

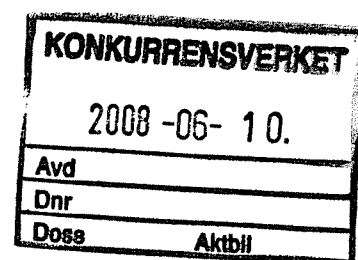

**SÖKANDE**

 AB Previa, 556235-1907  
Box 4080  
171 04 Solna

 Ombud: advokaten Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. Jenny Liljesson  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**MOTPART**

 Uppvidinge kommun  
Box 59  
360 70 Åseda

 Ombud: upphandlingschefen David Braic  
Växjö kommun  
Upphandlingsenheten  
Box 1222  
351 12 Växjö

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

Uppvidinge kommun (kommunen) har inbjudit leverantörer att lämna anbud avseende upphandling av företagshälsovård och angett att upphandlingen skulle ske som en förenklad upphandling samt att anbud kunde komma att antas utan föregående förhandling. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle antas. Vid anbudstidens utgång hade anbud inkommit från två anbudsgivare, AB Previa (Previa) och Växjö Hälsoforum AB (Hälsoforum). Kommunen beslutade efter omprövning den 20 februari 2008 att anta det anbud som Hälsoforum lämnat.

Länsrätten har den 29 februari 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att länsrätten beslutar något annat.

Dok.Id 28857

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42	Kungsgatan 8	0470-868 00	0470-869 50	måndag – fredag
351 03 Växjö		E-post: lansrattenikronoberg@dom.se		09:00-12:00
				13:00-15:00

Previa ansöker om överprövning och yrkar i första hand att länsrätten skall besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts i form av en ny utvärdering av anbudet, varvid anbudet från Hälsoforum förkastas eftersom det inte uppfyller samtliga skall-krav. I andra hand yrkar Previa att länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om. Previa anför bland annat följande. Kommunen har brutit mot huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och mot den däri inrymda principen om likabehandling genom att anta anbudet från Hälsoforum trots att detta bolag inte uppfyller kravet på relevanta referenser och inte heller uppfyller skall-kravet på hur referenser skall anges samt genom att kommunen vid utvärderingen av kriteriet service värderat Hälsoforums anbud trots att det inte inkluderas i de priser som offererats. I kravspecifikationen anges under punkten 1.5 att anbudsgivarna skall ange minst tre relevanta referenser. Uttrycket ”relevanta referenser” kan inte förstås på något annat sätt än att anbudsgivarna skall uppge referenser för tjänster som motsvarar det som upphandlas i fråga om omfattning. Det står en upphandlande enhet fritt att kräva att anbudsgivare skall ha en viss kapacitet för att utföra ett uppdrag och att denna kapacitet skall kunna styrkas med t.ex. relevanta referensuppdrag utan att detta uppfattas som konkurrensbegränsande. En upphandlande enhet måste kunna försäkra sig om att anbudsgivare som tilldelas kontraktet har kapacitet att utföra tjänsterna. Hälsoforums referenser är inte relevanta eftersom dessa referenser inte motsvarar företagshälsovården i Uppvidinge kommun i storlek eller omfattning. Inom Uppvidinge kommun arbetar ca 930 personer jämte timanställd personal. Arbetsplatserna är geografiskt spridda inom kommunen och tre av kommunens förvaltningar är placerade i Åseda och en i Lenhovda. Hälsoforum har i sitt anbud under punkten 4 angett bl.a. tre företag, däribland Volvo, som är medlemmar i Föreningen Växjöhälsan som äger Hälsoforum till 100 procent. Vidare är en uppgiven referensperson styrelseledamot i Hälsoforum. Indirekt får dessa referenser effekten av att Hälsoforum avger omdöme på sitt eget arbete vilket innebär att referensen Volvo skall bortses från helt och hållet. Detta innebär att information

