

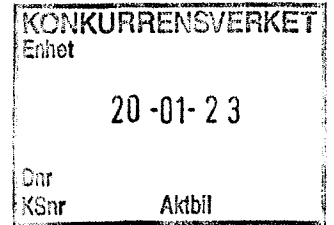


SÖKANDEN

1. Selfpoint Sverige AB, 559016-8810

Ombud för 1: Advokaten Maja Kjellman
Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB

2. MYBW Office Management AB, 559058-8207



MOTPART

Regionen Jönköpings län, Upphandlingsenheten

Ombud: Advokaterna Pernilla Larsson och Björn Lind
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Selfpoint Sverige AB:s och MYBW Office Management AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Regionen Jönköpings län (regionen) genomför ett öppet upphandlingsförfarande som benämns "Digitala vårdmöten" (ref: RJL 2019:1173). Av upphandlingsdokumentet framgår bl.a. att en leverantör kommer att antas och att tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än Selfpoint Sverige AB (Selfpoint) respektive MYBW Office Management AB (Officemanagement) antagits och anbuden från nämnda leverantörer har förkastats. Selfpoint och Officemanagement ansöker nu om överprövning.

YRKANDEN

Selfpoint yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först när rättelse skett på så sätt att bolagets anbud ska beaktas i upphandlingen och inkluderas i utvärderingsfasen. I andra hand ska upphandlingen göras om.

Officemanagement yrkar förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först innan rättelse skett på så sätt att bolagets anbud ska anses kvalificerat. I andra hand ska upphandlingen göras om.

Regionen anser att båda ansökningarna ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Selfpoint

Selfpoints referens 1

De två referenser Selfpoint lämnat uppfyller ställda krav. Selfpoint har angivit Mental Toolbox i Sverige AB (Toolbox) som referens 1. Toolbox har tillhandahållits genom Selfpoint Clinic, d.v.s. samma system och tjänst som offereras i anbudet och som uppfyller de krav på som anges i upphandlingsdokumenten. För funktionerna har det ingen betydelse hur många handläggare eller vårdgivare som ansluts till systemet, hur stor eller liten verksamhet det är fråga om, eller antalet ärenden eller vårdkontakter. Referens 2 avser ett bolag som ett tag var landets tredje största digitala vårdcentral och som också använde Selfpoint Clinic. Det är alltså ett flexibelt system som kan användas av verksamheter av skiftande storlek och art. Selfpoint har därmed kapacitet att leverera det som efterfrågas i upphandlingen.

Kraven under punkten referenser för att bekräfta kapacitet har i vart fall varit ottydligt utformade och, med den tolkning regionen gör gällande, även oproportionerliga. I upphandlingsdokumenten anges inga uppskattade volymer eller något uppskattat ekonomiskt värde, utan endast att regionen initialt har behov av 100 användarlicenser för vårdgivare och 20 licenser för vårdadministratörer. Inte heller garanteras någon viss volym. Det saknas därför vägledning ifråga om de kommande volymerna i systemet. En licens är endast en rätt att utnyttja ett system och är inte någon garanti för att det faktiskt kommer att nyttjas. Även om tjänsterna skulle tas i anspråk så säger antalet licenser inte något om nyttjandegrad, antalet vårdkontakter, inloggningar i systemet etc. och är därför inte ett relevant mått på uppdragets omfattning. Därmed kan antalet licenser inte heller anses vara ett relevant mått på anbudsgivarnas eller systemens kapacitet. Dessutom är 120 stycken licenser relativt blygsamt rent kapacitetsmässigt, eftersom en normalkund hos Selfpoint har tusentals licenser. Till detta kommer den löst hållna uppgiften att regionen bedömer att intresset kommer att växa under avtalstiden där fler verksamheter kommer att nyttja systemet. Hur stora dessa verksamheter är eller hur många vårdkontakter det är fråga om framgår inte. Sammantaget medför detta att det inte varit möjligt för anbudsgivarna att med ledning av upphandlingsdokumenten uppskatta upphandlingsföremålets omfattning.

