



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING
Enhet 2

DOM
2014-03-03
Meddelad i
Linköping

Mål nr
8624-13
8712-13

1

KONKURRENSVERKET	
2014-03-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

HelseBemanning AS, 502069-9210
Påvels Snickares gränd 12
753 20 Uppsala

Ombud: Advokaterna Hugo Norlén och Lovisa Nordström Lagerwall
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1203
751 42 Uppsala

MOTPART

1. Landstinget Sörmland
611 88 Nyköping

2. Landstinget Västmanland
Landstingshuset
721 89 Västerås

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 153462

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstingen i Sörmland och Västmanland genomför en samordnad upphandling av ramavtal för bemanning av sjuksköterskor, läkare och medicinska sekreterare (dnr DU-UPP13-022). Landstinget i Sörmland upphandlar sjuksköterskor och läkare och Landstinget i Västmanland upphandlar sjuksköterskor och medicinska sekreterare. Upphandlingen genomförs med ett förenklat förfarande. Grund för tilldelning är lägsta pris. HelseBemanning AS (HB) har lämnat anbud avseende sjuksköterskor och läkare.

Landstingen har genom tilldelningsbeslut 6 december 2013 antagit annat anbud än bolagets. Enligt beslutet innehöll HB:s anbud inte den processbeskrivning avseende ersättningshantering som föreskrevs under punkten 2.1 i TJV2A. Anbudet uppfyllde därmed inte samtliga obligatoriska krav och måste därför uteslutas och gick således inte vidare till utvärderingen.

I ansökan 16 december 2013 yrkar HB i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska avslutas först efter att rättelse har skett. Rättelsen ska bestå i att ny utvärdering sker varvid HB:s anbud upptas till prövning. I andra hand yrkar HB att upphandlingen görs om.

Landstingen motsätter sig bifall till HB:s ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

HB

Landstingen har felaktigt uteslutit HB från upphandlingen under påstående om att anbudet saknat processbeskrivning avseende ersättningshantering.

För det fall HB:s anbud inte diskvalificerats hade HB tilldelats upphandlingen avseende sjuksköterskor och läkare då HB uppfyller samtliga skall-krav och då landstingen antagit samtliga anbudsgivare som uppfyller skall-kraven i rangordning efter anbudspris.

Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för HB.

Skall-kravet innebär endast att anbudsgivarna ska redovisa sin process. Syftet är endast att anbudsgivarna ska beskriva sin förmåga att leverera de tjänster upphandlingen avser. Det uppställs inga närmare krav om vad beskrivningen ska innehålla och inte heller krav på leverantörens faktiska leveransförmåga. Anbudsgivare kan till och med ange att man inte har möjligheter att tillse att en ersättare erbjuds. Det är således fråga om ett mycket lågt krav.

I HB:s anbud svarsblankett TJV2A och TJVB punkt 2.1 anges att process för att under avtalstiden säkerställa förmåga att leverera efterfrågad kompetens framgår av bilaga 6 till anbudet, företagspresentation. I företagspresentationen redogörs utförligt för hur HB säkerställer kompetensen hos sin personal, och hur HB säkerställer att man har personal tillgänglig när behov hos kunden uppstår.

Av bilaga 6 framgår således att HB har en mycket stor personalbank och ett genomarbetat system för att kunna tillhandahålla kompetent personal till beställaren vid avrop.

HB:s stora personaltillgång och utarbetade system för bemanning möjliggör för HB att snabbt och effektivt hitta en ersättare för det fall avropad personal uteblir. Av bilaga 6 framgår också hur HB hanterar

eventuella reklamationer för det fall beställaren är missnöjd och önskar en ny läkare/sjuksköterska, men även avvikelser från avrop (t.ex. frånvaro).

I punkt 3.2 i de administrativa föreskrifterna anges att leverantören ska acceptera villkor i bifogad mall för upphandlingskontrakt. I mall för upphandlingskontrakt (punkt 4.7) anges att ersättningsläkare/sjuksköterska ska tillhandahållas inom en arbetsdag. Det är det krav som är relevant och HB uppfyller ostridigt detta.

