

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS DOM

Mål nr
6331-14

meddelad i Stockholm den 1 oktober 2015

KLAGANDE

Avonova Hälsa AB, 556500-6821

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

MOTPART

Malmö kommun
205 80 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 november 2014 i mål nr 5583-14,
se bilaga

SAKEN

Offentlig upphandling

HÖGSTA FÖRVALTNINGSDOMSTOLENS AVGÖRANDE

Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd i de vilandeförklarade delarna av målet.

Högsta förvaltningsdomstolen upphäver förvaltningsrättens och kammarrättens domar och visar målet åter till förvaltningsrätten för ny handläggning.

Dok.Id 164304

Postadress
Box 2293
103 17 Stockholm

Besöksadress
Birger Jarls torg 13

Telefon
08-561 676 00
E-post:
hogstaforvaltningsdomstolen@dom.se

Telefax
08-561 678 20

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30



BAKGRUND

Malmö kommun genomför en upphandling av företagshälsovårdstjänster till åtta kommunala förvaltningar genom förenklat förfarande. Feelgood Företagshälsovård (Feelgood) har tilldelats kontrakt. I utvärderingen av anbuderna placerade sig Avonova Hälsa Syd (Avonova) på andra plats. Avonova begärde hos kommunen att få ta del av Feelgoods anbud. Kommunen lämnade ut anbudet med undantag bl.a. för vissa uppgifter avseende specificerade priser och svar på utvärderingskriterierna 5.3.1–5.3.3 vilka ansågs omfattade av sekretess. Avonova överklagade det beslutet, men kammarrätten ansåg att det fanns särskild anledning att anta att ett röjande av uppgifterna skulle leda till skada för Feelgood och avslog överklagandet.

Avonova ansökte även om överprövning av upphandlingen och yrkade i samband därmed att kommunen skulle föreläggas att i rättegången tillhandahålla anbudet från Feelgood i ovan nämnda delar (editionsföreläggande). Avonova gjorde bl.a. gällande att anbudet från Feelgood inte uppfyllde kraven i punkterna 5.3.1–5.3.3 i förfrågningsunderlaget och att det egna anbudet således borde ha ansetts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Förvaltningsrätten avslog yrkandet om edition och avslog sedermera även överklagandet i sak. Avonova överklagade förvaltningsrättens beslut och dom. Kammarrätten avslog överklagandet.

Sedan Avonova överklagat kammarrättens dom i dess helhet har Högsta förvaltningsdomstolen den 28 november 2014 förordnat att avtal avseende upphandlingen inte får ingås innan något annat har bestämts. Prövningstillstånd har meddelats såvitt avser frågan om förutsättningarna för edition i mål enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen har vilandeförklarat målet i övrigt.



YRKANDE M.M.

Avonova yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen ska bifalla yrkandet om edition och anför bl.a. följande.

De uppgifter som editionen avser rör inte yrkeshemligheter. Priset utgör grunden för upphandlingen och anbudsgivare som väljer att delta tar risken att myndigheten inte godtar ett yrkande om sekretess. Punkterna 5.3.1– 5.3.3 torde innehålla till största delen samstämmiga beskrivningar från anbudsgivarna då föremålet för upphandlingen gäller företagshälsovård. I punkterna uppställs krav på att beskrivningar ska lämnas på ett maximalt antal sidor. Feelgoods anbud uppfyller inte dessa krav. Utvärderingen av kriterierna i punkterna har heller inte skett på korrekt sätt. Handlingarna återopas till styrkande av detta. I en offentlig upphandling är utgångspunkten att ett ingivet anbud kan bli offentligt.

Informationen har ett lågt skyddsvärde medan *Avonova* har starkt intresse av att få ta del av den återopade bevisningen. Om de relevanta uppgifterna anses omfattade av sekretess finns inget effektivt rättsmedel. Det skulle vidare stå i strid med bestämmelserna om rätt till en rättvis rättegång i artiklarna 6 och 13 i Europakonventionen att bevisbördan placeras på *Avonova* om edition inte beviljas.

Malmö kommun bestrider bifall till yrkandet om edition och anför bl.a. följande.

Avonova har gjort gällande att Feelgood inte uppfyller obligatoriska krav i punkterna 5.3.1–5.3.3. I de angivna punkterna finns dock inga obligatoriska krav. Punkterna innehåller utvärderingskriterier.

För att kunna göra en god affär till gagn för det allmänna är det viktigt för kommunen att få in alla uppgifter som behövs, inklusive yrkeshemligheter. Det skulle äventyra kommunens affärsrelationer om anbudsgivare genom editionsföreläggande skulle få del av konkurrenters yrkeshemligheter. Kommunen



har lämnat ut summan av anbudspriserna och i utvärderingsprotokollet så utförligt som möjligt utan att röja anbudsgivares affärs- och driftsförhållanden redogjort för hur utvärderingen av anbuderna har gjorts.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering m.m.

I 8 § första och andra styckena förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, anges att rätten ska se till att mål blir så utrett som dess beskaffenhet kräver och genom frågor och påpekanden verka för att parterna avhjälper otydligheter och ofullständigheter i sina framställningar.

Enligt 20 § FPL gäller i fråga om skriftlig handling som åberopas som bevis bestämmelserna i 38 kap. 1–5 och 7–9 §§ rättegångsbalken, RB, i tillämpliga delar. Av 38 kap. 8 § första stycket RB framgår att rätten får besluta att en allmän handling som kan antas ha betydelse som bevis ska tillhandahållas. I andra stycket 3 samma paragraf anges att detta inte gäller en handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, med mindre synnerlig anledning förekommer.