Om upphandlingsdokumentens föreskrifter skulle anses innebära att referensuppdragets omfattning ska motsvara upphandlingsföremålets omfattning skulle de bli omöjliga att tillämpa. Det anges inte heller i upphandlingsdokumenten att referensuppdragen, för att anses jämförbara med det som upphandlingen avser, måste ha utförts åt beställare med en verksamhet eller omsättning av viss storlek eller att uppdraget måste ha innefattat ett visst antal vårdgivare. Istället har det i upphandlingsdokumenten specificerats särskilt vad som ska avses med ett uppdrag av liknande/motsvarande/jämförbar art genom hänvisning till i samma dokument angivna specifikationer. Det finns därmed inte utrymme att tolka in något krav ifråga om

storlek på uppdrag eller andra kvantitativa krav, utan det är tillräckligt att uppdragen avser leverans av samma typ av system och tjänster.

Aktuella felaktigheter medför att Selfpoint har lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Ovidkommande hänsyn

Regionen har tagit ovidkommande hänsyn och åsidosatt principen om likabehandling genom att positivt särbehandla vinnande anbud och inte pröva anbuden utifrån samma premisser. Den som tilldelats kontraktet är regionens nuvarande leverantör av det system och de tjänster som är föremål för upphandling. Systemet som tillhandahålls heter Visiba Care. Personen som är "Medical Advisor" för Visiba Care sedan november 2017 är även verksamhetschef för Bra Liv i Jönköping, d.v.s. den ena av de två verksamheter som initialt ska använda det system och de tjänster som nu upphandlas. Selfpoint saknar insikt i om vinnande leverantör eller den aktuella personen på något sätt deltagit i förberedelserna av upphandlingen (jfr 4 kap. 8 § LOU), men det är tydligt att vinnande anbud inte har prövats utifrån samma förutsättningar. Av till förvaltningsrätten inlämnad e-postkorrespondens framgår att regionen inte gjort samma kontroll av vinnande anbud som av Selfpoints anbud utan godtagit dess uppgifter avseende såväl referensuppdrag som övriga krav, med hänvisning till att regionen inte är skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter är korrekta och att regionen själv väljer vad som ska kontrolleras. I det här fallet, där det finns uppenbar risk för i vart fall att det tas ovidkommande hänsyn och att vinnande anbudsgivare ges konkurrensfördelar, har det funnits särskild anledning för regionen att säkerställa att likabehandlingsprincipen upprätthålls. Genom att inte göra detta utan tvärtom tydligt särbehandla vinnande anbudsgivare har regionen åsidosatt likabehandlingsprincipen, vilket medfört att Selfpoint lidit skada.

Officemanagement

Officemanagements anbud har inte prövats på ett rättvist sätt. Det framgår tydligt att upphandlingsdokumenten är skrivna ur ett perspektiv som bara kan gynna det i nuläget vinnande anbudet. Mot bakgrund av att bolaget offererat det förmånligaste anbudspriset är det inte rimligt att dess anbud förkastas p.g.a. att det utelämnat en uppgift om telefonnummer.

Regionen

Selfpoints anbud

Selfpoints referens 1

Kraven avseende referenser för bekräftelse av kapacitet är både tydligt utformade och proportionerliga. Av upphandlingsdokumenten framgår vilken omfattning den upphandlade tjänsten har och att behovet förväntas öka. Det går inte att missförstå att det uppdrag som efterfrågas omfattar ett stort antal licenser. Av kravet på referensuppdrag framgår att uppdraget ska vara av liknade art och det anges även särskilt förtydligt att kravet på referenser ska avse motsvarande tjänst. Det är också tydligt att referenserna ska kunna bekräfta uppgifter relaterade till uppdragets omfattning. De referenser som efterfrågas måste visa att anbudsgivaren har förmågan och kapaciteten att tillhandahålla en tjänst av samma typ och av motsvarande omfattning.

Det har betydelse hur många vårdgivare som ska knytas till systemet och hur stor eller liten verksamheten är. Det är självklart mer komplicerat att leverera ett system för digitala vårdmöten till en stor region än till en mindre vårdgivare. Uppdraget hos en region innebär t.ex. betydligt större behov av anpassningar än en aktör som har ett betydligt färre antal besök per år. Det måste för en normalt omsorgsfull anbudsgivare vara uppenbart att ett mindre uppdrag för en privat aktör med några få vårdgivare inte är ett sådant