HB har accepterat samtliga villkor i mall för upphandlingskontrakt och har således också accepterat villkoret i punkt 4.7 om tillhandahållande av ersättningsläkare/sjuksköterska inom en arbetsdag. Det råder således ingen tvekan om att HB uppfyller detta krav.

Trots att HB uppfyller skall-kravet i punkt 2.1 TJV2A och TJV2B har HB uteslutits från upphandlingen med motivering att anbudet inte skulle innehålla en processbeskrivning avseende ersättningshantering som föreskrivs i punkt 2.1 TJV2A och TJV2B.

HB har inte uteslutits från upphandlingen med anledning av påstådda brister i processbeskrivningen utan enbart under påstående om att processbeskrivning saknas. HB har de facto bilagt en processbeskrivning till sitt anbud. Det saknar i sammanhanget betydelse huruvida HB samlat information under en särskild rubrik i företagspresentationen. Det avgörande är att HB:s anbud innehåller efterfrågad information (processbeskrivningen).

Det är tydligt att skälet till att HB uteslutits från upphandlingen är att processbeskrivning avseende frånvarohantering (enligt landstingen) helt skulle saknas. Landstingen gör i efterhand i stället gällande att HB lämnat

en bristfällig beskrivning av sin möjlighet att tillse att en ersättare erbjuds om avropad personal riskerar att utebli.

Lanstingen får inte ändra skälet till uteslutning eller göra gällande nya brister i HB:s anbud inom ramen för aktuellt överprövningsmål eftersom det inte omfattas av processramen. Landstingens nu anförda skäl till uteslutning får således inte beaktas av förvaltningsrätten.

Kravet fyller ingen egentlig funktion och är inte heller nödvändigt för utförandet av upphandlingen. Med största sannolikhet har inte någon anbudsgivare avstått från att lämna anbud på grund av kravet på redovisning av sin process.

Med hänsyn till att kravet på en processbeskrivning inte fyller någon funktion i upphandlingen är det därför oproportionerligt att utesluta en anbudsgivare på grund av att en processbeskrivning eventuellt anses vara något knapphändig (Kammarrätten i Stockholms mål 2391-12).

Det innebär således att HB under alla omständigheter inte får uteslutas ur upphandlingen på grund av de påstådda bristerna i processbeskrivningen eftersom följden av att utesluta HB:s anbud inte skulle stå i proportion till den påstådda bristen.

Bristerna i upphandlingen är av allvarlig art. Lanstinget har inte haft grund att utesluta HB. Landstinget har trots detta valt att förkasta HB:s anbud vilket strider mot LOU.

I upphandlingen skulle de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden antas. Samtliga anbudsgivare som uppfyller skall-kraven har antagits och rangordnats utifrån mest fördelaktigt pris. För det fall HB inte uteslutits skulle således HB ha tilldelats kontrakt avseende bemanning av

sjuusköterskor och läkare, och ha hamnat på avropsordningen. HB uppfyller därför skaderekvisitet.

Med hänsyn till att anförda brister i upphandlingen hänför sig till kvalificeringsfasen och inte till det konkurrensuppsökande skedet bör upphandlingen i första hand rättas.

Landstingen

Tilldelningsgrunden i upphandlingen är lägst pris.

Bolagets anbud har inte förkastats på grund av att det inte lämnat aktuell processbeskrivning utan för att delar av efterfrågade uppgifter helt saknas i anbudet.

Efter att tilldelningsbeslut meddelats kontaktade bolaget ansvarig upphandlare med synpunkter på formuleringen i tilldelningsbeslutet. Lanstingen tillmötesgick bolagets begäran om upplysningar och förtydligade skälen för beslutet via mejl. Av förtydligandet framgick att anbudet inte uteslutits på grund av att processbeskrivningen saknades utan för att beskrivningen var bristande vad gäller vilken möjlighet bolaget har att tillse att en ersättare erbjuds beställaren om avropad personal riskerar att utebli.

Landstingen har inte gjort gällande några nya brister inom ramen för nu aktuellt överprövningsmål. Landstingen bestrider vad bolaget gör gällande angående skälen till att anbudet förkastades.

