



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
 Enhet B

DOM
 2013-02-11
 Meddelad i
 Luleå

Mål nr
 2187-12E
 D2

SÖKANDE

Pitehälsan Aktiebolag, 556187-3455

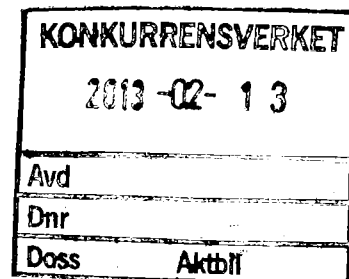
Ombud: Advokaten Torbjörn Borg
 Öberg & Heijne Advokatbyrå
 Kungsgatan 16, 3 tr
 632 20 Eskilstuna

MOTPART

Piteå kommun
 Ek-och inköpsavdelningen
 941 85 Piteå

SAKEN

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förklarar att Piteå kommuns upphandling av "Företagshälsovård 2012" ska göras om.

Dok.Id 36079

Postadress
 Box 849
 971 26 Luleå

Besöksadress
 Residensgatan 17

Telefon
 0920-29 54 90
E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
 0920-22 04 59

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Piteå kommun genomförde upphandling (öppet förfarande) av företagshälsovård 2012, ramavtal. Två anbud kom in. Enligt tilldelningsbeslut den 30 oktober 2012 tilldelades Sensia Företagshälsovård AB (Sensia) och Pitehälsan AB (Pitehälsan) kontraktet. Enligt beslutet ska 80 procent av behovet avropas från Sensia och 20 procent från Pitehälsan.

YRKANDEN OCH UTVECKLING AV TALAN

Pitehälsan

Pitehälsan AB har ansökt om överprövning och yrkat i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Pitehälsan ska tilldelas kontraktet och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Pitehälsan har anfört följande. I svarsbilagan till förfrågningsunderlaget anges under samtliga punkter SK 24 – SK 40 att beskrivningen av tjänsten måste innehålla metodik (vilken metod som kommer att används samt beräknad tidsåtgång). I sitt anbud redovisar Sensia ingen tidsåtgång avseende någon av de 17 positionerna i upphandlingen. Samma krav finns i förfrågningsunderlaget punkt 2.3. Eftersom det är fråga om ska-krav skulle anbudet rätteligen ha förkastats av kommunen. Det saknas möjlighet att bortse från eller tona ned ska-krav. Kommunens förfarande att inte förkasta anbudet strider mot bl.a. likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Kommunen har felaktigt och i strid med LOU ändrat villkoren för prisutvärderingen genom att inte ta med tjänsten telefonrådgivning. Att telefonrådgivning ska tas med i den totala kostnadsbilden för respektive anbud framgår av punkt 3.12 i förfrågningsunderlaget. Att den utelämnats redovisas öppet i beslutsunderlaget t.ex. "...Telefonrådgivningstjänster (Bas) är

exkluderade”, att ”...denna tjänst är baserad på antalet anställda och inte timmar, ingår den ej i sammanställningen ovan”.

Att bortse från den i förfrågningsunderlaget presenterade metoden för prisutvärdering genom att ändra villkoren strider mot bl.a. förutsebarhets- och öppenhetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Påståendet att prisbilden inte har påverkat utfallet av värderingen är grundlöst.

Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarnas anbud vara giltigt till och med den 30 september 2012. Anbudstiden har sedan förlängts till den 31 oktober 2012. Den 9 november 2012, när ansökan om överprövning gavs in, fanns inga giltiga anbud och kommunen kan därför inte avsluta upphandlingen genom att teckna kontrakt med Sensia utan att bryta mot 1 kap. 9 § LOU. Om så ändå sker har kommunen genomfört en otillåten direktupphandling.

Den avtalstid som kommunen angett i förfrågningsunderlaget är för lång, dvs. ett år längre än vad som anges i 5 kap. 3 § LOU. Den femåriga avtalstiden strider mot LOU. Pitehälsan riskerar att drabbas av skada genom att avtalet inte konkurrensutsätts inom de tidsfrister som anges i LOU.

Kommunen har dessutom avvikit från förfrågningsunderlagets absoluta villkor att ramavtal ska tecknas med en leverantör. I förfrågningsunderlaget anges i punkt 1.2 att kontraktstypen är ramavtal med en leverantör där alla villkor är fastställda. Trots det har kommunen beslutat att avtal ska tecknas med två anbudsgivare.

Även fördelningsnyckeln 80/20 är otillåten. Det strider mot LOU och unionsrätten att fördela uppdragen i förväg på det sätt som kommunen gjort och förfrågningsunderlaget brister i förutsebarhet och transparens.

