



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen  
Enhet 14

**DOM**  
2014-05-09  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
1499-14

### **SÖKANDE**

Avonova Hälsa Stockholm AB, 556458-9322

Ombud: Advokat Henrik Gallus  
Advokatfirman Kjällgren i Lidköping AB  
Älvgatan 16  
531 31 Lidköping

### **MOTPART**

Salems kommun, 212000-2874

Ombud: Senad Babacic  
TelgeInköp AB  
Box 633  
151 27 Södertälje

### **SAKEN**

Offentlig upphandling

---

### **FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 450836

---

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

**YRKANDEN M.M.**

*Salems kommun* (kommunen) genomför, med TelgeInköp som ombud och som förenklat förfarande enligt 15 kap. lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, en upphandling av företagshälsovård, dnr 2013-1131. I tilldelningsbeslut den 14 januari 2014, korrigerat den 15 januari, meddelade kommunen att kontrakt kommer att tilldelas Telgeakuten Företagshälsovård (Telgeakuten) och att bland andra anbud från Avonova Hälsa Stockholm AB (Avonova) inte uppfyllde de obligatoriska kraven. Efter förfrågan av Avonova meddelade kommunen att skälet till deras uteslutning var att de inte uppfyllde de obligatoriska kraven på lagstadgade skatter och avgifter i punkten 5.6 i förfrågningsunderlaget, generellt utbud i punkten 5.17 samt på administration, fakturering, statistik och rapporter i punkten 5.23.

*Avonova* yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom att deras anbud tas upp till utvärdering och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Avonova bl.a. följande.

**Uteslutningen av Avonova**

Det framgår inte varför deras anbud inte är komplett. De har, utöver det skriftliga meddelandet, fått ytterligare muntlig information om varför de uteslutits. Kommunen har hävdats att deras anbud innehåller en reservation. Denna skulle bestå i att Avonova under punkten 5.17 i sitt anbud har beskrivit att man bl.a. tillhandahåller tobaksavvänjningsgrupper och att detta bygger på "Pay for performance", vilket innebär att kunden endast betalar för den som är tobaksfri eller fullt deltagande i programmet. Det är inte en reservation utan en utfästelse som finns i programmet och innebär att Avonova debiterar kunden om syftet med behandlingen uppnås. Att Avonova inte kommer att ta betalt för en tjänst om den inte leder till ett visst resultat kan inte leda till ett högre pris för kommunen. Avonova har betalat lagenliga skatter och avgifter och fullgjort registreringskyldighet hos Skatteverket, vilket framgår av deras skattekonto. Betalningen av den skatt som förföll till betalning den 27 december 2013 bokfördes samma datum och var alltså inbetalad till Skatteverkets konto samma dag. De uppfyller också kravet på administrativ förmåga på statistik o.d. vilket framgår av bilagor till anbudet. Det finns i förfrågningsunderlaget inget krav på bearbetningsbart format.

### Förfrågningsunderlagets transparens

Ifall förvaltningsrätten inte anser att Avonova skulle ha gått vidare till utvärdering hävdas att upphandlingen brustit i transparens. I förfrågningsunderlaget anges att kommunen, för att kommunen ska uppnå jämförbara priser, "nollställning" av anbud kan komma att göras. Det går inte att förstå vad detta betyder. Kommunen har också angett att den förbehåller sig rätten att kunna justera viktning med +/- 5 procentenheter. Detta är inte tillåtet enligt 12 kap. 2 § LOU, samt ger kommunen en godtycklig möjlighet att laborera med olika anbudspriser beroende på hur man slutligen kommer att vikta de två prisgrupperna.

### Skada

Avonova har en anbudssumma på 98 519 kr vilket är ett lägre pris än Telgeakutens 107 733 kr. Avonova borde ha vunnit upphandlingen. Därmed har Avonova lidit skada av att kommunen inte följt LOU.

*Kommunen* bestrider ingripande enligt LOU och anför bl.a. följande.

Avonova har i prismodellen under punkten 5.17, avseende tobaksavvänjning, en reservation vilket inte accepteras. Avonova hade ett underskott på skattekontot om 1 348 956 kr och klarade därför inte kravet i punkten 5.6 på att vara utan anmärkning med avseende på inbetalning av lagenliga skatter, en bedömning som gjordes utifrån Skatteverkets underlag. Avonova klarade inte heller kravet i 5.23 på statistik, då bearbetningsbart format inte bifogats. Det framgår i förfrågningsunderlaget vad som skulle bifogas. Förfrågningsunderlaget med bilagor är transparent.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### Allmänt

I målet är fråga om ett förenklat förfarande enligt 2 kap. 24 § jämfört med 15 kap. 3 § LOU. Tillämplig lag är därför i första hand 15 kap. LOU och de paragrafer som hänvisas till i 15 kap. 2 §, bl.a. hela första och sextonde kapitlen.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-

lingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Av praxis följer att det strider mot likabehandlingsprincipen att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller skall-kraven, se t.ex. EU-domstolens avgörande C-243/89, Stora Bält. Även om EU-direktivet inte är direkt tillämpligt på 15 kap. LOU, är EU-domstolens praxis till tolkningshjälp.

Om upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller rättas.