om detta uppdrag inte kan beaktas vid utvärderingen. Av samma skäl får inte heller information om att Hälsoforum har utfört uppdrag åt ca 200 företag beaktas vid utvärderingen. I punkten 1.5 i kravspecifikationen anges vidare att anbudsgivarna beträffande referenser skall uppge namn, telefonnummer, e-postadress samt organisationstillhörighet. Hälsoforum har i sitt anbud endast uppgett namn, telefonnummer och organisationstillhörighet, inte referensernas e-postadresser. För tre referenser – Brandförsvaret i Växjö, Polishögskolan och Arabo familjebehandling – är varken namn, telefonnummer eller e-post angivet. Kommunen borde därmed ha förkastat Hälsoforums anbud. Det är viktigt att den upphandlande enheten vinnlägger sig om att upprätthålla likabehandlingsprincipen när referenser inhämtas. Referenser som inhämtas muntligen är sannolikt mer benägna att ge ett bättre omdöme än om referenser anges i skrift. Kommunen har inhämtat uppgifter från referenterna muntligen och det finns därför risk för att subjektiva tolkningar har ökat. Kommunens referenstagning är inte förenlig med kravet på transparens. Det framgår inte om det är samma person som kontaktat samtliga referenser för samtliga anbudsgivare. Tjänsteanteckningarna är mycket kortfattade och det kan inte uteslutas att kommunen har haft möjlighet att ta ovidkommande hänsyn vid referenstagningen. Vidare har kommunen haft möjlighet att stryka frågor ur referenstagningen efter eget skön med hänvisning till att dessa enligt kommunen framgår på andra ställen i utvärderingen. Previa åberopar härvid Länsrättens i Göteborg dom den 25 januari 2008 (mål nr 9181-07E). – Av Hälsoforums anbud framgår att Hälsoforums erbjudande beträffande tillgänglighet vid kris inte inkluderas i de priser som offererats eftersom det i anbudet anges att ”dessa ev. insatser ligger utanför anbudet”. Detta har kommunen bedömt inom ramen för kriteriet service och tilldelat Hälsoforum högre poäng än Previa. I Previas anbud är alla erbjudna insatser inkluderade i de offererade priserna. Hälsoforums anbud kan i praktiken komma att bli betydligt dyrare än vad som anges i anbudet eftersom kommunen inte kan uppskatta hur mycket ökad tillgänglighet vid allvarlig krissituation kan komma att kosta. Previa borde i denna del ha tillde-

lats högre poäng än Hälsoforum för kriteriet service, alternativt tilldelats högre poäng för kriteriet pris då Previas anbud i praktiken är det billigaste anbudet. – I förfrågningsunderlaget anges under punkten 3.3 att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas med hänsyn till kriterierna kvalitet (55 procent) och pris (45 procent). Enligt förfrågningsunderlaget skall underkriteriet service bedömas utifrån punkterna 1.5.4 och 1.7.1 – 1.7.2. Under punkten 1.5.4 ställs fem frågor till referenterna och varje enskilt jakande svar kan ge fem poäng. Enligt punkten 1.7.1 skall anbudsgivarna ange hur snabbt anbudsgivaren kan utföra akuta insatser och enligt punkten 1.7.2 bör besked om när ett uppdrag kan genomföras ske inom fyra timmar. I punkten 3.3.1 anges att poängen från vardera referensen skall summeras. Punkterna 1.7.1 – 1.7.2 är inte frågor som ställs till referenser utan är frågor som anbudsgivarna själva skall besvara. I förfrågningsunderlaget anges inte att vid utvärderingen av underkriteriet service punkten 1.5.4. skall väga tyngre än punkterna 1.7.1 – 1.7.2. En anbudsgivare kan inte enbart genom att läsa förfrågningsunderlaget förstå att så skall ske. Vid telefonsamtal med ansvarig upphandlare uppgav denne att referenserna (inom underkriteriet service) vid utvärderingen hade en vikt om 5/7 och att punkterna 1.7.1 – 1.7.2 hade en vikt om 1/7 vardera. Previas uppfattning är att så som kravspecifikationen är skriven skall punkterna ha samma vikt, dvs. 1/3 vardera. Förfrågningsunderlaget är således otydligt och behäftat med brister. Om en anbudsgivare inte av förfrågningsunderlaget kan utläsa hur anbudet kommer att utvärderas, är kraven på förutsebarhet och transparens inte uppfyllda. Vidare har kommunen angett att för det fall man har egen erfarenhet av anbudsgivarnas tjänster, skall denna interna referens läggas till bedömningen. Detta innebär stora osäkerheter för anbudsgivare, som inte på förhand kunnat förutse hur deras anbud skall komma att utvärderas. Kommunen har i praktiken förbehållit sig fri prövningsrätt. Previa har till följd av kommunens överträdelse av LOU lidit skada. Skäl för ingripande i enlighet med Previas yrkanden föreligger därför.