Kommunen

Kommunen har motsatt sig bifall till ansökan och anfört följande. Vad gäller redovisning av metodik och beräknad tidsåtgång så anges i punkt 3.7 i förfrågningsunderlaget att "Om kraven inte uppfylls **kan** anbudet komma att förkastas". Dessutom är båda anbudsgivarnas svar angående beräknad tidsåtgång i svarsbilagan ofullständiga. Kvalificeringskraven kan sänkas om det inte motverkar en god och effektiv upphandling (Kammarrätten i Göteborgs dom den 5 mars 2009 i mål 305-09).

I prisbilagan anges antalet utvärderingstimmar per bastjänst och tilläggs-tjänst fördelade på specialisttjänster. Anbudsgivarna ska ange timpris per kategori. I bilagan framgår tydligt att underlaget kommer att användas i utvärderingen, se även punkt 3.12 "Grund för tilldelning av kontrakt" i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivarna har utan frågor eller förbehåll svarat på prisbilagan.

Att ta bort kostnaden för telefonrådgivning ur den totala kostnadssammansättningen förändrar inte utfallet av anbudsutvärderingen. Det framgår av bifogad anbudssammansättning.

Anbudsgivarna har gett sitt samtycke till att förlänga anbudstiden samt anbudens giltighet från den 30 september 2012 till och med den 31 oktober 2012. Tilldelningsbeskedet skickades ut den 31 oktober 2012.

Avtalets längd tar hänsyn till rådande konkurrensläge på orten och inom branschen. En ny leverantör som lämnar anbud och planerar nyetablering måste ha möjlighet att skriva av genomförda etableringskostnader. Ingen av anbudsgivarna har angett någon reservation angående avtalstidens längd i anbudet.

Det stämmer att kommunen avvikit från förfrågningsunderlagets absoluta villkor om att ramavtal endast ska tecknas med en leverantör. Hela uppdraget ska tilldelas Sensia.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Kontrakt med mer än en leverantör

I punkt 1.2 i förfrågningsunderlaget anges att kontraktstypen är ramavtal med en leverantör där alla villkor är fastställda.

Det är ostridigt i målet att kommunen trots detta antagit två anbud där 80 procent av uppdraget ska avropas från Sensia och 20 procent från Pitehälsan.

Att anta fler anbudsgivare än som angetts i förfrågningsunderlaget enligt en dittills okänd fördelningsnyckel står i strid med principen om tydlighet och förutsebarhet i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom det är Sensia som har högst totalpoäng i utvärderingen har dock förvaltningsrätten svårt att se på vilket sätt Pitehälsan har lidit eller kan komma att lida skada på grund av felet. Skäl för ingripande föreligger således inte på denna grund.

Utvärderingen av kriteriet kostnad

I punkt 3.12 i förfrågningsunderlaget anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas utifrån tre kriterier, bl.a. kostnad. Avseende kostnad anges att den totala kostnadsbilden för respektive anbud med utgångspunkt från uppgifter som lämnats i anbudet kommer att bedömas. Vidare hänvisas till tre prisbilagor, bl.a. prisbilaga, del 2 Telefonrådgivning, dygnet runt.

Av anbudssammanställningen framgår att kommunen inte har tagit med telefonrådgivningen vid utvärderingen av kostnad trots att punkt 3.12 i förfrågningsunderlaget anger att den ska vara med.

Att genomföra utvärderingen på ett sätt som inte överensstämmer med vad som anges i förfrågningsunderlaget står i strid med bl.a. principen om förutsebarhet i 1 kap. 9 § LOU. Kommunen har följaktligen brutit mot nämnda bestämmelse. Att det i prisbilagan anges att priset för telefonrådgivningstjänster ska lämnas per anställd och inte per timme ändrar inte förvaltningsrättens uppfattning, eftersom även prisbilagan kan ge intryck av att det är den totala summan för BAS-tjänster (inklusive summan för telefonrådgivningstjänster) som har betydelse vid utvärderingen.

Vad gäller frågan om Pitehälsan lidit skada på grund av felet så har kommunen hävdat att åtgärden att undanta telefonrådgivning vid utvärderingen inte ändrat utfallet och hänvisat till anbudssammanställningen.

I anbudssammanställningen har kommunen angett följande. ”I kriteriet Kostnad har BAS-tjänsten telefonrådgivning (Del 2) exkluderats eftersom basen för fördelning är antal anställda och inte timmar som för övriga tjänster. Denna åtgärd förändrar inte utfallet av anbudsutvärderingen. Observera att anbudet från Pitehälsan totalt sett är minst 1 015 000 kr högre än Sensias, varför skalvärdet för kriteriet kostnad hos Pitehälsan rätteligen borde vara betydligt lägre än angivna 9,5”.