#### **Uteslutningen av Avonova**

Ett anbud som innehåller en reservation ska som regel förkastas. I dom av Kammarrätten i Göteborg den 2 juli 2010, mål nr 2065-10, hade i förfrågningsunderlaget angetts att kostnadspåverkande reservationer ska vara prissatta vid äventyr av att anbudet annars kommer att förkastas, varför kammarrätten fann att anbudsgivaren vars reservation inte uppfyllde detta krav skulle uteslutas. I dom av Kammarrätten i Jönköping den 14 april 2011, mål nr 3030-10, skulle likaledes uteslutning ske av den anbudsgivare som angett en begränsning som medförde att kraven i förfrågningsunderlaget frångåtts. Avonovas "Pay for performance"-modell avseende tobaksavvänjning reglerar emellertid endast förhållandet mellan Avonova och kunden, inte mellan Avonova och kommunen. Den påverkar inte kommunens kostnad. I förfrågningsunderlagets punkt 5.17, vari anges att leverantören ska ha en generell kapacitet och förmåga för uppdraget och beskriva sitt generella utbud i övergripande termer, finns inget krav som Avonova genom detta har brutit mot. Skäl för uteslutning av Avonova på denna grund saknas.

Av handling från Skatteverket framgår att den momsskuld på 1,3 miljoner kr, som var kommunens motivering till att Avonova inte uppfyller kravet på skattebetalning, förföll till betalning den 27 december 2013, medan betalningen av densamma bokfördes samma dag och transaktionsdag var den 28 december 2013. Huruvida betalningen gjordes före eller dygnsskiftet mellan den 27 och 28 december 2013 går inte att utreda på föreliggande material. Oavsett detta anser förvaltningsrätten att en så liten försening, som det i värsta fall är fråga om, är oproportionerlig som grund för uteslutning. Skäl för uteslutning av Avonova saknas på denna punkt.

I förfrågningsunderlaget, punkten 5.23 anges att leverantören ska lämna exempel på faktura, statistik och rapport som bifogas anbudet, helst i pdf-format. Det anges också att anbudsgivaren ska ha administrativ förmåga att tillhandahålla korrekt och komplett information, men endast exempel måste bifogas till anbudet. Statistiksidiorna som Avonova bifogat till sitt anbud är läsbara och begripliga. Att formatet måste vara bearbetningsbart anges inte i förfrågningsunderlaget. Det saknas skäl för uteslutning av Avonova även på denna punkt. Kommunen har således inte haft någon grund för att förkasta Avonovas anbud.

#### **Förfrågningsunderlagets transparens**

I förfrågningsunderlaget, punkten 7.4 anges att för att uppnå jämförbara priser kan "nollställning" av anbud komma att göras. Därefter nämns sju olika yrkeskategorier, t.ex. företagsläkare och psykolog, och hur deras timpriser kommer att viktas. Med "nollställning" torde avses att, i en upphandling med ett stort antal produkter eller positioner, varje ej offererad produkt eller position ersätts av ett fingerat pris, som eventuellt är beroende av konkurrenternas priser. Utvärderingsmodeller med "nollställning" prövades i avgöranden av Kammarrätten i Jönköping den 12 februari 2008,

mål nr 3768-07, och av Kammarrätten i Göteborg den 13 mars 2008, mål nr 7080--7081-07. I det förstnämnda avgörandet ansågs upphandlande myndighet ha brutit mot transparensprincipen då det inte hade angetts någon begränsning av användningen av nollställningsmetoden. I det sistnämnda ansågs transparens föreligga eftersom modellen (som i domen framstår som ganska avancerad) var klart och tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget.

I detta fall har kommunen varken förklarat begreppet "nollställning" eller angett någon begränsning av dess tillämpning. Vad metoden har för bäring på timpriserna för sju yrkeskategorier framgår inte i förfrågningsunderlaget. Inte ens inför förvaltningsrätten har kommunen bringat klarhet i detta. Upphandlingen har därför brutit i transparens på denna punkt.

I punkten 7.5 anges att anbudspriset till 90 procent beror på totalt pris per kompetens och till 10 procent på totalt pris per styck och utbildning. Därefter anges att kommunen förbehåller sig rätten att kunna justera viktning med +/- 5 procentenheter. Avonova har anfört att detta strider mot 12 kap. 2 § LOU. Den paragrafen tolkas med stöd av EU-domstolens dom den 18 november 2010, mål nr C 226/09, *Kommissionen mot Irland*, vari EU-domstolen fastslog att viktningen av kriterierna inte får ändras under upphandlingsförfarandet.

Emellertid är det i målet fråga om ett förenklat förfarande. Det finns ingen motsvarighet till 12 kap. 2 § i femtonde kapitlet LOU, och den paragrafen hänvisas inte heller till i 15 kap. 2 § LOU. Därför, och då kommunen i förfrågningsunderlaget varit öppna med att man förbehåller sig rätten att justera viktningen med +/- 5 procentenheter, har kommunen på denna punkt inte brutit mot någon i målet tillämplig paragraf i LOU eller mot transparensprincipen.

### Slutsats

Kommunen har brutit mot LOU och dess principer dels genom att utesluta Avonovas anbud utan grund, dels genom att i förfrågningsunderlaget ange att man kan komma att tillämpa nollställning utan att förklara betydelsen eller begränsningen av detta. Sistnämnda överträdelse hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska därför göras om.

### HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

  
Eva Bäckström

Rådman

David Munck har föredragit målet.