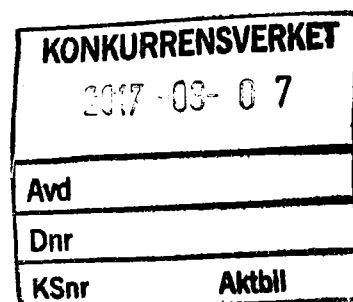




**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2017-03-07
Meddelad i Linköping

Mål nr
8605-16



SÖKANDE

Stångå Tandklinik AB, 556875-1993
Nygatan 2
582 19 Linköping

MOTPART

Kriminalvården
Slottsgatan 78
601 80 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett i enlighet med vad som anges i skälen för denna dom.

Dok.Id 278418

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00
E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se
www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kriminalvården genomför upphandlingen ”Tandläkare till anstalten Västervik” med dnr 2016-23836. Upphandlingen genomförs enligt reglerna för förenklat förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrunden är lägsta pris. Genom tilldelningsbeslut den 9 december 2016 meddelade Kriminalvården att Engnor AB antagits som anbudsgivare.

Stångå Tandklinik AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att Bolaget ska tilldelas uppdraget.

Kriminalvården bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Bolaget

Engnor AB saknar kvalifikation gällande ska-kravet i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget. Som referenser har Engnor AB angivit Östbergatandläkarna AB, Stockholms läns landsting och Trygg Hansa AB. Inget i verksamhetsbeskrivningen eller i anbudet visar på att någon av tandläkarna hos Engnor AB har haft minst två liknande uppdrag under de tre senaste åren. Kriminalvården har dessutom inte heller kontaktat angivna referenser för att utreda om Engnor AB har nödvändig erfarenhet för att uppfylla ska-kravet.

Kriminalvården anger att det i förfrågningsunderlaget inte finns krav på att anbudsgivaren ska beskriva angivna referensuppdrag. Av underlaget framgår att anbudsgivaren ska ha haft minst två liknande uppdrag. Referenserna ska avse liknande tjänster som upphandlingen omfattar. Engnor AB angav referenser som inte påvisar att uppdrag liknande denna

upphandling har utförts. Upphandlingen omfattar tandläkartjänster innefattande framför allt akuttandvård för personer med missbruksproblematik och/eller avvikande personligheter, enligt punkten 2.1.5 i förfrågningsunderlaget. Engnor AB har inte visat att tandläkarna haft liknande uppdrag med hänsyn till att dessa arbetat med vanlig allmäntandvård, varför uppdraget inte skulle ha tilldelats Engnor AB utan Bolaget.

Det framgår inte i anbudet hur angivna referenter har givit Engnor AB nödvändig erfarenhet. Vid mailkonversation med ansvarig upphandlare efterfrågades detta, men något bevis kunde inte ges. I svaret angavs att det är tillräckligt att man som allmäntandläkare gett patienter både akuttandvård och grundläggande tandvård. Detta skiljer sig dock gravt från hur kravet tolkades innan upphandlingstiden gick ut. Av tidigare mailkonversation mellan en annan anbudsgivare och ansvarig upphandlare, i upphandlingen för anstalten Skänninge som har identiskt förfrågningsunderlag, framgår att Kriminalvårdens avsikt med kravet i punkten 2.1.6 var att begreppet liknande uppdrag skulle tolkas snävt. Om kravet skulle haft den innebörden som Kriminalvården nu påstår skulle samtliga tandläkare i Sverige vara behöriga att lämna anbud. Kravet är i sådant fall överflödigt att uppställa. Det är uppenbart att Kriminalvården under upphandlingens gång har ändrat sin tolkning av kravet från att initialt ha varit snäv till att vara vid.

Kriminalvården

Bolaget anför att vinnande anbudsgivare inte uppfyller kravet i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget som avser referenser. Anbudsgivaren ska genom att ange referenser styrka att denne har utfört liknande uppdrag de senaste tre åren. Engnor AB har angett referensuppdrag i enlighet med kravets formulering. Det finns inget krav på att anbudsgivaren ska beskriva angivna referensuppdrag i någon verksamhetsbeskrivning.

Det ska poängteras att varje ska-krav ska utläsas och uppfyllas var för sig. Ska-kravet i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget avser anbudsgivarens erfarenhet av liknande uppdrag. Detta ska inte blandas ihop med ska-kravet avseende tandläkarens kompetens som anges i punkten 2.1.5.

