



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2017-05-05
Meddelad i Göteborg



SÖKANDE

Bergus Medical AB, 559022-8168
Box 889
101 37 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen, 232100-0131

Ombud: Regionjurist Linda Stalfors
c/o Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Västra Götalandsregionens upphandling *Beredskapsjour- Närhälsan, dnr RS 2016-03535* ska göras om.

Dok.Id 464227

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (nedan VGR) genomför en upphandling *Beredskapsjour- Närhälsan, dnr RS 2016-03535*. Upphandlingen är indelad i sex geografiska delområden, A-F. Av tilldelningsbeslut den 22 november 2016 framgår att Läkarjouren i Sverige AB (nedan Läkarjouren) har vunnit upphandlingen inom samtliga områden.

YRKANDEN M.M.

Bergus Medical AB (nedan bolaget) yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska förordna att upphandlingen ska rättas på sätt att Läkarjouren utesluts från upphandlingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande.

Uppgifterna om uppdragets omfattning ges i intervall per dag, vecka eller månad, vilket gör att den verkliga volymen per år och därmed kostnaden för att utföra uppdraget blir omöjlig att beräkna med säkerhet. Egna antaganden och gissningar är nödvändiga och skillnaden mellan högsta och lägsta värde kan bli mycket stor. Informationen har uttryckts på ett grovt och summariskt sätt, är otydlig och svårtydbar samt innehåller rena felaktigheter. Exempel på brister är att antalet patienter för område C och E är felsummerade, uppgiften om antalet uttryckningar i område C är omöjlig att förstå eftersom det inte anges om antalet uttryckningar är per dag, vecka eller månad samt att antalet vårdcentraler som samverkar i område B anges till fem trots att VGR i sitt yttrande anger att det är sex.

Det kan vidare noteras att antalet hembesök per listad i området med högst arbetsbelastning (område A) är 11 gånger högre än i området med lägst arbetsbelastning (område B) trots att patientkategorierna som ska få vård är desamma. Bolaget har utfört en stor del av tjänsterna som underleverantör i

område B och kan konstatera att uppgifterna avseende detta område verkar vara korrekta. Bolagets slutsats är därför att uppgifterna om arbetets omfattning i område A är kraftigt överdrivna. Även uppgifterna om omfattningen i övriga områden verkar vara kraftigt överdrivna, om än inte i samma grad. I samtliga områden finns säsongsgäster, turister och asylboenden, men det utgör ingen sannolik förklaring till diskrepansen. Inte heller tradition kan förklara skillnaden. Det är inte trovärdigt att just de områden där Läkarjouren är nuvarande leverantör är områden med 2-10 gånger fler hembesök per listad än de områden där två andra bolag är leverantörer. Uppgifterna från de andra leverantörerna är därvid likartade. Skillnaden är helt orimlig och underlaget därmed felaktigt.

Förhållandet att underlaget presenteras på tre olika sätt för de tre olika leverantörerna talar för att uppgifterna kommer direkt från respektive leverantör. Primärvårdscheferna har inte kunnat göra någon relevant granskning eftersom endast leverantörernas egna uppgifter har varit tillgängliga för VGR. Det är vidare inte utrett vilka eller hur många primärvårdschefer det rör sig om. Om det hade gjorts en seriös och korrekt granskning från primärvårdscheferna hade denna dokumenterats och getts in till rätten. Eftersom varje kontakt mellan läkare och patient ska journalföras finns korrekta uppgifter, men dessa uppgifter har inte gjorts tillgängliga i anbudsinbjudan. Om de felaktiga uppgifterna som ligger till grund för beskrivningen av uppdraget kommer från Läkarjouren utgör detta grund för att utesluta Läkarjouren från upphandlingen med stöd av 10 kap. 2 § punkt 6 LOU och 11 kap. 11 § punkt 2 samma lag.