motsvarande uppdrag som det som kommer att vara aktuellt för en region. Selfpoints uppdrag för Toolbox har endast omfattat två vårdgivare som på deltid arbetat med digitala vårdmöten och Toolbox har endast genomfört ett tiotal vårdkontakter per månad. Det kan därför inte missförstås att den tjänst som upphandlas väsentligen skiljer sig från referensuppdraget från Toolbox, oavsett om man beaktar vårdgivare eller licenser. Det framgår redan av upphandlingsdokumenten att det är anbudsgivarens förmåga och kapacitet att utföra uppdraget som ska bedömas, vilket uttryckligen inkluderar en bedömning av kapacitet och resurser i förhållande till uppdragets omfattning. Återigen kan det inte missuppfattas att det ställs betydligt större krav på kapacitet och resurser för leverans av digitala vårdmöten till en stor region än till en privat, mindre aktör, och att kravet på likvärdighet därmed inte är uppfyllt när ett uppdrag med ett mycket begränsat antal vårdgivare åberopas. Det saknas därför skäl att besluta om ett ingripande med stöd av LOU.

Ovidkommande hänsyn

Tilldelad anbudsgivare har inte getts otillbörliga konkurrensfördelar i något skede av upphandlingen, utan har bedömts på motsvarande sätt som Selfpoint avseende lämnade referenser. De uppgifter som regionen har behövt för att kunna bedöma likvärdigheten framgick dock direkt av det vinnande anbudet, till skillnad från i Selfpoints anbud. Regionen har därmed inte haft anledning att begära dessa uppgifter på annat sätt och inte heller haft anledning att ifrågasätta dem. Det finns inte någon grund för att förkasta vinnande anbud och inte heller för påståendet om bristande likabehandling. Vad gäller den utpekade personen så har han inte på något sätt haft del i anbudsprövningen. Detta har anbudsgivarna informerats om särskilt genom upplysningar om upphandlingsdokumenten i form av publicerade frågor och svar.

Officemanagements anbud

En av Officemanagements referenser saknar uppgift om telefonnummer trots att det tydligt anges i upphandlingsdokumenten att referenser ska innehålla

uppgift om bl.a. telefonnummer. Regionen har trots detta sökt kontakt med angiven referens på den av Officemanagement angivna e-postadressen. Aktuell kontaktperson har då svarat att denne inte kunde ställa upp som referens. Därefter skickade mejl med frågor om referensuppdraget har inte besvarats alls. Officemanagement har således inte under några omständigheter uppfyllt upphandlingsdokumentens krav i denna del.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta. Detta anges i 4 kap. 1–3 §§ LOU.

I 4 kap. 10 § LOU anges följande. En upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 16 kap. Myndigheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten, om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa enligt 6 § och de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1-5 §§. Vid en kontroll ska myndigheten tillämpa 15 kap.

Av 20 kap. 6 § första stycket 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 de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrättens bedömning

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Selfpoints ansökan

Ovidkommande hänsyn

Vad Selfpoint anför om otillbörligt gynnande av den vinnande anbudsgivaren dels p.g.a. av bristande kontroll av dess anbud, dels p.g.a. en viss persons relation till regionen är inte tillräckligt för att mot regionens bestående göra sannolikt att regionen brutit mot LOU i nämnda avseenden.

Selfpoints referens 1

Krav ”1.3.9 Referenser för att bekräfta kapacitet” är utformat enligt följande. Anbudsgivaren ska ha förmåga och kapacitet att genomföra aktuellt uppdrag. För att bekräfta kapaciteten ska anbudsgivaren lämna uppgift om minst två referenser vilka under de senaste tre åren har fått uppdrag av liknande/motsvarande/jämförbar art utförda av anbudsgivaren. Med detta avses att anbudsgivaren ska ha levererat motsvarande tjänst samt tillhandahållit motsvarande system som köparen i detta upphandlingsdokument krävställt. Köparen kan komma att kontakta referenserna för att förvissa sig om att anbudsgivaren har den tekniska förmåga och kapacitet som krävs för uppdragets genomförande. Förfrågan kan gälla bl.a. anbudsgivarens tekniska förmåga (omfattande bland annat utbildning och kompetens) och kapacitet eller resurser i förhållande till uppdragets omfattning. Intyg kan

komma att krävas in skriftligt och undertecknat av företrädare för uppdragsgivaren som har haft god insikt i anbudsgivarens kapacitet att fullgöra referensuppdraget. Anbudsgivaren måste kontrollera att angivna kontaktpersoner är aktuella, vidtalade och går att nå på angivna telefonnummer och e-postadresser. Köparen förbehåller sig rätten att söka egna referenter i syfte att bekräfta anbudsgivarens kapacitet att utföra uppdraget.