Kommunen motsätter sig bifall till överprövningen och anför bland annat följande. Med relevanta referenser har kommunen avsett företag eller organisationer åt vilka anbudsgivarna tidigare har utfört företagshälsovårdstjänster. Kommunen har inte ställt några krav på att anbudsgivaren skall ha utfört tjänster åt ett företag eller organisation av liknande storlek som Uppvidinge kommun eller att anbudsgivaren skall ha utfört tjänster i den omfattning som efterfrågas av kommunen. Sådana skall-krav kan vara direkt konkurrensbegränsande och utestänga mindre eller nya företag från att lämna anbud. Det kan konstateras att Hälsoforum tillhandahåller företagshälsovårdstjänster åt ca 200 företag, däribland Volvo Construction Equipment AB som har ca 900 anställda. Även vid den kompletterande referenstagningen fick Hälsoforum högre poäng än Previa. Vid kvalificeringen av anbudsgivarna är det således visat att Hälsoforum har både kapacitet och förmåga att fullgöra uppdraget. I förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivare skall ange minst tre relevanta referenser med angivande av namn, telefonnummer, e-postadress samt organisationstillhörighet, vilket syftar till att underlätta kontakten med de angivna referenterna. Även om någon uppgift utelämnats anser kommunen att Hälsoforum lämnat tillräckliga uppgifter för att syftet har uppnåtts. Samtliga referenter har kontaktats per telefon och fått samma frågor i enlighet med förfrågningsunderlaget. Risken för olika svar och tolkningar har därmed minimerats. Det som kommunen angett i punkten 1.7.1 i förfrågningsunderlaget är inget skall-krav utan endast en upplysning till anbudsgivarna. Med kort varsel avses insatser som kan genomföras inom ett dygn. På denna punkt har båda anbudsgivarna svarat jakande och tilldelats samma poäng. Båda anbudsgivarna kan tillhandhålla dels de tjänster som ingår i grundpaketet, dels de efterfrågade tilläggstjänsterna där viss krishantering ingår. Det är bara omfattningen av och priset för innehållet i grundpaketet och tilläggstjänsterna som fått läggas till grund för utvärderingen av anbuden (jfr. punkterna 2.1 och 2.2 i kravspecifikationen och punkten 3.3.2 i förfrågningsunderlaget). Att i utvärderingen beakta andra tjänster än de som efterfrågats, t.ex. jourverksamhet i form av debrie-

ning eller krisberedskap, skulle ha inneburit avsteg från likabehandlingsprincipen. Kommunen medger att förfrågningsunderlaget samt utvärderingen är behäftade med mindre brister. Kommunen anser dock att bristerna inte varit av sådan omfattning att kravet på affärsmässighet har åsidosatts. Kommunen har inte beaktat egen erfarenhet av anbudsgivare i bedömningen. Punkterna 1.5.4 och 1.7.1 – 1.7.2 i kravspecifikationen har legat till grund för utvärdering av kriteriet service. Av punkten 3.3 i förfrågningsunderlaget framgår att svarspoängen från punkterna 1.5.4 och 1.7.1 – 1.7.2 summeras och divideras med antalet omdömen. I detta fall utgörs antalet omdömen av de sammanlagt sju referensfrågorna i punkterna 1.5.4 och 1.7.1 – 1.7.2. Utvärdering har därmed skett i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget.

#### DOMSKÄL

Den aktuella upphandlingen sker som förenklad upphandling enligt bestämmelserna i 6 kap. LOU. Därvid gäller även 1 kap. 1-6 §§ i lagen.

Enligt 1 kap. 4 § LOU gäller som huvudregel att upphandling skall göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

För 6 kap. LOU gäller EG:s grundläggande regler i Romfördraget, bland annat grundprinciperna avseende likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet (transparens), förutsebarhet och proportionalitet.

Vid prövning av anbud gäller enligt 6 kap. 12 § LOU att en upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter, såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Enligt 7 kap. 2 § LOU skall länsrätten, om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Skall-krav i förfrågningsunderlaget inför en offentlig upphandling får uppställas under förutsättning att kravet är relevant för den aktuella upphandlingen och dess tillämpning i enskilda fallet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eller LOU.

Anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav i en anbudsinbjudan skall i princip uteslutas från anbudsutvärderingen. För åtgärd enligt 7 kap LOU bör emellertid krävas att fråga är om klara avvikelser från skall-kraven. Om anbudet eller förfrågningsunderlaget i ett visst avseende kan uppfattas på olika sätt bör den upphandlande enheten, som är den som ställt upp kraven, ha tolkningsföreträde inom ramen för de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten.

Av punkten 1.5 i kravspecifikationen till förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren skall ange minst tre relevanta referenser för uppdraget med namn, telefonnummer, e-postadress samt organisationstillhörighet.