Den upphandling som är aktuell i förevarande mål regleras i lagen om offentlig upphandling. Lagen genomför EU-direktiv inom området offentlig upphandling. Dessa direktiv är av två slag, dels avseende förfarandet (2004/18/EG), dels avseende rättsmedel (89/665/EEG).

I artikel 1.1 i rättsmedelsdirektivet anges att medlemsstaterna ska vidta nödvändiga åtgärder för att garantera att en upphandlande myndighets beslut kan prövas effektivt när det görs gällande att beslutet har inneburit en överträdelse av gemenskapslagstiftningen om offentlig upphandling eller nationella bestämmelser som införlivar denna lagstiftning (effektivitetsprincipen).



I EU-domstolens mål C-450/06, Varec, där anbudsgivaren begärt konfidentiell behandling uttalade domstolen bl.a. följande. Det är nödvändigt att prövningsorganet har tillgång till den information som krävs för att kunna avgöra målet eller ärendet med fullständig information om fakta, inbegripet konfidentiell information och affärshemligheter (p. 53). Skyddet för affärshemligheter utgör en allmän princip (p. 49) och det ankommer på prövningsorganet att besluta i vilken omfattning och på vilket sätt den konfidentiella behandlingen av och sekretessen omkring denna information ska säkerställas (p. 55). Prövningsorganet ska kunna besluta att inte lämna ut information i handlingar till parter och deras advokater, om det är nödvändigt för att upprätthålla skyddet för en sund konkurrens eller för de ekonomiska aktörernas legitima intressen (p. 43).

Vad målet gäller

I målet har begärts edition avseende vissa uppgifter i ett anbud, vilka bedömts vara omfattade av sekretess. Först måste emellertid avgöras om det redan av domstols utredningsskyldighet följer att domstolen borde ha fordrat in de aktuella uppgifterna.

Högsta förvaltningsdomstolens bedömning

Reglerna om den s.k. officialprincipen och domstolens utredningsansvar i 8 § FPL ges något olika tillämpning bl.a. beroende av vad slags mål saken gäller samt vilka förutsättningar parterna kan anses ha att föra sin talan.

I rättsfallet RÅ 2009 ref. 69 har Högsta förvaltningsdomstolen ansett att officialprincipen måste tillämpas på ett försiktigt sätt i upphandlingsmål. Domstolen uttalade att i sådana mål bör som huvudprincip krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig klart anger på vilka omständigheter han grundar sin talan.



När det gäller domstolens utredningsansvar i det avseende som nu är aktuellt måste hänsyn tas till vad EU-domstolen i Varec-målet uttalat rörande unionsrättens krav. Det innebär att det väl kan krävas att part klart anger på vilka omständigheter han grundar sin talan liksom den bevisning som åberopas. Om part emellertid utan framgång hos den upphandlande myndigheten begärt att få ta del av uppgifter som han önskar åberopa till stöd för talan ankommer det på domstolen att pröva om uppgifterna krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så befinns vara fallet, måste domstolen anses vara skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten.

Part har som huvudregel rätt att ta del av vad som på nyss angivet sätt kommit att tillföras målet. Domstolen har likväl att pröva om uppgift i det infordrade materialet omfattas av sekretess, om kommunikation enligt 18 § FPL kan underlåtas och, om så inte är fallet, i ljuset av unionsrättens krav pröva om parts rätt till insyn kan begränsas med stöd av 10 kap. 3 § första stycket offentlighets- och sekretesslagen (2009:400).

I målet har Avonova påstått vissa brister i den utvärdering som har gjorts. Avonova får anses ha gjort vad rimligen kan anses ankomma på en sökande för att få ta del av de uppgifter som bolaget anser utgör stöd för dess talan.

Det bör ankomma på Förvaltningsrätten i Malmö att ta ställning till om rätten, med utgångspunkt i vad parterna anfört, behöver informationen för att kunna göra en effektiv överprövning. Om förvaltningsrätten med stöd av 8 § FPL fordrar in uppgifterna ankommer det på domstolen att pröva frågorna om kommunikation och partsinsyn.

Med denna utgång saknas anledning att ta ställning till yrkandet om edition.



DOM

7

Mål nr
6331-14

Underinstansernas avgöranden bör upphävas och målet i sin helhet visas åter till förvaltningsrätten för förnyad prövning.

Mahmut Baran

Karin Almgren

Eskil Nord

Christer Silfverberg

Mats Melin

I avgörandet har deltagit justitieråden Mats Melin, Karin Almgren, Eskil Nord, Christer Silfverberg och Mahmut Baran.

Målet har föredragits av justitiesekreteraren Sofia Lönnberg.





KLAGANDE

Avonova Hälsa AB, 556500-6821

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

MOTPART

Malmö kommun
205 80 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös beslut den 17 juni 2014 och dom den 7 oktober 2014 i mål nr 4969-14, se bilaga A och B

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling och editionsföreläggande

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Avonova Hälsa AB (Avonova) yrkar i första hand att kammarrätten bestämmer att upphandlingen ska rättas på så vis att Avonova tilldelas uppdraget och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Vidare yrkar



Avonova att det i förvaltningsrätten framställda yrkandet om edition bifalls. Avonova anför följande.

