälsa och det har inte funnits någon som helst risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Mot denna bakgrund har det inte förelegat och föreligger alltså inte laglig grund att diskvalificera pe3 företagshälsas anbud av detta skäl. *Referensuppdrag.* Det framgår endast av kvalificeringskravet i fråga att en av referenserna skall vara från offentlig verksamhet – inte att kravet egentligen innebär max en referens från offentlig verksamhet och ett minikrav på två referenser från privata uppdragsgivare. Det är endast i avsnitt 1.18 i de ”Administrativa föreskrifterna” som avser tilldelningskriterier ”Yrkesmässig kompetens, erfarenhet” som det framgår att det som utvärderas är två referenser från privat verksamhet och en från offentlig. Detta är emellertid ett till-

delningskriterium (börkrav) och inte ett obligatoriskt kvalificeringskrav (skallkrav), dvs. det är fråga om två helt olika krav/kriterier med helt olika syften och följer vid bristande uppfyllelse. Uppfylls inte ett skallkrav leder detta till diskvalificering av anbudet. I den utsträckning ett tilldelningskriterium inte uppfylls medför detta en lägre poäng – inte uteslutning. Innebörden av det ena säger inte något om det andra eftersom det inte är samma krav och kraven inte uppställs i samma syfte. Kommunen medger att det är en rimlig tolkning som pe3 företagshälsa gjort av skallkravets innebörd. Med hänsyn till vad som anförts ovan samt kommunens egen uppfattning lämnar således förfrågningsunderlaget utrymme för olika tolkningar i en väsentlig fråga. I en sådan situation finns det inte grund för den upphandlande myndigheten att utesluta ett anbud och därmed inte heller utrymme för rättelse med detta resultat av domstol i en överprövningsprocess. *Otillåtet tilldelningskriterium.* Kommunens utvärderingsmetod är inte förenlig med upphandlingsdirektiven eller LOU eftersom metoden enligt avsnitt 1.18 i de Administrativa föreskrifterna innefattar tilldelningskriteriet ”Yrkesmässig kompetens, erfarenhet inom området, referenser 50 %”. Kriteriet avser att utvärdera anbudsgivarnas förmåga att utföra uppdraget baserat på tidigare erfarenhet/uppdrag. Hur väl anbudsgivarna uppfyller kriteriet har bedömts baserat på referenstagning i enlighet med kommunens blankett för detta. Av EG-domstolens dom i mål C-532/06, Lianakis, följer att tilldelningskriterier inte omfattar sådana kriterier som ”huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet”. Enligt EG-domstolen faller anbudsgivarens ”erfarenhet, personalstyrka och utrustning samt förmåga att utföra projektet inom den fastställda tidsfristen” inom denna kategori av kriterier och kan därför inte användas som tilldelningskriterier eftersom de rör tekniska och yrkesmässig kapacitet och därmed är hänförliga till kvalificeringsfasen. Följden av EG-domstolens dom i fallet Lianakis är således att det enligt 12 kap. 1 § LOU inte är tillåtet att utvärdera anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet samt intyg härom och använda detta som tilldelningskriterium. Enligt 15 kap. 16 § är 12 kap. 1 § andra stycket tillämpligt även vid förenklade upphandlingar. Domen verkar inte lämna något som helst utrymme för att utvär-

dera referenser ens om dessa skulle innehålla värdeomdömen (t.ex. hur väl ett uppdrag har utförts). Vissa bedömare anser att referenser kan användas som tilldelningskriterium men då förutsatt att referenserna innehåller värdeomdömen. Det är ett obestridligt faktum att kommunens referenstagning inte har innefattat värdeomdömen eller annan information för kvalitativ bedömning av referenserna. Referensblanketterna efterfrågar endast en mycket kortfattad beskrivning av uppdraget och säger därför inget annat än att ett visst uppdrag har utförts – inte hur väl det utförts. Kommunen har således inte genom referenserna inhämtat och utvärderat några värdeomdömen. Kommunen har följaktligen använt ett kvalificeringskrav som tilldelningskriterium trots att det saknas lagliga förutsättningar för detta. Av detta skäl skall upphandlingen göras om. För det fall kommunen anser sig ha gjort en kvalitativ bedömning av referenserna, dvs. utöver att konstatera att och när uppdragen har utförts, saknar referensblanketten helt utrymme för att lämna vitsord eller andra värdeomdömen. Det framgår inte heller i övrigt av förfrågningsunderlaget att, och i så fall i vilka avseenden, en kvalitativ bedömning kommer att göras av referenserna. – pe3 företagshälsa anser inte att det finns några objektiva godtagbara skäl att i sammanhanget göra skillnad på referenser från offentlig verksamhet respektive privat verksamhet – oavsett om det är fråga om ett skalkrav eller ett tilldelningskriterium – varför det inte är motiverat att kräva fler av den ena sorten än den andra eller låta den ena väga tyngre än den andra. Dessutom innebär en differentiering att antalet leverantörer begränsas i onödan. Det måste finnas tungt vägande skäl till att stänga ute de anbudsgivare som tidigare antingen inte haft ett offentligt uppdrag eller några privata. Några sådana skäl finns inte när det gäller kommunens upphandling varför differentieringen och den olika viktningen mellan referenser avseende tidigare offentliga och privata uppdrag får anses utgöra en otillbörlig begränsning av konkurrensen i strid med LOU. – pe3 företagshälsa åberopar Kammarrättens i Stockholm domar den 31 maj 2007 i mål nr 2206-07 och den 19 december 2008 i mål nr 5512-08 samt Kammarrättens i Sundsvall dom den 6 februari 2004 i mål nr 2831-03.