VGR har sammanfattningsvis beskrivit uppdraget på ett grovt, slarvigt och delvis felaktigt sätt genom inte självständigt ha säkerställt noggrannheten och riktigheten i de uppgifter som nuvarande leverantörer har lämnat. Befintliga leverantörer, som har vetskap om uppdragets omfattning, gynnas därmed på ett otillbörligt sätt i förhållande till nya leverantörer som måste ta

höjd för stor osäkerhet i underlaget. Överträdelsen har påverkats bolagets möjligheter att tilldelas avtalet negativt. Bolaget har därmed lidit skada i form av bl.a. utebliven vinst och nedlagda kostnader för att ta fram anbudet.

VGR anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande.

VGR vidgår att uppgifterna om antalet patienter i område C och E är felsummerade. Totalsumman för område C ska vara 300 personer fler än vad som har angetts och totalsumman för område E ska vara 2 000 personer färre än vad som har angetts. Detta har dock inte påverkat möjligheten att lämna anbud. Vad gäller antalet uttryckningar anges tydligt för område C att uppgiften om antal uppdrag inte avser uppdrag per dag utan givet antal per vardagar, måndag- fredag totalt. Beträffande påståendet om att det är oklart hur många vårdcentraler som ingår i område B kan noteras att det tydligt anges under avsnittet som avser det geografiska området.

Nuvarande leverantörer är Läkarjouren (område A och D-F) och Jocema Vård AB (område B) och Centric Care AB (område C). Tidigare avtalsparter har oftast en ökad insyn i avtalsområdet i jämförelse med andra anbudsgivare. Detta är ett förhållande som är ofrånkomligt i varje upphandling och gäller alla tidigare avtalsparter, dvs. även bolaget i egenskap av Jocema Vård AB: s underleverantör. Förhållandet att en anbudsgivare även är avtalspart går dock inte att jämföra med att denne särbehandlas. Alla anbudsgivare har haft samma uppgifter att utgå ifrån och har följaktligen behandlats lika. Upphandlingen är därvid inte identisk med den tidigare upphandlingen och VGR har påpekat att någon volym på den aktiva tjänstgöringen inte kan garanteras eftersom den kan komma att variera högst väsentligt under avtalstiden.

De aktuella uppgifterna kommer från VGR: s egna verksamheter med utgångspunkt i avstämningsmöten med leverantörer under avtalets gång.

Kontinuerliga avstämningsmöten med avtalsparter ingår i myndighetens avtalsvård och är inte något utmärkande för det tidigare avtalet. Inte heller är det ovanligt att myndigheten vid dessa möten begär in uppgifter om bl.a. statistik. Dessa uppgifter används både som kontroll av pågående avtal och för att kunna beräkna framtida behov. Det finns inte någon möjlighet att ta fram uppgifter om uppdrag utförda av just Läkarjouren med hjälp av den regionala vårddatabasen eftersom all vård registreras som vård oavsett vem som har utfört den och om den har utförts inom ordinarie tid.

Vid sammanställningen av förfrågningsunderlaget togs kontakt med alla primärvårdschefer för att få uppgifter om bl.a. antalet listade, antal uppdrag och behov av inställelsetider. Sådana uppgifter lämnades av primärvårdscheferna och skickades senare tillbaka i en sammanställning som primärvårdscheferna skulle korrekturläsa. Uppgifterna från primärvårdscheferna bygger på tidigare statistik, men även på inblandade personers erfarenhet, kunskap och kännedom om verksamheten. Ett sådant kunskapsinhämtande kan inte jämföras med ett förfarande där en tidigare avtalspart fritt kan lämna in uppgifter som utan någon kontroll förs in i underlaget. Det kan noteras att det aldrig har funnits skäl att misstro uppgifterna. Anledningen till att uppgifterna har angetts på olika sätt är för att de kommer från olika primärvårdschefer och att VGR medvetet valt att inte ange decimaltal i informationen. Varken Läkarjouren eller någon annan anbudsgivare har deltagit i framtagandet av underlaget.