Eftersom Avonova inte har fått del av hela Feelgoods anbud och därför inte kunnat kontrollera att utvärderingen av det vinnande anbudet skett på ett sakligt och korrekt sätt, görs gällande att Avonovas anbud varit mer ekonomiskt fördelaktigt och att Feelgoods anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget. Kommunen har bara uppgett att Feelgoods anbud uppfyllt de obligatoriska kraven och att maximal poäng erhållits för varje utvärderingskriterium. I förevarande fall åvilar det kommunen att inför domstolen förete de aktuella anbudshandlingarna för att motbevisa påståendet att Feelgood inte uppfyller kraven. Det kan inte vara tillräckligt att kommunen enbart påstår något i denna del.

Kommunens förbehåll att acceptera anbud helt eller delvis står i strid med kraven på förutsägbarhet och transparens. I det fall förfrågningsunderlaget hade utformats på ett tydligare sätt hade Avonova kunnat utforma sitt anbud på ett annat sätt som blivit mer ekonomiskt fördelaktigt. Nu har Avonova nödgats ta höjd för att anbudet skulle kunna antas på ett stort antal olika sätt.

Det framgår inte av punkterna 5.3.1–5.3.3 hur bedömning och poängsättning av anbudgivarnas lämnade svar skulle ske, utan det blev tydligt först efter tilldelningsbeslutet. Dessutom har kommunen genom att först i Frågor och svar lämna besked om att det är 10 000 kr som kommer att tillämpas som uppräkningsstal vidtagit en sådan väsentlig förändring som medför att det brister i transparens och förutsägbarhet.

Även vitesregleringen i förfrågningsunderlaget brister i transparens och förutsägbarhet.



SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Prövningstillstånd

Kammarrätten finner skäl att meddela prövningstillstånd.

Editionsföreläggande

Inledningsvis ska kammarrätten ta ställning till om förvaltningsrättens beslut att avslå Avonovas yrkande om editionsföreläggande är riktigt. De delar av vinnande anbud från Feelgood som yrkandet avser är dels specificerade anbudspriser, dels de tre bilagor som legat till grund för kvalitetsutvärderingen.

Av 20 § förvaltningsprocesslagen (1971:291) framgår att bestämmelserna om edition i 38 kap. 8 § rättegångsbalken ska tillämpas. I den bestämmelsen anges följande. Om en allmän handling kan antas ha betydelse som bevis, får rätten besluta att handlingen ska tillhandahållas. Detta gäller inte en handling genom vars företeende yrkeshemlighet skulle uppenbaras, med mindre synnerlig anledning förekommer.

En första förutsättning för att edition ska medges är att handlingen kan antas ha betydelse som bevis. I detta ligger att edition inte medges när syftet är att sökanden ska få möjlighet att bedöma vilka grunder som bör åberopas (jfr Ekelöf m.fl., Rättegång IV, 7 uppl., s. 264 f). Av Avonovas överklagande till kammarrätten framgår att syftet med editionen är att Avonova ska kunna kontrollera om kommunens utvärdering av Feelgoods anbud är korrekt. Samtidigt gör Avonova – på grund av att utvärderingen inte kunnat kontrolleras – gällande att det egna anbudet är mer ekonomiskt fördelaktigt och därför bort antas samt att Feelgoods anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven. De handlingar som editionsyrkandet avser åberopas till styrkande härav. Härigenom får handlingarna, i vart fall i formell mening, antas ha betydelse som bevis.



Nästa fråga är om handlingarna innehåller *yrkeshemlighet*. Härvid kan ledning hämtas i definitionen av företagshemlighet i lagen (1990:409) om skydd för företagshemligheter. Enligt lagens 1 § avses med företagshemlighet sådan information om affärs- eller driftförhållanden i en näringsidkares rörelse som näringsidkaren håller hemlig och vars röjande är ägnat att medföra skada för honom i konkurrenshänseende.

De handlingar som editionsyrkandet avser innehåller uppgifter om pris och bolagets kvalitetsarbete. Fråga är således om information om affärs- och driftförhållandena i Feelgoods rörelse. Eftersom Feelgood i sitt anbud har begärt att upphandlande myndighet sekretessbelägger uppgifterna får kravet på hemlighållande anses uppfyllt.

I förarbetena anges att det tredje rekvisitet – att ett röjande av informationen är ägnat att medföra skada – innebär att informationen måste ha ett värde i näringsidkarens hand. Situationen ska vara sådan att röjandet typiskt sett är av beskaffenhet att medföra skada (prop. 1987/88:155 s. 36 f).

Risken för skada om de aktuella uppgifterna röjs har bedömts av kammarrätten i mål om rätt att ta del av allmän handling (dom den 24 juni 2014 i mål nr 3227-14). Kammarrätten konstaterade att handlingarna innehåller uppgifter som ger en bild av Feelgoods strategier och arbetsmetodik inom olika områden och fann särskild anledning att anta att ett röjande av uppgifterna skulle leda till skada för Feelgood.

Mot bakgrund härav finner kammarrätten att även skaderekvisitet är uppfyllt. Handlingarna innehåller alltså yrkeshemligheter. Det krävs därmed synnerlig anledning för att besluta om edition.

Vid bedömningen av om *synnerlig anledning* förekommer ska en avvägning främst göras mellan å ena sidan handlingens betydelse som bevis och å andra sidan yrkeshemlighetens ekonomiska värde (jfr NJA 1986 s. 398 och



NJA 2012 s. 289 punkt 17). Det förhållandet att yrkandet inte avser en avtalsparts utan en konkurrents handlingar innebär enligt kammarrätten att särskild vikt bör läggas vid risken för skada.