Pitehälsan har i och för sig gjort gällande att utfallet påverkats, dock utan att närmare gå in på hur Pitehälsan skulle kunna erhålla mer än 9,5 prispoäng i denna del av utvärderingen. Mot kommunens bestridande finner därför förvaltningsrätten inte visat att utfallet har påverkats till nackdel för Pitehälsan. Någon skada föreligger således inte på grund av felet (jämför

Kammarrätten i Sundsvalls dom den 23 december 2010 i mål nr 2579-10).
Skäl för ingripande föreligger följaktligen inte.

Anbudens giltighetstid

I förfrågningsunderlaget punkt 3.4 anges att anbudsgivarnas anbud ska vara giltigt till och med den 30 september 2012. Enligt vad som framkommit i målet har båda anbudens giltighetstid därefter förlängts från och med den 30 september – 31 oktober 2012, dvs. till och med samma dag som besked om tilldelning skickats till anbudsgivarna. Såvitt framkommit har anbudens giltighetstid inte förlängts efter detta.

Förvaltningsrätten anser dock att det förhållandet att giltighetstiden för anbudet gått ut efter beslutet om tilldelning inte ensamt utgör en omständighet som innebär att upphandlingen måste göras om (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 mars 2009 i mål nr 3521-08 samt den 28 oktober 2010 i mål nr 1798-10). Skäl för ingripande föreligger inte av denna anledning.

Kravet på beskrivning av beräknad tidsåtgång

I punkt 2.3 i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare ska besvara underlaget genom att göra en beskrivning för varje tjänst innehållande bl.a. ”metodik, vilken metod kommer att användas samt beräknad tidsåtgång för resultat”.

I svarsbilagan anges även att anbudsgivarna ska beskriva tjänsten enligt en viss uppställning bl.a. ”C. Metodik (vilken metod kommer att användas samt beräknad tidsåtgång)”. Under uppställningen anges att anbudsgivaren ska beskriva på vilket sätt detta uppfylls.

Att beskriva beräknad tidsåtgång har således utgjort ett ska-krav i upphandlingen.

Det är ostridigt att Sensia inte har angett beräknad tidsåtgång i sitt anbud. Ska-kravet är således inte uppfyllt. Även om kommunen angett i förfrågningsunderlaget att anbud som inte uppfyller kraven "kan" förkastas står det inte kommunen fritt att välja om de ska förkastas eller ej. Att inte förkasta anbud som inte uppfyller ska-kraven står nämligen i strid med lika-behandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Genom att inte förkasta Sensia anbud har kommunen således brutit mot nämnda bestämmelse.

Kommunen har i och för sig hävdatt att inte bara Sensias utan även Pitehälsans anbud är ofullständigt i aktuellt avseende. Kommunen har dock inte närmare specificerat på vilket sätt Pitehälsans anbud brister. Av det som kommunen har anfört kan man inte dra slutsatsen att Pitehälsans anbud inte uppfyller kravet. Pitehälsan får således anses ha lidit skada på grund av att Sensias anbud inte förkastats. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed.

Tillåten ramavtalstid

I punkt 1.3 i förfrågningsunderlaget anges att avtal kommer att gälla för perioden den 1 januari 2013 till den 31 december 2015, med rätt för kommunen att förlänga avtalet i högst 24 månader med 12 månader i taget.

Ett ramavtal får enligt 5 kap. 3 § LOU löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl eller, som det uttrycks i det bakomliggande direktivet, i vederbörligen styrkta undantagsfall särskilt genom föremålet för ramavtalet (artikel 32.2). Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att särskilda skäl föreligger.

Som skäl för en längre löptid än fyra år har kommunen angett uppdragets komplexitet, art, rådande konkurrensläge på orten och inom branschen samt att en ny leverantör som lämnar anbud och planerar nyetablering måste ha möjlighet att skriva av genomförda etableringskostnader.

Det som kommunen har anfört skulle möjligen kunna utgöra särskilda skäl i lagens mening. Kommunen har dock inte närmare utvecklat de skäl som anförts. I brist på en mer ingående beskrivning anser förvaltningsrätten inte visat att särskilda skäl enligt 5 kap. 3 § LOU föreligger i aktuellt fall. Kommunen har således brutit mot 5 kap. 3 § LOU.

Pitehälsan får anses ha lidit eller riskerat lida skada på grund av felet. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således.

Eftersom i vart fall ett av felen är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet är det inte tillräckligt med rättelse utan upphandlingen måste göras om.

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


Eva Beselin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.