Vad gäller område A kan nämnas att området utgörs av norra Bohuslän där det finns ett stort antal säsongsgäster och turister som har möjlighet att söka vård utan att vara listade på vårdcentralerna. Vad gäller område C-F bör noteras att det i vissa områden finns asylboenden, vilket kan leda till en ökning av vårdbehovet. För varje område finns dessutom en inarbetad tradition av hur mycket stöttning kommunernas vårdpersonal har behov av, hur beredskapsjouren nyttjas, hur samarbetet med vårdcentralerna är

utformat och om läkaren gör ett fysiskt besök eller per telefon väljer att föreslå att patienten ska köras till sjukhus. Uppgifterna i förfrågningsunderlaget är sammanfattningsvis korrekta och det finns inga andra uppgifter att tillgå. Det kan även noteras att bolagets sammanställning innehåller uppgifter som inte är samstämmiga med de som har lämnats i förfrågningsunderlaget.

Det finns vidare ingen bestämmelse i LOU om att uppgifter som lämnas som information måste stämma överens med verkligheten eller tidigare avtal. Inte heller uttrycks något krav på kompetensen hos den som är att se som ansvarig för lämnade uppgifter. VGR har inte varit förhindrade att presentera fiktiva siffror till grund för anbudsgivarnas beräkning av anbudspris, men har valt uppgifter hämtade från verkligheten. Den angivna statistiken medför inte något löfte om en viss volym, vilket anges tydligt i förfrågningsunderlaget. Detta medför sammantaget att statistiken inte har påverkat möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Vad gäller möjligheten att utesluta Läkarjouren enligt 10 kap. 2 § 6 LOU kan konstateras att VGR inte har hämtat in några uppgifter från Läkarjouren. Det har inte heller funnits brister i anbudet. VGR har därför inte haft möjlighet att utesluta Läkarjouren från upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lag (2007:1091) om offentlig upphandling har upphävts och ersatts av lag (2016:1145) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna gäller den upphävda lagen dock för sådan upphandling som påbörjats före ikraftträdandet.

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).

En leverantör får uteslutas från att delta i en upphandling, om leverantören i något väsentligt hänseende har låtit bli att lämna begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av bestämmelserna i 10 eller 11 kap (10 kap. 2 § 6 LOU).

Den upphandlande myndigheten ska i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör skall styrka sin tekniska kapacitet. Den tekniska kapaciteten får styrkas endast på ett eller flera av följande sätt: genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentliga mottagare (11 kap. 11 § första stycket och andra stycket 2 LOU).

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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. I mål om överprövning 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 denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

En upphandlande myndighet har möjlighet att ta råd och hjälp av presumtiva leverantörer vid upphandling under förutsättning att konkurrensen inte snedvrids och anbudsgivarna kan lämna anbud på lika villkor. Ett företag som har utfört visst förberedande arbete kan inte förhindras att delta i en upphandling utan att företaget har getts möjlighet att visa att deltagandet inte leder till att konkurrensen snedvrids (se bl.a. EU-domstolens dom den 3 mars 2005 i mål C-21/03 och C-34/03, Fabricom). Principen om likabehandling innebär inte att den upphandlande myndigheten är tvungen att fullständigt neutralisera samtliga fördelar som befintlig leverantör åtnjuter. I syfte att skydda principen om likabehandling och förhindra att den upphandlande myndighetens intressen åsidosätts bör dock möjliga fördelar neutraliseras i den mån det kan ske på ett sätt som är tekniskt enkelt att genomföra, ekonomiskt acceptabelt och inte åsidosätter den aktuella anbudsgivarens rättigheter (se Förstainstansrättens dom den 12 mars 2008 i mål T-345/03, Evropaiki Dynamiki).

Det har inte visats att befintliga leverantörer har deltagit vid utformningen av förfrågningsunderlaget som konsult eller liknande. Det är följaktligen inte fråga om en renodlad konsultjävssituation utan rör sig istället om en oundviklig, inneboende fördel för befintliga leverantörer.