Avonova har inte anfört något som ger stöd för påståendet om brister i kommunens utvärdering; tvärtom är syftet med yrkandet om edition att undersöka om det finns några brister. I en sådan situation finns det enligt kammarrätten inte synnerlig anledning att medge edition. Överklagandet av förvaltningsrättens beslut ska därför avslås.

Avonovas invändningar i sak

Villkoret i förfrågningsunderlaget (punkterna 3.1 och 3.8) om att beställaren förbehåller sig rätten att acceptera inkomna anbud helt eller delvis är – om det läses isolerat – inte förenligt med kravet på förutsägbarhet. Villkoret måste dock förstås utifrån sitt sammanhang. Av det första stycket i punkten 3.8 framgår att anbud lämnas på hela uppdraget och att en leverantör kommer att antas. I det fjärde stycket anges att bilagor eller information med villkor för utförandet som finns i anbudet, men som beställaren inte har efterfrågat eller som inte motsvarar kravställningen, inte accepteras som en del av det antagna anbudet. Detta stycke preciserar enligt kammarrättens bedömning innebörden av beställarens rätt att anta ett anbud delvis så att det med tillräcklig tydlighet framgår att det är fråga om en rätt att välja bort sådant som faller utanför uppdraget så som det beskrivs i förfrågningsunderlaget.

När det gäller utvärderingsmodellen har kommunen efter förfrågan från kammarrätten upplyst att de olika poängnivåerna med beskrivning av vilka krav som ställs för respektive nivå framgår under punkterna 5.3.1–5.3.3 i det förfrågningsunderlag som gjordes tillgängligt för presumtiva anbudsgivare. Kammarrätten finner inte skäl att ifrågasätta kommunens uppgifter. Mot bakgrund härav instämmer kammarrätten i förvaltningsrättens



bedömning att utvärderingsmodellen inte står i strid med transparensprincipen. Kammarrätten delar även förvaltningsrättens bedömning i fråga om såväl kommunens redovisning av uppräkningsstalet som vitesregleringen.

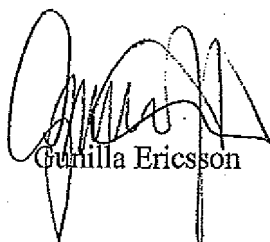
Avonova anser vidare att Feelgoods anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget och att utvärderingen av Feelgoods anbud genomförts på ett felaktigt sätt. För att styrka sin talan i denna del har Avonova som framgår ovan begärt edition. Enligt kammarrättens bedömning har det förhållandet att Avonova inte får del av det vinnande anbudet i sin helhet ingen betydelse i fråga om placeringen av bevisbördan i målet. Det är således Avonova som ska visa att det finns grund för ingripande enligt LOU. Avonova har inte visat att Feelgoods anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven och inte heller att utvärderingen genomförts på ett felaktigt sätt.

Även överklagandet av förvaltningsrättens dom ska således avslås.


HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga C (formulär 1). Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.



Ingvar Johansson



Gunilla Ericsson



Åsa Ståhl
referent





FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

BESLUT
2014-06-17
Meddelat i Malmö

Mål nr
4969-14

1

SÖKANDE

Avonova Hälsa Syd AB, 556185-8795
Hans Michelsensgatan 1 B
211 20 Malmö

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

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling; nu fråga om editions-
föreläggande

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Avonova Hälsa Syd AB:s yrkande om editions-
föreläggande.

Dok.Id 210745

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: forvaltningsrattentalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00



YRKANDE M.M.

Avonova Hälsa Syd AB (Avonova) har ansökt om överprövning av Malmö stads upphandling av företagshälsovårdstjänster och därvid yrkat att förvaltningsrätten ska besluta om editionsföreläggande. Till stöd för sitt yrkande anför bolaget bl.a. följande. Kommunen har valt att sekretessbelägga delar av Feelgood Företagshälsovård AB:s (Feelgood) anbud. Avonova gör gällande att bolaget lämnat ett mer fördelaktigt ekonomiskt anbud än vad Feelgood gjort och att Feelgood inte uppfyller de obligatoriska kraven i punkterna 5.3.1, 5.3.2 och 5.3.3 i förfrågningsunderlaget. Avonova åberopar därför de sekretessbelagda handlingarna till styrkande för detta.

Malmö stad anför bl.a. följande. Fem av totalt sex anbudsgivare har uttryckt önskemål om att staden ska besluta om sekretess för specifika uppgifter i inlämnade anbudshandlingar. Företagen har som skäl angivit att konkurrensförhållandena på den aktuella marknaden för företagshälsovårdstjänster negativt skulle påverkas och orsaka ekonomisk skada om uppgifterna som det begärs sekretess för skulle bli offentliga.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Med beaktande av att officialprincipen ska tillämpas försiktigt i upphandlingsmål finns det i förevarande fall inte skäl att meddela editionsföreläggande.

ÖVERKLAGANDE

Beslutet får enligt 34 § förvaltningsprocesslagen överklagas endast i samband med talan mot beslutet i själva saken.

Marianne Alwall

Maria Persson har föredragit ärendet.





FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2014-10-07
Meddelad i
Malmö

Mål nr
4969-14

I

SÖKANDE

Avonova Hälsa Syd AB, 556185-8795
Hans Michelsensgatan 1 B
211 20 Malmö

Ombud: advokaten Henrik Gallus
Advokatfirman Kjällgren i Lidköping AB
Älvgatån 16
531 31 Lidköping

MOTPART

Malmö stad
205 80 Malmö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Avonova Hälsa Syd AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.



YRKANDEN M.M.

Malmö stad genomför en upphandling av företagshälsovårdstjänster, 2013-00097, åt stadsområdesförvaltningarna norr, öster, söder, väster och innerstaden samt grundskoleförvaltningen, förskoleförvaltningen och sociala resursförvaltningen. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Enligt tilldelningsbeslut har Feelgood Företagshälsovård AB (Feelgood) tilldelats kontraktet. Avonova Hälsa Syd AB (Avonova) har placerat sig på andra plats.

Avonova ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Avonova bedöms ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Som grund för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Helt eller delat anbud

Upphandlingen avser företagshälsovårdstjänster till åtta kommunala förvaltningar och till ett ungefärligt kontraktsvärde om 10 miljoner kr per år. Det finns inga garanterade volymer enligt förfrågningsunderlaget och företagshälsovårdstjänster kan omfatta flera olika typer av personal vilket tydligt framgår av förfrågningsunderlaget. Kommunen har förbehållit sig rätten att acceptera anbud helt eller delvis. Detta förbehåll står i strid med kravet på förutsägbarhet och transparens. Det är omöjligt att lämna anbud i en upphandling som den som nu är ifråga om inte anbudsgivaren har någon möjlighet att förutse vilken del av anbudet som ska komma att antas. Förbehållet innebär exempelvis att det skulle vara möjligt för kommunen att endast "rycka" ut en personalkategori ur anbudet och anta anbudet endast avseende vaccinationstjänster. Det finns ett mycket stort antal kombinationer som skulle kunna antas av kommunen. Det är fråga om ett förbehåll



som gör att anbudsgivaren kan hamna i en situation som över huvud taget inte är förutsägbar. Det är en självklarhet att ett sådant förbehåll gör att en anbudsgivare blir osäker om anbud ska lämnas över huvud taget och i sådana fall till vilket pris. Avonova har till följd härav lidit skada eller kan komma att lida skada.

Vite

Det är inte möjligt att förstå när och hur vite ska utgå och beräknas. Det är oklart vad det innebär att vite ska utgå om genomförandet av uppdraget försenas. De aktuella beskrivningarna i förfrågningsunderlaget är synnerligen diffusa och står i strid med principen om förutsägbarhet och transparens. Det är inte möjligt för en anbudsgivare att förstå dess innebörd och detta är omständigheter som har prispåverkan. Kommunen borde ha gjort de aktuella avsnitten konkreta och tydligt angett när vite ska utgå. Avonova har till följd härav lidit skada eller kan komma att lida skada.

Utvärderingsmodellen

Av förfrågningsunderlaget framgår att en uppräkningsmodell i SEK ska tillämpas som utgår från varje anbuds anbudssumma och att denna ska räknas upp med ett kvalitetsbristtillägg. Uppräkningsmodellen beskrivs i bilaga 1. I bilagan beskrivs att det ska ske en poängsättning för vissa kriterier och att detta ska påverka anbudssumman på visst sätt. Det går dock inte av den aktuella bilagan eller över huvud taget av förfrågningsunderlaget att utläsa hur poängsättningen av de aktuella kriterierna ska ske. Vid kontakt med kommunen efter tilldelningsbeslutet har dokumentet Anbudsutvärdering – Poängsättning av utvärderingskriterier mottagits. Av detta dokument framgår hur bedömningen av anbudsgivarnas svar skulle ske i den aktuella upphandlingen. Det framgår bl.a. att anbudsgivaren kunde erhålla 100 poäng, 75 poäng, 50 poäng, 25 poäng och 0 poäng



och att poängsättningen skulle ske efter vissa tydliga bedömningar som beskrivs i det aktuella dokumentet. Dessa beskrivningar av hur utvärderingen skulle ske har alltså inte funnits med i förfrågningsunderlaget och poängsättningen är okänd. Det har alltså inte varit möjligt för anbudsgivarna att förutse hur poängsättningen skulle komma att ske.

Det föreligger även ytterligare brister såvitt gäller beskrivning av hur utvärderingsfasen ska genomföras. I bilaga 1 anges att ett uppräkningsstal om 6 750 ska användas vid beräkningen av kvalitetsbristtillägg. Det är synnerligen oklart om det är detta tal som ska gälla för upphandlingen eller om det endast är fråga om ett exempel. I det fall det endast är fråga om ett exempel står upphandlingen i strid med LOU på så sätt att det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur utvärderingen ska genomföras. Hur stort talet är får mycket stor betydelse på vilket slutresultat som erhålls. Det framgår av fråga 17 i Frågor och svar att kommunen på en direkt fråga om vilket uppräkningsstal som ska tillämpas svarat att det är "SEK 10 000". Upphandlingen står i strid med LOU på så sätt att det definitiva talet borde ha angetts i annonsen och förfrågningsunderlaget. Det är i sådana fall fråga om en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget som är otillåten. Genom att justera talet till "SEK 10 000" har kommunen gjort en väsentlig förändring av annonsen och förfrågningsunderlaget som står i strid med LOU.

