



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2012-03-30
Meddelad i
Umeå

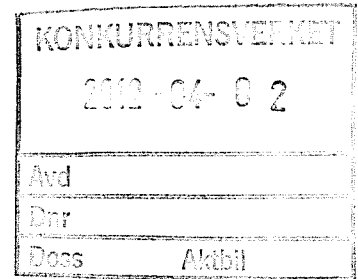
Mål nr
2283-11 E
Kansli 2

SÖKANDE

Tenton HB, 916476-9193
Älgvägen 3
903 45 Umeå

MOTPART

Umeå universitet
901 87 Umeå



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om såvitt avser den del av upphandlingen som rör Umeå tätort.

Dok.Id 20889

Postadress
Box 193
901 05 Umeå

Besöksadress
Nygatan 45
(Tingshuset)

Telefon
090-17 74 00
E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se

Telefax
090-13 75 88

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Umeå universitet (UmU) upphandlar motionstjänster till anställda vilka är ca 4 000 personer (dnr 241-2359-11). Enligt Kravspecifikation i det ursprungliga förfrågningsunderlagets, punkten 2. Kvalificeringskrav, ska anläggningen/-arna ha ett brett utbud av olika aktiviteter och tjänster och ska innefatta följande former av träning för Umeå tätort:

2.1. Gruppträning

- Kampsportinspirerande pass
- Aerobic/ step/ danspass (olika nivåer)
- Body & Mind
- Muskel/ Styrkepass
- Gympapass (olika nivåer)
- Cykelpass (olika nivåer)
- Aquapass (olika nivåer)

2.2. Individuell träning

A. Simhall

Anläggningen/arna ska innehålla minst en till två bassänger i simhallen.

B. Styrketräning & kondition

Anläggningen ska tillhandahålla en styrketräningslokal och konditionsdel.

2.3. Boll och racketaktiviteter

- Basket
- Fotboll (five-a-side)
- Innebandy
- Volleyboll
- Badminton
- Bordtennis
- Squasch

Kraven för respektive delmoment specificeras närmare i förfrågningsunderlaget. – Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Tenton HB (Tenton) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

UmU bestrider bifall till Tentons ansökan.

Genom interimistiskt beslut den 2 december 2011 har förvaltningsrätten förordnat att UmU inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Tenton anför bl.a. följande i begäran om överprövning

Med hänsyn till utformningen av förfrågningsunderlaget återstår endast en möjlig leverantör, nämligen IKSU. Enligt information som erhållits från insatta personer inom UmU har upphandlingen av motionstjänster diskuterats med personal på IKSU under de senaste sex månaderna. Genom detta har inte principen om likabehandling uppfyllts. Detta torde också med all önskvärd tydlighet framgå av förfrågningsunderlaget. Samma förfarings-sätt var enligt UmU:s egen personal även fallet vid den föregående upphandlingen.

Enligt proportionalitetsprincipen måste krav på leverantören och krav i kravspecifikationen ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. De nuvarande formuleringarna i förfrågningsunderlaget uppfyller inte detta, bl.a. genom att kräva att leverantörer ska kunna leverera squash. Härigenom omöjliggörs för alla gymföretag, förutom IKSU, att lämna anbud eftersom endast IKSU har en squashbana.

Om man går igenom kravspecifikationen och jämför den med utbudet på IKSU finner man en slående likhet mellan dem och det kan också nämnas att det i kravspecifikationen inte anges en enda sportgren eller verksamhet som inte IKSU har.

I svar anför UmU bl.a. följande.

Det medges att förfrågningsunderlaget har varit behäftat med vissa brister. Dessa har åtgärdats i form av revidering av kravspecifikationen. Vad gäller gruppträning i p 2.1 anges numer att sex i stället för sju former ska erbjudas av den leverantör som antas för området Umeå tätort (gruppträningsspass Body & Mind har utgått). Vad gäller p. 2.3 anges nu att minst tre av sex boll- och racketverksamheter ska erbjudas, där squash utgått.

Upphandlingen av motionstjänster genomförs mot bakgrund av ett mångårigt friskvårdsarbete. Nuvarande motionskortsavtal utgör en väsentlig del av detta friskvårdsarbete. Motionskortsavtalet har visat sig vara mycket framgångsrikt för UmU och dess anställda. Antal motionskort för åren 2010 och 2011 har varit stort och uppgår till omkring 1 800 stycken. UmU:s anställda har rätt att ägna sig åt friskvård en timme per vecka på betald arbetstid och möjligheter till träning i närheten av arbetsplatsen – vilket innebär Umeå tätort – är fortsättningsvis betydelsefullt för UmU:s friskvårdsarbete.