Av punkten 1.2.3 i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen gäller tandvård i form av dels sådan akuttandvård, dels sådan grundläggande tandvård som avses i Kriminalvårdens föreskrifter och allmänna råd (FARK Fängelse och FARK Häkte). Vinnande anbudsgivare har i enlighet med punkten 2.1.6 angivit referensuppdrag som styrker att anbudsgivaren utfört liknande uppdrag de tre senaste åren. Ska-kravets syfte i punkten 2.1.6 är således uppfyllt. Vidare har en upphandlande myndighet inte skyldighet att kontrollera varje enskilda ska-krav i en upphandling så länge det inte finns misstanke att kravet inte uppfyllts eller annan särskild anledning (se Kammarätten i Jönköpings dom den 27 september 2011 i mål nr 1472-1474-11). Det har saknats särskild anledning att betvivla att det aktuella ska-kravet uppfyllts.

Den vinnande anbudsgivaren har styrkt de angivna tandläkarnas kompetens genom att bifoga CV i enlighet med punkten 2.1.5. I punkten uppställs det inte något krav på erfarenhet av att arbeta med personer som är missbrukare eller har avvikande personligheter. Däremot anges att stor vikt fästs vid att tandläkaren och tandsköterskan har god samarbetsförmåga och förutsättningar för att arbeta med den aktuella typen av patienter. Det finns inget i det vinnande anbudet som antyder att det skulle finnas brister i detta avseende. Därmed är även ska-kravet punkten 2.1.5 uppfyllt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

LOU upphävdes den 1 januari 2017. Enligt 4 p. i ikraftträdande- och övergångsbestämmelser för den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling gäller dock den äldre LOU för sådana upphandlingar som påbörjades före den 1 januari 2017.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av 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.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska dessutom principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

2.1.5 Kompetenskrav och erfarenhet

Anbudsgivaren ska tillhandahålla legitimerad tandläkare och vid behov legitimerad tandsköterska. Stor vikt fästes vid att tandläkaren och tandsköterskan har god samarbetsförmåga och förutsättningar att arbeta med patienter som är missbrukare och/eller med avvikande personligheter.

Kompetensen ska styrkas genom meritförteckning innehållande teoretisk kompetens, yrkeserfarenhet med angivande av anställningstider för den tandläkare som är aktuell för uppdraget.

Kriminalvården förbehåller sig rätten att kontrollera de för uppdraget aktuella personernas legitimationsförhållanden och om anmälningar till Hälso- och sjukvårdens ansvarsnämnd har riktats mot dem.

2.1.6 Referenser

Kriminalvården ställer som krav att anbudsgivarens ska ha haft minst två liknande uppdrag under de tre senaste åren. Anbudsgivaren ska i anbudet uppge två olika referenter som anbudsgivaren har utfört uppdrag åt. Referenserna ska avse liknande tjänster som denna upphandling omfattar. Har anbudsgivaren haft uppdrag för Kriminalvården inom de tre senaste åren ska Kriminalvården vara en av referenterna.

De av anbudsgivare angivna referenterna kommer att tillsändas bifogat underlag för referenser. Upphandlande myndighet ansvarar för den korrespondensen, anbudsgivare skall inte inhämta underlaget från referenter.

Svaren är kvalificerande för anbudsgivare, uppnås inte minst 3 poäng för varje fråga så kommer anbud ej anses kvalificerat för att utvärderas.

Om Kriminalvården har erfarenhet av tandläkaren förbehåller sig Kriminalvården rätten att själv vara referent. Sådan referens ersätter i sådant fall anbudsgivarens referens med lägst poäng.

Förvaltningsrättens bedömning

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa att skäl för begärd åtgärd föreligger enligt nämnd lagstiftning.

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas så länge de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i

förfrågningsunderlaget ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (se bl.a. HFD 2016 ref. 37).

Det återfinns ingen uttrycklig definition av begreppen liknande uppdrag och liknande tjänster i förfrågningsunderlaget. Bedömningen av vad som avses med begreppen måste utgå från hur kravet uppfattas i förhållande till förfrågningsunderlaget (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 27 juni 2016 i mål nr 3262-15). Av punkten 1.2.3 i förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser dels akuttandvård, dels grundläggande tandvård i enlighet med Kriminalvårdens föreskrifter och allmänna råd (FARK Fängelse och FARK Häkte) om tandvård för intagna. Förvaltningsrätten finner därmed att liknande uppdrag och tjänster ska bedömas mot denna bakgrund. Med andra ord ska angivna referenser omfatta både sådan akuttandvård och sådan grundläggande tandvård som beskrivs i Kriminalvårdens angivna föreskrifter och allmänna råd.

