



SÖKANDE

[REDACTED]

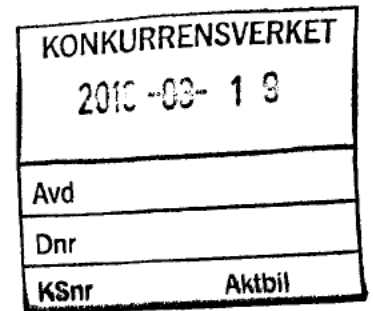
MOTPART

Region Kalmar län

Ombud: Torbjörn Karlsson

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår [REDACTED] ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Region Kalmar län (regionen) har genomfört en upphandling av fysioterapeuter. Upphandlingsformen var förenklat förfarande och det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Utvärderingskriterierna var pris och kvalitet. Enligt tilldelningsbeslutet den 5 oktober 2018 för område Kalmar kommun inkom två anbud. Idrottsrehab tilldelades uppdraget avseende den geografiska delen Kalmar kommun.

[REDACTED] ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att utvärderingen ska göra om. I första hand ska anbudet från Idrottsrehab förkastas. I andra hand ska poängsättningen ändras så att Idrottsrehab tilldelas 3,95 poäng i stället för 4,55. Idrottsrehab brister i sitt anbud samt har felaktigt tillåtits att komplettera sitt anbud. Det var enligt punkt 4.1 i förfrågningsunderlaget ett obligatoriskt krav att vara registrerad för bl.a. moms. Vinande bolaget har inte heller kryssat ja under punkt 4.3. Om anbudsgivaren kryssar nej i rutorna kan anbudet inte rimligen godtas för utvärdering. Detta

leder motsatsvis till att det är ett obligatoriskt krav att kryssa ja. Att fylla i en text i stället för att kryssa ja är inte samma sak. Idrottsrehab har i efterhand tillåtits komplettera sitt anbud avseende punkt 5.2, vilket framgår av till ansökan bifogad mejlkorrespondens.

Idrottsrehab fysioterapeut uppfyller inte de obligatoriska kraven i punkt 3.3.3 på minst tre års halvtidserfarenhet som fysioterapeut/sjukgymnast under de sex senaste åren. Av det CV som bifogats anbudet går inte att utläsa att kravet är uppfyllt. Kraven på yrkesmässig och teknisk kapacitet är inte uppfyllt enligt punkterna 2.1 och 4.1.

Idrottsrehab har för höga poäng avseende tillgänglighet och lokaler. Bolaget har angett att verksamheten kommer att drivas från Speciallistläkargruppen i Kalmar, belägen centralt i Kalmar. Idrottsrehab har emellertid inget hyreskontrakt hos Speciallistläkargruppen. Detta har bekräftats i ett brev av Speciallistläkargruppen till [REDACTED]. Brevet bifogas ansökan om överprövning. Idrottsrehab borde därför ha fått noll poäng i detta kriterium i stället för 0,6 poäng och en totalsumma på 3,95 poäng. [REDACTED] har lidit skada eftersom hennes bolag var tvåa i samma kategori och skulle ha fått kontraktet om Idrottsrehab inte blivit tilldelad. Även regionens patienter kommer att lida skada eftersom Idrottsrehab inte har samma erfarenhet av smärta och psykisk ohälsa som [REDACTED].

Regionen bestrider ett bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Momsregistrering är inget absolut eller obligatoriskt krav. Det framgår av förfrågningsunderlaget att regionen ska kontrollera huruvida anbudsgivaren är registrerad för statlig mervärdesskatt (moms). Detta innebär inte att det är ett obligatoriskt krav att kryssa i någon av ja-rutorna. Det är utvärderingskriterier som kan leda till att anbudsgivaren får låga poäng vid utvärderingen om de inte kryssas i. Syftet med rutorna har varit att underlätta för regionen att hitta anbudsgivarnas svar på olika utvärderingskriterier i anbudet. Det

stämmer att vinnande anbudsgivaren inte är registrerad för moms. Eftersom anbudsgivaren, som många andra inom vårdsektorn bedriver en icke momspliktig rörelse. Därför finns ingen registreringskyldighet för moms. Regionens kontroll visade att Idrottsrehab uppfyller krav på skatt och avgifter.

Inga otillåtna kompletteringar har förekommit. Idrottsrehab har inte beretts tillfälle till otillåten komplettering. Det stämmer att bolaget inte kryssade i ja-rutan i slutet i de administrativa föreskrifterna. Regionen har i samband med anbudsutvärderingen av bolaget inhämtat bekräftelse utan några ändringar i sak. Detta kan jämföras med att komplettera med en namnunderskrift, vilket även har accepterats i praxis (se t.ex. underinstansernas avgörande i RÅ 2002 ref. 5). Tillvägagångssättet har inte inneburit någon otillåten särbehandling, konkurrensbegränsning eller diskriminering. Idrottsrehab uppfyller kraven i punkt 3.3 avseende den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten d.v.s. även krav på tillgång till minst en namngiven fysioterapeut med minst tre års halvtidserfarenhet under sex år. Detta framgår av bilaga till ansökan om överprövning. Idrottsrehab har åtminstone elva års erfarenhet som sjukgymnast i egenföretag. Fysioterapeuten [REDACTED] har varit verksam i eget företag under åren 2006-2017 vilket innefattar senaste sexårsperioden. Vidare framgår att samma sjukgymnast arbetat med sjukgymnastik under åren 2006-2018. Av förfrågningsunderlaget framgår att eventuellt byte av lokal förutsätts ske i samråd med beställaren. Det uppställs inte heller något krav på att styrka vilken specifik lokal som förfogas över. Idrottsrehab uppfyller alltså alla ställda krav även när det först inlämnades.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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. En upphandling får inte överprövas efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på. Domstolens prövning är begränsad till de omständigheter som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är således [REDACTED] som har att visa att regionen har brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att [REDACTED] har lidit eller riskerar att lida skada till följd av detta. Krav som uppställs i en upphandling kan delas upp i obligatoriska och icke obligatoriska krav. Obligatoriska krav måste vara uppfyllda för att anbudet ska kunna utvärderas. Utvärderingskrav är icke obligatoriska krav. Vid utvärderingen får anbudsgivaren poäng efter hur väl anbudet uppfyller utvärderingskriterierna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Krav på momsregistrering