Tenton ifrågasätter att UmU:s krav motsvarar det verkliga behovet av motionstjänster och anför att behovet kan tillgodoses med mindre ingripande krav på leverantörerna. I en upphandling av motionstjänster kan UmU omöjlig tillgodose alla anställdas önskemål om utbud av friskvårdsaktiviteter. Dock tillgodoser det utbud som krävs enligt förfrågningsunderlaget det behov av friskvård som den största delen av personalen har utgående från sina förutsättningar. Många anställda önskar bedriva träning i grupp

och många kan på grund av funktionsnedsättningar endast ägna sig åt träning i vatten. UmU ser också stora fördelar med att erbjuda möjlighet till lagsporter, vilka förutom att vara populära träningsformer främjar sammanhållning på arbetsplatsen. UmU:s behov av motionstjänster och önskad utformning av dessa tjänster vilar således dels på UmU:s friskvårdsarbete och syftet med/erfarenheterna av detta arbete samt på synpunkter från referenspersonerna och arbetstagarorganisationerna.

UmU har valt att i denna upphandling medge delat anbud och anta anbudsgivare på vissa orter utanför Umeå tätort. Detta möjliggör för anställda bosatta utanför Umeå tätort att få tillgång till friskvård i närheten av bostaden och kommer således att möjliggöra för fler än en leverantör att komma ifråga för motionskortsavtal med UmU. Med tanke på att mindre orter har ett mycket begränsat antal leverantörer av motionstjänster är det en nödvändighet att i dessa fall minska de krav som uppställts på utbud av motionstjänster. Detta innebär inte att kraven på tjänsternas utformning skulle vara osakligt grundade eller stå i strid mot lag eller de gemenskapsrättsliga principerna.

För att anställda ska kunna nyttja friskvårdstimmen i hög utsträckning och syftet med upphandlingen kunna uppfyllas bör friskvårdsanläggningen vara belägen i närheten av UmU, vilket också allmänt anges i kravspecifikationen. UmU betonar att förfrågningsunderlaget inte ger uttryck för annat än att leverantörer inom *hela* Umeå tätort måste anses ligga på ett godtagbart avstånd från campusområdet för att komma i fråga för att antas som leverantör inom tätorten. Avstånd inom Umeå tätort i förhållande till campusområdet kommer i enlighet med förfrågningsunderlaget således inte på något sätt att beaktas inom ramen för utvärderingen av anbudet.

UmU har självklart kontakt med den nuvarande leverantören IKSU inom ramen för nu gällande motionskortsavtal men i övrigt har det inte förts diskussioner med dem.

De krav som uppställts är sakliga och inte godtyckliga och utgör en nödvändighet för att uppnå målsättningen med upphandlingen – en förbättrad hälsa hos UmU:s anställda. Kraven är tydliga och lika för alla anbudsgivare inom alla de områden där helt eller delat anbud medges och diskriminerar således inte någon anbudsgivare. Tenton har därmed inte visat på omständigheter som ger skäl för ingripande enligt LOU.

Tenton anför härafter bl.a. följande.

I förfrågningsunderlagets Kravspecifikation kvarstår skall-krav under punkten 2. Kvalificeringskrav att anläggningen/arna **skall** ha ett brett utbud av olika aktiviteter och tjänster och **skall** innefatta följande former för träning: Gruppträning, Individuell träning A) Simhall, B) Styrketräning & kondition och Boll & racketaktiviteter.

Den enda friskvårdsleverantör som kan uppfylla kraven att anläggningen kan erbjuda alla dessa former av träning är naturligtvis IKSU sport. Inte ens IKSU spa kan uppfylla dessa krav. UmU har i sin iver att omöjliggöra att lämna anbud för andra friskvårdsleverantörer än IKSU till och med omöjliggjort för den ena av IKSU:s anläggningar att vara med. De utvärderingskriterier som kommer att vara avgörande för om en leverantör ska ha möjlighet att bli friskvårdsleverantör till UmU är fortfarande av sådan omfattning, de har ej ändrats från tidigare förfrågningsunderlag, att endast IKSU kan komma ifråga. Det synes uppenbart att dessa kriterier är direkt plankade från det som IKSU erbjuder.

Även efter revidering återstår tillräckligt många skall-krav och diskriminerande utvärderingskriterier för att inte någon annan leverantör än IKSU kan komma ifråga.

UmU anför härafter bl.a. följande.