Kungsbacka kommun har därefter anfört bl.a. följande. I upphandlingen gäller som krav för kvalificering att man måste *ha* angivna referenser enligt svarsbilaga. I utvärderingen värderas *hur* anbudsgivaren skött sitt uppdrag med hjälp av uppgifter från de angivna referenterna. Det finns bl.a. rättsfall som vitsordar detta förfaringssätt.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

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

Av 16 kap. 2 § första stycket framgår att 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrätten gör följande bedömning

Enligt praxis anses inte den som enligt den upphandlande myndighetens beslut antagits som leverantör ha rätt att överklaga en senare meddelad dom av innebörd att upphandlingen får avslutas först sedan viss rättelse skett (RÅ 2002 ref. 5 och RÅ 2007 not. 131). pe3 företagshälsa har således inte haft rätt att överklaga länsrättens dom den 19 december 2008 (mål nr 2137-08). Mot denna bakgrund finner länsrätten att pe3 företagshälsa har rätt att ansöka om

överprövning med avseende på de åtgärder i form av utvärdering och tilldelningsbeslut som kommunen vidtagit efter och i enlighet med länsrättens dom.

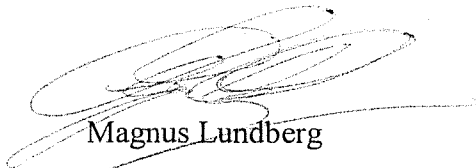
pe3 företagshälsas talan avser delvis samma omständigheter som prövats i länsrättens tidigare dom. Nu aktuellt mål avser emellertid en annan sökandes talan än det tidigare målet och därtill ett annat tilldelningsbeslut. Länsrätten konstaterar därför att saken i förevarande mål inte till någon del kan anses vara densamma som i det tidigare målet (jfr Kammarrättens i Stockholm beslut den 2 februari 2009 i mål nr 9607-08). Att upphandlingen om företagshälsovård varit föremål för tidigare överprövning utgör således inte hinder för att pe3 företagshälsas ansökan prövas av länsrätten.

Kommunen har framfört uppfattningen att länsrätten, i enlighet med pe3 företagshälsas andrahandsyrkande, bör förordna om att upphandlingen skall göras om. Redan av denna anledning finns i och för sig förutsättningar för länsrätten att fatta beslut om sådan åtgärd. pe3 företagshälsa har emellertid i första hand yrkat att länsrätten skall förordna om rättelse på visst sätt.

Bestämmelsen i 16 kap. 2 § LOU innebär att om det föreligger en sådan brist i en upphandling att det finns skäl för ingripande, så har domstolen – oavsett hur yrkandet har utformats – att välja mellan att besluta om att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas (jfr RÅ 2005 ref. 47).

pe3 företagshälsas talan innefattar vissa invändningar som tar sikte på att bolaget uteslutits från anbudsutvärderingen. Bolagets talan innefattar emellertid också invändningar som tar sikte på att det i förfrågningsunderlaget på visst sätt uppställts kvalificeringskrav och utvärderingskriterium avseende referenser. Sistnämnda invändningar är av sådant slag att en eventuell åtgärd inte skulle kunna utgöras av annat än ett beslut om att upphandlingen skall göras om. Redan till följd härav, med hänsyn till att kommunen tillstyrkt sådan åtgärd, finner länsrätten att upphandlingen skall göras om.

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



Magnus Lundberg

Rådman

/LB