Bolaget har återgett relevant innehåll i beskrivningen. Av texten framgår inte vilken möjlighet bolaget har att tillse att en ersättare erbjuds beställaren om avropad personal riskerar att utebli. Texten tar endast sikte

på hur eventuella reklamationer hanteras. Landstingen har inte haft möjlighet att bortse från denna brist avseende ett obligatoriskt krav utan att bryta mot LOU med risk för skada för annan leverantör. Anbudet har därvid rätteligen förkastats.

Av avtalet (punkt 4.7) framgår av leverantören vid vissa förhållanden ska kunna ersätta anvisad personal inom en arbetsdag. Det är proportionerligt att begära att leverantören i anbudet redovisar en processbeskrivning avseende detta vilken efter avtalstecknande kommer att utgöra en del av avtalsinnehållet.

Kravet på att leverantören ska lämna en processbeskrivning har ett naturligt samband med och står i rimlig proportion till det som upphandlas. Om rätten ändå skulle anse att landstingen begått ett upphandlingsfel och bolaget lidit skada av detta är det tillräckligt att rätten förordnar om rättelse för de leverantörer som deltagit i upphandlingen då kravet inte bör ha medfört att någon potentiell leverantör avstått från att lämna anbud.

ÖVRIG UTREDNING I MÅLET

Förfrågningsunderlag

Administrativa föreskrifter 1.1

För vidare beskrivning av upphandlingsföremålet se nedan och bilaga TJV2 (A, B, C) Kravspecifikation – Svarsblankett samt bilaga TJV3 Mall för upphandlingskontrakt.

Kravspecifikation 2.1 (Svarsblankett TJV2A och TJV2B)

Leverantören ska redovisa sin process för att under avtalsperioden säkerställa förmågan att leverera efterfrågad kompetens. Processen ska minst innehålla hur leverantören säkerställer att ha tillgänglig personal och vilken möjlighet

leverantören har att tillse att en ersättare erbjuds beställaren om avropad personal riskerar att utebli.

TJV3 Mall för upphandlingskontrakt 4.7

Om en av leverantören tillhandahållen läkare/sjuksköterska ej kan fullfölja påbörjad tjänstgöring på grund av akut sjukdom, bristande kompetens, samarbetssvårigheter m.m. ska ersättningsläkare/ersättningssjuksköterska tillhandahållas inom en (1) arbetsdag.

HB:s anbud (bilaga med företagspresentation)

Vi har en väldigt stor databas bestående av 10 000 läkare och lika många sjuksköterskor där samtliga specialistområden är representerade. Vårt webbaserade CRM-system, Intelliplan, gör det möjligt för oss att sortera bland dessa kandidater för att snabbt och smidigt hitta efterfrågad kompetens till ett specifikt uppdrag.

Vi är noga med att enbart lämna anbud inom specialistområden och geografiska områden där vi kan säkerställa en god leveransförmåga. För att säkerställa detta har vi arbetat fram en metod där vi redan i anbudsfasen till nya upphandlingar skickar ut förfrågningar till de kandidater som finns i vår databas. Vi frågar om de är intresserade av uppdrag i aktuellt landsting samt vilken kontinuitet de kan erbjuda. Utifrån den respons vi får kan vi beräkna företagets leveranssäkerhet och jämföra denna med volymen på aktuell upphandling. Arbetssättet har gett oss fördelen av snabb avropshantering när vi väl ingått ramavtal vilket uppskattas av de landsting vi har ramavtal med i dag.

En stor databas med kompetenta läkare och sjuksköterskor är därför nyckeln till leveranssäkerhet. Vi skickar månadsvis ut förfrågningar för att få reda på vilka veckor kandidaterna är tillgängliga för arbete under närmaste tremånadersperiod. Datasystemet Intelliplan ger oss möjlighet att spara denna information och när vi sedan får ett avrop från en kund kan vi enkelt matcha behovet mot tillgänglig personal.