Den första frågan är om Selfpoints referens 1 är ett uppdrag av liknande/motsvarande/jämförbar art. Art är ett begrepp som normalt tar sikte på kvalitativa egenskaper medan omfattning är ett begrepp som normalt tar sikte på kvantitativa egenskaper. Mot bakgrund av vad som anförs i målet framgår inte annat än att Selfpoint i referensuppdraget har tillhandahållit motsvarande system och tjänst som efterfrågas. Referensen uppfyller alltså denna del av kravet.

Kravet är vidare utformat så att köparen kan kontakta referensen för att förvissa sig om att anbudsgivaren har den tekniska förmåga och kapacitet som krävs för uppdragets genomförande. Det anges att förfrågan kan gälla bl.a. anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet eller resurser i förhållande till uppdragets omfattning. Förvaltningsrätten anser med hänsyn till detta att det kan utläsas ett krav på att referensuppdragen ska ha en viss omfattning. Förvaltningsrätten anser att kravet avseende referenser är både proportionerligt och tillräckligt tydligt utformat.

Upphandlingsföremålets omfattning kan bl.a. utläsas ur följande delar av upphandlingsdokumenten. I ”1.1.5 Beskrivning av verksamheten” anges att regionens verksamhet i egen regi är organiserad i tio verksamhetsområden inklusive tre medicinska områden fördelade på tre sjukhus. De regiondrivna vårdcentralerna samlas under namnet Vårdcentralerna Bra Liv. Folktandvården innehåller allmäntandvård och specialisttandvård. Under rubriken ”1.1.8

Volym” anges att initialt kommer två verksamheter (Bra Liv och Ungdomsmottagningen) nyttja systemet, men köparen bedömer att intresset kommer växa under avtalstiden där fler verksamheter, både köparens egna verksamheter men även privata vårdgivare med avtal, samt kommunala verksamheter, kommer att nyttja systemet för digitala vårdmöten.

I kravspecifikationen punkt ”12. Ersättning och licensnivåer” beskrivs att köparen efterfrågar en regionlicens för samtliga användare inom så väl egen verksamhet som privata vårdgivare med avtal. Regionlicensen ska kunna ökas eller minskas vid behov. Köparen har initialt behov av 100 användarlicenser för vårdgivare och 20 licenser för vårdadministratör. Samtliga verksamheter, initiala som tillkommande, som kommer nyttja systemet ta sina användarlicenser ifrån regionlicensen. Detta innebär att om en verksamhet behöver fler licenser, eller om en ny verksamhet ska börja nyttja systemet, kommer köparen att utöka regionlicensen varifrån användarlicenser till verksamheten sedan tas.

Av ovanstående framgår att referensuppdraget behöver bekräfta att anbudsgivaren åtminstone ska ha kapacitet att tillhandahålla system och tjänst till de två verksamheterna vårdcentralerna Bra Liv och Ungdomsmottagningen och att det finns ett behov av 100 licenser för vårdgivare och 20 licenser för vårdadministratörer. Selfpoints uppdrag för Toolbox har endast omfattat två vårdgivare och Toolbox har genomfört ett tiotal vårdkontakter per månad. Förvaltningsrätten instämmer mot den bakgrunden i regionens bedömning att referensen inte uppfyller ställt krav. Selfpoint har inte förmått göra sannolikt att regionen genom att förkasta anbudet har avvikit från upphandlingsdokumentens föreskrifter eller brutit mot de krav som följer av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU. Selfpoints ansökan om överprövning ska därför avslås.

Officemanagements ansökan

Officemanagement har inte åberopat några omständigheter till stöd för sitt

påstående om att upphandlingen handlagts på ett sätt som otillbörligt gynnat den vinnande anbudsgivaren. Officemanagement kan därmed inte mot regionens bestridande anses ha gjort sannolikt att regionen brutit mot LOU i denna del. I övrigt framgår att regionen har gjort vad som ankommer på dem ifråga om att komma i kontakt med angiven referens. Officemanagement har därmed inte gjort sannolikt att regionen har brutit mot LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga (FR-05).

Sara Hanberger

Förvaltningsrättsfiskalen Sara Hanberger har avgjort målen. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



Hur man överklagar

FR-05

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

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 nyårs-afton, 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.

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

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.