Enligt punkt 2.4 i förfrågningsunderlaget ska det i anbudet framgå att samtliga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Under punkt 3.1 i förfrågningsunderlaget anges att anbudsgivaren inte ska vara föremål för obligatorisk eller fakultativ uteslutningsgrund enligt 13 kap. LOU. Regionen samarbetar med Skatteverket för att kontrollera om anbudsgivaren är registrerad för moms och som arbetsgivare har erlagt arbetsgivaravgift de senaste tre redovisningsmånaderna. Vidare anges att kontroll kommer att göras om an-

budsgivaren innehar registrering för F-skatt eller FA-skatt, har skulder avseende skatter och avgifter hos Skatteverket eller har skulder hos Kronofogdemyndigheten eller om det där finns uppgifter om betalningsuppgörelse. Sådan kontroll kan även komma att ske löpande under avtalstiden. Såsom kravet är formulerat är det enbart de uppräknade förhållandena i kap. 13 som avses. Där framgår inget om krav på momsregistrering. [REDACTED] har därför inte visat att vinnande anbudsgivaren brister i kravuppfyllnad på den punkten.

Komplettering av kravet i punkt 5.2

Under punkt 5.2 anges även att det åligger anbudsgivaren att själv försäkra sig om att begärda beskrivningar och dokument är redovisade. Under denna punkt anges följande. Obligatoriska krav enligt ovan uppfylls och anbudet lämnas i enlighet med upphandlingsdokumentet. Det finns en ruta för ja och en för nej. Det är ostridigt att vinnande anbudsgivaren inte kryssat i någon ruta. Av handlingarna i målet framgår att regionen mejlat vinnaren och ombett denne att bekräfta i ovanstående ja eller nej-ruta. Det framgår även av kravet att anbudsgivaren genom att inkomma med anbud godkänner uppställda villkor i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner att det i förfrågningsunderlaget inte har formulerats som något obligatoriskt krav att bekräfta i de aktuella rutorna under punkten 5.2. Att be anbudsgivaren bocka i rutan är därför inget otillåtet kompletteringsförfarande. [REDACTED] har därför inte visat att vinnande anbudsgivaren brister i kravuppfyllnad på den punkten.

Krav på minst tre års halvtidserfarenhet under de senaste sex åren

Enligt punkt 3.3.3 ska anbudsgivaren senast vid anmodan styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Detta behöver inte göras redan i anbudet. Anbudsgivaren ska ha tillgång till minst en fysioterapeut/sjukgymnast som ska ha minst tre års yrkeserfarenhet på halvtid under de senaste sex åren.

Detta ska efter anmodan styrkas med ett CV där bland annat arbetslivserfarenhet ska framgå. Även intyg som styrker yrkesverksamma år såsom exempelvis tjänstgöringsintyg ska då inges. I till ansökan bifogat CV har vinnande anbudsgivaren angett verksamhet 2003-2018. Med hänsyn härtill samt utredningen i övrigt har [REDACTED] inte visat att vinnande anbudsgivaren brustit i kravuppfyllnaden avseende det aktuella kravet i förfrågningsunderlaget punkt 3.3.3.

Tillgänglighet och lokaler

Under punkt 4.3 anges förutsättningarna för utvärderingen av anbudet. Under rubriken tillgänglighet och lokaler anges följande. Anbudsgivaren bör redogöra för hur man uppfyller nedan angivna beställarönskemål. Verksamheten förutsätts bedrivas i för uppdraget väl ändamålsenligt och anpassade lokaler med god tillgänglighet för personer med olika funktionshinder. Till anbudet bör bifogas en beskrivning av lokalens belägenhet, utseende och utrustning. Anbudsgivaren tilldelas sedan poäng beroende på kravuppfyllnaden där 5 poäng är utmärkt nivå och 0 poäng är undermåligt. Enligt [REDACTED] [REDACTED] borde vinnaren fått 0 poäng eftersom det inte stämmer att lokalen är belägen i Specialistläkargruppens lokaler. Förvaltningsrätten finner dock att såsom kravet är formulerat framgår det inte när kravet ska vara uppfyllt. Det finns därför inget som motsäger att det är tillräckligt att lokalfrågan kan vara löst vid avtalsstart. [REDACTED] har därför inte visat att utvärderingen är felaktig.

Förvaltningsrättens samlade bedömning är att [REDACTED] inte har förmått visa att vinnande leverantören brustit i att uppfylla de obligatoriska kraven eller att regionen agerat i strid mot LOU vid utvärderingen av anbudet. Inte heller har [REDACTED] anfört något i övrigt som visar att regionen brutit mot LOU. Ansökan om överprövning bör därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Magnus Hansson
rådman

Föredragande har varit Helene Larsson.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