Förvaltningsrätten konstaterar således att det obligatoriska kravet avseende erfarenhet av liknande uppdrag i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget inte innefattar att angivna referensuppdrag ska avse tandvård för personer med missbruksproblematik eller avvikande personligheter. Vidare finner förvaltningsrätten att vad Bolaget har anfört om att det obligatoriska kravet i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget skulle vara överflödigt m.m. inte påvisar att det står i strid mot någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Utifrån vad Bolaget har anfört i denna del finns därmed inte skäl för ingripande mot upphandlingen enligt LOU.

Det har inte heller kommit fram att Kriminalvården har avvikit från eller ändrat det obligatoriska kravet i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget. Kriminalvården kan inte heller anses ha utfäst att det aktuella obligatoriska

kravet ska tolkas strikt i ett visst hänseende eller att kravet inte ska tolkas mot bakgrund av sådan tandvård som upphandlingen omfattar. Utifrån vad Bolaget har anfört i denna del finns därmed inte heller grund för ingripande mot upphandlingen enligt LOU.

Förvaltningsrätten finner att det obligatoriska kravet i punkten 2.1.5 i förfrågningsunderlaget inte innefattar att anbudsgivare ska ha erfarenhet av att arbeta med personer som är missbrukare eller har avvikande personligheter. Förvaltningsrätten instämmer i Kriminalvårdens bedömning att kravet avser att anbudsgivare ska styrka att denne har god samarbetsförmåga och förutsättningar för att arbeta med den aktuella typen av patienter. Engnor AB har styrkt detta genom att bifoga CV i enlighet med det obligatoriska kravet i punkten 2.1.5 i förfrågningsunderlaget. Vad Bolaget har anfört visar inte att Engnor AB inte uppfyller det aktuella kravet. Skäl för att förkasta Engnor AB:s anbud på denna grund finns därmed inte.

Vidare finns det inte något obligatoriskt krav i förfrågningsunderlaget att anbudsgivare ska beskriva referenter och referensuppdrag i en verksamhetsbeskrivning. Skäl för att förkasta Engnor AB:s anbud på denna grund finns därmed inte.

Bolaget har vidare framfört invändningar mot att Kriminalvården inte har kontaktat vinnande anbudsgivares referenser för att utreda om denne har nödvändig erfarenhet för att uppfylla ska-kravet.

Av punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget framgår att de av anbudsgivarna angivna referenterna kommer att tillsändas ett underlag för referenser och att svaren är kvalificerande för anbudsgivare. Om inte minst 3 poäng uppnås för varje fråga så kommer anbud ej anses kvalificerat för att utvärderas.

Förvaltningsrätten finner att det inte av utvärderingsrapporten kan utläsas eller att det i övrigt har kommit fram att Kriminalvården har genomfört en sådan referenskontroll och kvalificering av anbudsgivarna som anges i punkten 2.1.6. Enligt förvaltningsrätten har Kriminalvården därmed frångått en tydlig förutsättning för kvalificeringsprövningen enligt förfrågningsunderlaget. Kriminalvården har därför i detta avseende handlat i strid med principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Vidare anser förvaltningsrätten att Bolaget i vart fall riskerat att lida skada genom att Kriminalvården inte har genomfört en sådan referenskontroll och kvalificering som anges i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget. Grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU finns därmed.

Förvaltningsrätten kan oavsett hur yrkandena i målet har utformats, som åtgärd vid överprövning av upphandling, förordna att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 47).

Vad gäller val av åtgärd till följd av det fel som har begåtts så har det inte påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Mot denna bakgrund och då ett förordnande om rättelse normalt utgör ett mindre ingrepp i upphandlingsprocessen jämfört med ett förordnande om omgörande anser förvaltningsrätten att ingripandet i fråga bör vara i form av en rättelse.

Med beaktande av att referenskontrollen avser verifiering av historiska uppgifter finner förvaltningsrätten att uppkommen brist i upphandlingsprocessen ska åtgärdas genom att upphandlande myndighet genomför en sådan referenskontroll och kvalificering som anges i punkten 2.1.6 i förfrågningsunderlaget. Det ankommer därefter på Kriminalvården att vidta eventuella åtgärder i upphandlingen beroende på utfallet av denna kontroll. Ansökan ska i enlighet härmed bifallas på angivet sätt.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/ID-LOU).

Kristina H Samuelsson

Rådman

Föredragande har varit Robert Larsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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.