Previa har gjort gällande att relevanta referenser inte kan förstås på något annat sätt än att anbudsgivarna skall uppge referenser för tjänster som motsvarar det som nu upphandlas i omfattning. I förfrågningsunderlaget eller kravspecifikationen har emellertid inte uppställts några direkta krav på att anbudsgivarna tidigare skall ha utfört tjänster i den omfattning som efterfrågas. Den tolkning som Previa gett uttryck för skulle kunna strida mot proportionalitetsprincipen och även medföra att kretsen av dem som får delta i upphandlingen begränsats i onödan. Under alla förhållanden föreligger enligt länsrättens mening inte tillräckliga skäl att frånga kommunens uppfattning att man med skall-kravet relevanta referenser avsett företag eller organisationer åt vilka anbudsgivarna utfört företagshälsovårdstjänster utan specifika krav på viss storlek eller omsättning. En sådan tolkning kan inte anses strida mot likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet i 1 kap 4 § LOU.

Hälsoforum har i sitt anbud angett totalt 15 referenser, varav tio avsett offentlig verksamhet. Man har därvid endast uppgett namn, telefonnummer och organisationstillhörighet och således inte referenternas e-postadress. Vad gäller tre referenser från offentlig verksamhet har man inte lämnat några uppgifter över huvudtaget i nu angivet hänseende. Syftet med att begära in uppgifterna torde i det här fallet enbart ha varit att underlätta kontakten med angivna referenter. Det har i huvudsak varit fråga om uppgifter som varit allmänt kända. Hälsoforum kan således inte i något väsentligt hänseende anses ha underlåtit att lämna begärda uppgifter. Skäl att förkasta Hälsoforums anbud föreligger inte heller på denna grund.

LOU, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag skall vara utformat eller hur en utvärderingsmodell skall vara konstruerad utöver vad som kommer till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap 4 § och 6 kap 12 § LOU. Av EG-domstolens praxis framgår att tilldelningskriterierna skall vara formulerade på ett sådant sätt



att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt samt att dessa kriterier, vid prövningen av anbudena, skall tillämpas objektivt och enhetligt på samtliga anbudsgivare. Regeringsrätten har i avgörandet RÅ 2002 ref. 50 funnit att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bör upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Referenser som utvärderingskriterium är vanligt förekommande och utgör ett naturligt led i en upphandling. Utvärderingskriteriet har i det här fallet relativt hög prioritet och har således tillmätts stor betydelse vid utvärderingen. Det är därför särskilt angeläget att referenserna inhämtas på ett sådant sätt att utrymmet för subjektiva tolkningar så långt möjligt begränsas. Kommunen har i det här fallet muntligen inhämtat åberopade referenser. Några svårigheter eller egentliga olägenheter att inhämta skriftliga referenser torde knappast ha förelegat. Kommunen har som underlag för inhämtade referenser gett in en sammanställning med kortfattade kommentarer. Något protokoll eller mer utförliga tjänsteanteckningar har inte företetts. Det innebär att det i efterhand inte är möjligt att närmare kontrollera hur de olika referenstagningarna har genomförts. Utrymmet för subjektiva tolkningar och möjligheten att ta ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av anbudena har härigenom ökat. Ett sådant förfarande strider mot principen om öppenhet och kravet på affärsmässighet i 1 kap 4 § LOU.

Kommunen har under punkten 3.3.1 i förfrågningsunderlaget beträffande utvärderingskriterierna kompetens och erfarenhet samt service angett, att om man har en egen erfarenhet av anbudsgivarens tjänster de senaste tre åren kommer denna interna referens att läggas till bedömningen. I punkten 1.5 i kravspecifikationen anges endast att kommunen kan komma att ta hänsyn till egna referenser vid utvärderingen av erfarenhet. Det framgår inte närmare på vilket sätt bedömningen skall ske eller vilken typ av erfarenhet som avses. Det framstår även som oklart vilken betydelse en sådan bedöm-

ning kan komma att få vid en utvärdering av anbuden. Kommunen har härigenom i praktiken inom vissa ramar förbehållit sig fri prövningsrätt. Förfarande strider mot principerna om öppenhet och förutsebarhet och således även i detta hänseende mot kravet på affärsmässighet i 1 kap 4 § LOU.

Länsrätten finner att kommunen på grund av ovan redovisade brister får anses ha genomfört upphandlingen på sådant sätt att Previa lidit eller kan komma att lida skada. Bristerna är av sådan art och omfattning att upphandlingen skall göras om.

Förfrågningsunderlaget och utvärderingen är även i vissa andra hänseenden behäftade med brister. Med hänsyn till länsrättens ställningstagande ovan föreligger inte skäl att närmare pröva om dessa brister varit av sådan omfattning att kravet på affärsmässighet åsidosatts.

#### DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen skall göras om.

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

  
Bengt Lindh



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Jönköping.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla**

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.