En konsekvens av kommunens beslut att sekretessbelägga delar av Feelgoods anbud är att det är omöjligt att kontrollera att utvärderingen av anbudet skett på ett sakligt och korrekt sätt. Det görs gällande att Feelgoods anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven i punkterna 5.3.1, 5.3.2 och 5.3.3 i förfrågningsunderlaget avseende att lämna utförliga redogörelser. Det görs gällande att Feelgood inte har lämnat några sådana redogörelser och i vart fall att de inte uppfyller de nämnda obligatoriska



kraven. Uppgifterna ska lämnas i ett dokument om maximalt fyra A4-sidor. Feelgood uppfyller inte heller detta skall-krav.

Malmö stad bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Helt eller delat anbud

Under annonseringstiden ställdes en fråga avseende punkten 3.8. Frågan var följande: I vilka fäll antas anbud bara delvis? Staden gav som svar att ett anbud antas delvis i det fall då en anbudsgivare erbjuder en tjänst som inte efterfrågats av staden. För Avonova fanns, liksom för potentiella anbudsgivare, möjlighet att utifrån svaret på frågan ställa ytterligare frågor. Följden av formuleringen "Anbud ska kunna antas i sin helhet" är att samtliga efterfrågade tjänstedelar som uppdraget omfattar ska erbjudas av anbudsgivaren. Den innebörden stöds av att samtliga efterfrågade tjänster är utformade som obligatoriska krav (punkt 4.2 *Krav på tjänsten*). I punkten 4.2.1 framgår vilka tjänster som efterfrågas och som kommer att avropas under avtalsperioden. Av punkten 3.8 framgår även att anbudsgivaren ska erbjuda hela uppdraget, att endast en leverantör kommer att antas samt att anbudsunderlag som inte efterfrågats eller som inte motsvarar ställda krav inte kommer att accepteras som en del av det antagna anbudet. Det är både ändamålsenligt och ekonomiskt hållbart för staden att uppdragets samtliga tjänstedelar omfattas av kommande avtalsvillkor. Stadens tolkning och därav tillämpning av likabehandlingsprincipen får till följd att förfrågningsunderlagets kravställning avseende uppdragets samtliga tjänstedelar ska implementeras i det aktuella avtalet. Staden bedömer att kravet på förutsebarhet och transparens uppfylls genom den information som framgår i punkterna 3.1 och 3.8 gemensamt med det svar som lämnats genom "Frågor och svar".



Vite

I punkt 4.1.15 finns preciserat vid vilken typ av avvikelse som vite kommer att utkrävas. Som framgår av texten sker det då avtalsleverantören inte levererar i enlighet med de tidsramar som framgår under rubrikerna tillgänglighet (punkten 4.2.9) och återkoppling (punkten 4.2.22). Att beställaren har rätt till vite motsvarande 10 procent av fakturans belopp om genomförandet av uppdraget försenas innebär att staden, för enskilt ärende, kommer att minska fakturerat belopp med 10 procent om avtalsleverantören inte har levererat enligt avtalad tidsram. I punkt 4.1.16 finns angivet att staden har rätt att använda vite då fakturaavvikelse föreligger på grund av att överenskommelse mellan parterna, avseende specifikt uppdrag/ärende, inte tillämpas av leverantören.

Formuleringen "beställaren har rätt till vite" ska av anbudsgivaren tolkas som att staden vid varje avvikelse från det som framgår under de obligatoriska kraven, dvs. angivna tidsramar i punkterna 4.1.15 och 4.1.16, kommer att utkräva vite från avtalsleverantören. Den preciserade förutsättningen ger varje potentiell anbudsgivare möjlighet att i samband med konkurrensutsättningen anpassa sin prissättningsstrategi. Formuleringen "uppdrag" som anges i punkterna 4.1.15 och 4.1.16 avser enskilt uppdragsärende som kan relateras till en medarbetare. Detta framgår genom angivna tidsramar samt övrig formulering i punkterna 4.2.9 och 4.2.22.

Staden anser att kravet på förutsebarhet och transparens, i tillräcklig grad, uppfylls genom texten under punkterna 4.1.15 och 4.1.16.

Utvärderingsmodellen

Utvärderingsmodellen är benämnd "Uppräkningstalsmodellen". Genom förfrågningsunderlagets bilaga 1 redovisas, i form av ett exempel, hur



utvärdering med uppräkningsstal genomförs. Det uppräkningsstal som skrivits in i upphandlingssystemet är inte möjligt att korrigera efter publicering av förfrågningsunderlaget. Under annonseringstiden frågade en potentiell anbudsgivare vilket uppräkningsstal som fastställts för den aktuella utvärderingen. Besked om att uppräkningsstalet var 10 000 SEK lämnades genom "Frågor och svar". Följden av det aktuella uppräkningsstalet är att varje poäng som skiljer maximal poäng från erhållen poäng belastas med ett kvalitetsbristtillägg som är 10 000 SEK. En bilaga med ett exempel som konkretiserar utvärderingsmodellen genom att visa hur den kommer att tillämpas kan rimligtvis inte tolkas som att de tal, siffror och summor som framgår av exemplet kommer att implementeras i den aktuella anbudsutvärderingen. Staden har genom att svara på frågan om vilket uppräkningsstal som valts för utvärderingen inte väsentligen förändrat förfrågningsunderlaget utan däremot, genom information avseende kvalitetsbristtilläggets exakta summa per poäng, eventuellt underlättat för Avonova och övriga anbudsgivare vid val av prisstrategi. Publiceringen av det aktuella uppräkningsstalet har inte förändrat något obligatoriskt krav eller medfört några väsentliga förutsättningar. Informationen har kommunicerats via det elektroniska upphandlingssystemet 14 dagar före sista dag för anbudsinlämning, vilket är en tillräcklig tidsperiod för att potentiella anbudsgivare ska kunna utvärdera och använda sig av informationen. Staden har tillämpat grundläggande krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