Uppgifterna om uppdragets tidigare omfattning har enligt VGR inhämtats vid kontinuerliga avstämningsmöten med befintliga leverantörer. Det har inte gjorts gällande att uppgifterna finns tillgängliga för VGR på annat sätt än i patientjournaler. Bolaget har gjort gällande att primärvårdscheferna följaktligen inte har kunnat göra en relevant granskning av uppgifterna

eftersom VGR endast har haft tillgång till leverantörernas egna uppgifter. Primärvårdschefer får dock enligt förvaltningsrättens mening förväntas kunna göra en relevant granskning utifrån sin egen kännedom om verksamheten. Det kan därvid noteras att det knappast ligger i upphandlande myndighets intresse att okritiskt godta uppblåsta siffror. En sådan granskning som VGR uppger sig ha gjort skulle enligt förvaltningsrättens mening kunna anses vara tillräcklig för att bidra till att säkerställa att likabehandlingsprincipen iakttas. Trots att bolaget har påtalat avsaknaden av dokumentation i denna del saknas det dock utredning i målet som visar att en sådan granskning faktiskt har gjorts.

Bolaget har även anmärkt på att uppgifterna om uppdragets omfattning ges i intervall per dag, vecka eller månad, vilket gör att den verkliga volymen per år och därmed kostnaden för att utföra uppdraget blir omöjlig att beräkna med säkerhet. Förvaltningsrätten noterar att uppgifterna visserligen endast avser historiska data och att den aktiva tjänstgöringen kan komma att variera högst väsentligt under avtalstiden. Det är dock alltjämt dessa uppgifter som anbudsgivarna har att utgå från vid utformningen av anbudet. Intervallen medför därvid en osäkerhet kring det totala antalet uttryckningar per år, vilket gynnar befintliga leverantörer som redan besitter denna kunskap. VGR har mot denna bakgrund inte gjort vad som krävs för att i rimlig utsträckning neutralisera befintlig leverantörs konkurrensfördelar. Bolaget har visat att det i vart fall har riskerat att lida skada i de delar där befintlig leverantör har tilldelats kontrakt. Upphandlingen ska därför göras om såvitt gäller område A, D och F.

Bolaget har vidare anfört att det inte framgår tydligt hur många vårdcentraler som samverkar i område B. Förvaltningsrätten noterar att det visserligen är korrekt att det anges under avsnittet som avser det geografiska området att totalt sex vårdcentraler ingår i uppdraget. Det anges dock även att det är Närhälsans fem vårdcentraler som samverkar om beredskapsjour.

Otydligheten i underlaget har i vart fall medfört en risk för att bolaget ska lida skada. Upphandlingen ska därför göras om även i denna del.

Bolaget har vidare lyft fram att uppgiften om antalet utryckningar i område C är omöjlig att förstå. Förvaltningsrätten noterar att uppgiften skulle ha kunnat anges på ett avsevärt mer tydligt sätt. Det går dock att utläsa att antalet utryckningar avser antalet utryckningar på vardagar per vecka. Vad gäller förhållandet att antalet listade i område C och E är felsummerade kan noteras att VGR har vidgått denna uppgift, men gjort gällande att det inte har påverkat möjligheten att lämna anbud. Förvaltningsrätten kan konstatera att det rör sig om ungefärliga uppgifter om hur många personer som är listade vid de vårdcentraler som omfattas av uppdraget. Förhållandet att det endast är ungefärliga uppgifter och att antalet listade fluktuerar över tid talar för att en mindre avvikelse vid summeringen sannolikt inte har påverkat möjligheten att lämna anbud och därför inte har medfört någon skada. Mot detta talar dock att det alltjämt är utifrån dessa uppgifter som anbudsgivarna har möjlighet att göra en beräkning. Bolaget får sammanfattningsvis anses ha visat att otydligheten i underlaget i vart fall har medfört en risk för att bolaget ska lida skada. Upphandlingen ska därför göras om även i dessa delar.

Förvaltningsrätten noterar avslutningsvis att uppgifter om tidigare omfattning inte har begärts in med stöd av bestämmelserna i 10 eller 11 kap. LOU och inte heller avser att styrka Läkarjourens tekniska kapacitet. Vad bolaget anfört visar därför inte att VGR har haft en skyldighet att utesluta Läkarjouren med stöd av 10 kap. 2 § punkt 6 LOU och 11 kap. 11 § punkt 2 samma lag.

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

Ann Rittri
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Kristin Palm.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.