En ytterligare revidering av förfrågningsunderlaget har gjorts.

Vad beträffar kvalificeringskravet på minst en bassäng i anläggningens simhall (p. 2.2 i Kravspecifikationen) konstateras att det inte finns några hinder för en anbudsgivare att anlita underleverantörer, så länge detta görs efter UmU:s medgivande enligt vad som framgår av p. 3 i de kommersiella villkoren. Det är således fullt möjligt för en anbudsgivare som saknar egen bassäng/simhall att antas som leverantör av motionstjänster förutsatt att underleverantör av denna deljänst finns.

Tenton anför härafter bl.a. följande.

Enligt Kravspecifikationen ska anläggningen/arna innefatta bl.a. simhall och boll & racketaktiviteter. Förfrågningsunderlaget har flera formuleringar som ger vid handen att allt ska finnas i den anläggning som ska få leverera friskvård till UmU. Eftersom endast IKSU kan leverera en anläggning med det begärda utbudet diskrimineras alla andra aktörer i Umeå. Om UmU anser att det räcker att leverantören kan erbjuda dessa tjänster på olika friskvårdsanläggningar borde det ha formulerats på annat sätt i förfrågningsunderlaget.

UmU anger att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. Den i Administrativa föreskrifter, p. 15.3 Utvärdering, angivna viktningen är 30 procent för Pris och 70 procent för övriga utvärderingskriterier. Med hänsyn till de omfattande skall-kraven känns denna viktning

konstig och innebär att UmU kan göra som man vill när leverantör ska väljas. En mer normal viktning torde vara 70 procent för Pris och 30 procent för övriga kriterier.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. (1 kap. 9 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. (16 kap. 5 § LOU)

DOMSKÄL

Eftersom det ursprungliga förfrågningsunderlaget har justerats prövar förvaltningsrätten i det följande Tentons invändningar mot det justerade underlaget.

Tenton ifrågasätter utformningen av förfrågningsunderlaget, i huvudsak att det uppställts så ingripande och oproportionerliga skall-krav att endast en leverantör, IKSU, kan uppfylla dem. Vidare menar Tenton att UmU anpassat sitt förfrågningsunderlag till den befintliga leverantören av motions-tjänster, IKSU och att förfrågningsunderlaget innehåller diskriminerande utvärderingskriterier.

Den upphandlande myndigheten har att identifiera sina behov och utifrån detta har myndigheten stor frihet att välja vilka krav som ska ställas på det som upphandlas och utforma förfrågningsunderlaget därefter. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna som ligger till grund för lagstiftningen. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantörer än vad som är nödvändigt och ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Med hänsyn till hur punkten 2 Kvalificeringskrav i Kravspecifikationen formulerats finner förvaltningsrätten, i likhet med vad som anförts av Tenton, att förfrågningsunderlaget svårigen kan förstås på annat sätt än att anbudsgivare måste kunna erbjuda en anläggning som har såväl simhall som boll & racketaktiviteter. Av UmU:s anföranden framgår att det inte varit avsikten att anbudsgivaren inte skulle ha rätt att anlita underleverantörer för att uppfylla sina åtaganden enligt anbudet. Förfrågningsunderlagets ordalydelse måste dock vara avgörande för en potentiell anbudsgivare. Förvaltningsrätten finner inte anledning att ifrågasätta syftet med att kräva ett brett utbud med bl.a. simhall och möjlighet till bollsporter. Ytterst få leverantörer kan dock erbjuda en anläggning med ett sådant brett utbud. Merparten potentiella leverantörer har därmed helt uteslutits från att lämna anbud avseende den del av upphandlingen som rör Umeå tätort. Det eftersträvade syftet måste enligt förvaltningsrättens mening kunna uppnås med ett mindre ingripande alternativ som inte får sådana konkurrensbegränsande konsekvenser. Förvaltningsrätten gör mot denna bakgrund bedömningen att kravet är oproportionerligt och att det därmed strider mot LOU.

Utformningen av ovan angivna skall-krav medför att Tenton kan komma att lida skada. Det finns därför skäl för ingripande enligt LOU. Då den aktuella felaktigheten inte kan åtgärdas på annat sätt än genom ett nytt för-

frågningsunderlag måste upphandlingen göras om. Det är dock tillräckligt att upphandlingen görs om såvitt avser den del av upphandlingen som rör Umeå tätort.

Med hänsyn till att ansökan ska bifallas redan på ovan angiven grund saknas skäl att pröva Tentons övriga invändningar.

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


Karin Granholm
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.