Efter att underrättelse om tilldelningsbeslut skickats till anbudsgivarna begärde Avonova att få utlämnat kopia av tilldelad leverantörs anbudshandlingar. Avonova erhöll förutom kopia av tilldelad leverantörs offentliga anbudshandlingar (med sekretessbelagda uppgifter borttagna) även en bedömning, rubricerad Anbudsutvärdering – Poängsättning av utvärderingskriterier, av samtliga deltagande anbudsgivares anbudssvar avseende kvalitetskriterier. Detta dokument utgör inte någon beskrivning av



hur den aktuella utvärderingens poängsättning genomförts, utan är en översiktlig sammanställning över antal poäng som respektive anbudsgivare har erhållit för respektive utvärderingskriteriesvar. För de två anbudsgivare som för sitt svar avseende utvärderingskriterium leverantörens kvalitetssäkring endast erhållit 75 poäng framgår skälen för det. De tre utvärderingskriterier som valts för att utvärdera anbudsgivarens erbjudande avseende efterfrågade mervärden framgår i förfrågningsunderlaget under punkterna 5.3.1, 5.3.2 och 5.3.3. Under varje utvärderingskriterium ges information och ledning i form av en instruktion som förmedlar vilket mervärde som efterfrågas och vad lämnat svar förväntas innefatta. Det framgår mycket tydligt i texten under samtliga kriterier att anbudsgivaren för respektive efterfrågat mervärde ska lämna beskrivning och redovisa exempel. Vidare anges under rubricering och beskrivning av respektive utvärderingskriterium hur anbudssvar kommer att bedömas och den poängskala som används (0-100 poäng). I utvärderingens information avseende poängsättning finns inte någon beskrivning av vilken exakt utformning och formulering som krävs i respektive kriteriesvar för att få tilldelat 100, 75, 50, 25 eller 0 poäng. Om ovanstående transparens avseende förväntade utvärderingssvar (mervärden) redovisats i förfrågningsunderlaget skulle det sannolikt innebära att samtliga potentiella anbudsgivare skulle lämna ett svar som skulle tilldelas maximal poäng. En sådan förutsättning skulle leda till att utvärderingen av kvalitativa mervärden blir utan värde vid konkurrensutsättningen. Staden anser att kravet på förutsebarhet och transparens, i tillräcklig grad, uppfylls genom utformning och formulering som framgår under punkterna 5.3.1, 5.3.2 och 5.3.3.

Anbudskriteriesvar motsvarande fyra sidor för respektive svar som Feelgood lämnat uppfyller det som efterfrågats, dvs. "Leverantören ska utförligt beskriva hur och exemplifiera hur", vilket har resulterat i maximal



poäng (100 poäng) för varje enskilt utvärderingskriterium avseende kvalitet. Feelgoods anbud har uppfyllt samtliga ställda obligatoriska krav.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

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

I det i målet aktuella förfrågningsunderlaget anges i **punkt 3.1** att beställaren förbehåller sig rätten att acceptera inkomna anbud helt eller delvis. I **punkt 3.8** anges att anbud inlämnas på hela uppdraget. En (1) leverantör kommer att antas. Anbud ska kunna antas i sin helhet. Beställaren förbehåller sig rätten att acceptera inkomna anbud helt eller delvis. Bilagor eller information med villkor för utförandet som finns i anbudet, men som beställaren inte har efterfrågat eller som inte motsvarar kravställningen, accepteras inte som en del av det antagna anbudet.

I **punkt 4.1.14** anges att beställaren ska ha rätt att erhålla vite genom avräkning på kommande faktura. I **punkt 4.1.15** anges att angivna tidsramar under avsnitt 4.2. Krav på tjänsten, rubrik – Tillgänglighet samt Återkoppling – ska tillämpas av leverantören. Beställaren har rätt till vite motsva-



rande 10 procent av fakturans belopp om genomförandet av uppdraget försenas. I punkt 4.1.16 anges att för sådant uppdrag där fakturan inte stämmer överens med överenskommelsen om uppdraget, efter avdrag av eventuellt vite, har beställaren rätt till vite motsvarande 10 procent av fakturans belopp.

I punkt 5.1.1 anges att de anbud som uppfyller ställda obligatoriska krav utvärderas vidare och poängsätts utifrån angivna utvärderingskriterier och redovisad anbudsutvärderingsmodell. I punkt 5.1.2 anges att uppräknings-talsmodellen (SEK) utgår från varje anbuds anbudssumma och räknar upp denna med ett kvalitetsbristtillägg. Resultatet blir ett jämförpris där anbudet med det lägsta jämförpriset är det vinnande anbudet. I punkt 5.1.3 hänvisas till bifogat dokument (bilaga 1) som beskriver uppräknings-talsmodellen (SEK).

I punkt 5.3.1 *Utvärderingskriterium – proaktiv strategisk hälsopartner* anges följande. Leverantören ska utförligt beskriva hur och exemplifiera hur leverantören är en proaktiv strategisk partner till beställaren i det hälsofrämjande, förebyggande och efterhjälpande arbetet. Redovisa ovanstående genom att bifoga maximalt 4 A4-sidor. Bedömning av leverantörens förslag:

- 100 Leverantören beskriver tydligt och fördjupat det som efterfrågats. Leverantören beskriver tydligt och fördjupat koncept, arbetssätt och metoder för genomförande av uppdraget. Värderas som utmärkt.
- 75 Leverantören beskriver i tillräcklig omfattning det som efterfrågats. Leverantören beskriver koncept, arbetssätt och metoder för genomförande på ett tillfredsställande sätt.
- 50 Leverantören beskriver inte i tillräcklig omfattning det som efterfrågats. Leverantören beskriver koncept, arbetssätt och metoder för genomförande på ett inte helt tillfredsställande sätt.
- 25 Leverantören beskriver i otillräcklig omfattning det som efterfrågats. Leverantören beskriver koncept, arbetssätt och metoder på ett otillräckligt sätt.



0 Leverantören har inte besvarat det som efterfrågats. Värderas som otillfredsställande.

I punkt 5.3.2 *Utvärderingskriterium – förvaltningens systematiska arbetsmiljöarbete* anges att leverantören utförligt ska beskriva och exemplifiera hur denne stödjer, kvalitetssäkrar och utvecklar beställarens systematiska arbetsmiljöarbete.

I punkt 5.3.3 *Utvärderingskriterium – leverantörens kvalitetssäkring* anges att leverantören utförligt ska beskriva och exemplifiera hur denne kvalitetssäkrar sina medarbetares kompetens, gör omvärldsbevakning inom området samt tar del av aktuell forskning och nya metoder.

Förvaltningsrättens bedömning

Helt eller delat anbud

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud inlämnas på hela uppdraget och att en leverantör kommer att antas. Vidare är samtliga krav på tjänsten utformade som skall-krav vilka måste vara uppfyllda för att ett anbud ska utvärderas. Därtill har staden i "Frågor och svar" gett ett exempel på då ett anbud kan komma att antas delvis, dvs. då en anbudsgivare erbjuder en tjänst som inte efterfrågats av beställaren. Av utvärderingsrapporten framgår emellertid att Avonovas anbud, i sin helhet, har kvalificerats till utvärderingen. Även om förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat avseende helt eller delat anbud har Avonova inte visat att man lidit eller kan komma att lida skada av förfrågningsunderlagets utformning.

Vite

Beställaren har rätt till vite motsvarande 10 procent av fakturans belopp om genomförandet av uppdraget försenas. I punkten 4.1.15 anges att de



tidsramar som föreligger i punkterna 4.2.9 *Tillgänglighet* och 4.2.22 *Återkoppling* ska tillämpas av leverantören. De angivna tidsramarna är s.k. skall-krav som ska uppfyllas av leverantören. Enligt förvaltningsrätten framgår det således klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att om en leverantör inte levererar i enlighet med de avtalade tidsramarna som föreligger, dvs. då uppdraget försenas, har beställaren rätt till vite motsvarande 10 procent av fakturans belopp. Enligt förvaltningsrätten framgår det också klart och tydligt av punkt 4.1.16 att beställaren har rätt till vite motsvarande 10 procent av fakturans belopp om fakturan inte stämmer överens med överenskommelsen om uppdraget. Förfrågningsunderlaget brister således inte i transparens.

Utvärderingsmodellen

Uppräkningstalsmodellen beskrivs i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget. I bilagan anges att de kriterier som anbudsgivaren anger poängsätts. Tre utvärderingskriterier kommer att poängsättas; proaktiv strategisk hälsopartner (5.3.1), förvaltningens systematiska arbetsmiljöarbete (5.3.2) och leverantörens kvalitetssäkring (5.3.3). Under respektive utvärderingskriterium framgår det klart och tydligt vad anbudsgivarna ska beskriva och exemplifiera, hur bedömningen av anbudsgivarnas svar kommer att ske samt poängsättningen därav. Det kan därtill konstateras att den beskrivning av hur bedömningen skulle komma att ske som angivits i dokumentet "Anbudsutvärdering – Poängsättning av utvärderingskriterier" är exakt samma som den beskrivning som angetts i förfrågningsunderlaget.

Vad gäller uppräkningsstalet framgår det klart och tydligt av uppräkningsstalsmodellen, bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, att modellen utgör ett exempel. Det framgår även klart och tydligt i punkt 5.1.3 att uppräkningsstalsmodellen utgör ett exempel. Därtill har staden i Frågor och svar angett att det aktuella uppräkningsstalet i förevarande upphandling är 10 000 SEK.



Det aktuella uppräkningsstalet har således stått klart för anbudsgivarna innan tiden för anbudsingivandet gått ut. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att klargörandet av uppräkningsstalet inte utgör en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Det har således varit känt för anbudsgivarna hur utvärderingsmodellen skulle komma att tillämpas. Förvaltningsrätten finner därmed att utvärderingsmodellen inte står i strid med transparensprincipen.

Vad gäller att lämna redogörelser i enlighet med punkterna 5.3.1, 5.3.2 och 5.3.3 har staden anfört att Feelgood har lämnat redogörelser om maximalt fyra sidor per svar vilket resulterat i maximal poäng. Enligt förvaltningsrätten har Avonova inte förmått visa att Feelgood inte uppfyller de ställda kraven.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Avonova inte förmått visa att Malmö stad har brutit mot bestämmelserna i LOU. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Avonovas ansökan härom ska därför avslås.

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

Ola Brändström