Vi ber alltid om cv, läkarlegitimation, eventuella specialistbevis samt minst två färskare referenser (minst en chef). Referenstagning sker efter en mall som syftar till att säkerställa både medicinsk och social kompetens. Efter granskning av inskickade dokument samt kontakt med referenter kontrolleras kandidaten mot Socialstyrelsen.

När alla dokument är granskade kontaktas kandidaten för en arbetsintervju.

Vid rapporterad reklamation besvaras avsändaren snarast av mottagaren av reklamationen. Avsändaren informeras om att HB:s vd är informerad och att svar från denne kommer inom tre arbetsdagar. Vd:s ansvar är att utifrån ingånget avtal lösa situationen på bästa sätt för vår samarbetspartner.

Parallellt med detta arbetar våra bemanningskonsulter för att, inom två arbetsdagar, finna en ersättare till den läkare som reklamationen gäller. Ovanstående gäller om reklamationen avser en av HB:s förmedlade läkare och att uppdraget är pågående. Avsändaren av reklamationen ska informeras fortlöpande om hur ärendet hanteras.

Förtydligande 11 december 2013 av skälen för tilldelningsbeslutet

Ert anbud är inte, så som ni tolkat motiveringen i tilldelningsbeslutet, uteslutet på grund av avsaknad av processbeskrivning för att under avtalsperioden säkerställa förmågan att leverera efterfrågad kompetens enligt punkt 2.1 i TJVA och TJV2B, utan för att anbudets beskrivning brister gällande vilken möjlighet leverantören har att tillse att en ersättare erbjuds beställaren om avropad personal riskerar att utebli, vilket vi i tilldelningsbeslutet benämnt "processbeskrivning avseende ersättningshantering". Landstingen har därvid tagit del av samtliga uppgifter i anbudet vid prövningen och kommer inte att ompröva beslutet att utesluta anbudet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Rättslig reglering

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

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Har landstingen åberopat nya brister i HB:s anbud?

Enligt tilldelningsbeslutet innehöll HB:s anbud inte den processbeskrivning avseende ersättningshantering ”som föreskrevs”. Enligt förvaltningsrätten är beslutets ordalydelse förenlig med landstingens uppfattning att anbudets beskrivning var bristfällig. I nära anslutning till beskedet om tilldelning och före HB:s ansökan om överprövning har landstingen dessutom lämnat ett förtydligande med avseende på detta.

Vad HB lagt fram medför enligt förvaltningsrätten inte att landstingen ska anses ha ändrat skälet till att HB:s anbud uteslöts eller gjort gällande nya brister i HB:s anbud inom ramen för aktuella överprövningsmål.

Uppfyller HB:s anbud ifrågavarande skall-krav?

I aktuellt hänseende anger kravet att redovisningen av processen ska innehålla vilken möjlighet leverantören har att tillse att en ersättare erbjuds beställaren om avropad personal riskerar att utebli. Kravets ordalydelse har inte ifrågasatts.

Till uppfyllande av kravet har HB hänvisat till ”företagspresentation”. I denna beskrivs hur ”reklamation” ska hanteras och att man inom två dagar ska finna en ersättare. Det framgår dock inte vad som ska göras i

förväg för att utevaro ska förhindras. Landstingen har framhållit att en ersättare vid vissa förhållanden ska kunna tillhandahållas inom en arbetsdag.

Förvaltningsrätten finner att HB:s anbud uppvisar brister med avseende på redovisningen av möjligheten att tillse att en ersättare erbjuds beställaren om avropad personal riskerar att utebli och att HB:s anbud därmed inte uppfyller det obligatoriska kravet.

Är kravet oproportionerligt?

Krav på redovisning av möjligheten att tillse att en ersättare erbjuds beställaren om avropad personal riskerar att utebli framstår inte som betydelselöst i upphandlingen. Det kan inte heller anses oproportionerligt att i upphandlingen upprätthålla detta krav.

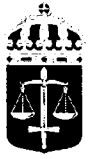
Sammanfattning

Vad HB lagt fram medför inte att landstingen har begått något upphandlingsfel genom att utesluta HB:s anbud. Grund för åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU saknas därmed och HB:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Magnus Wickström

Föredragande har varit Erik Jacobsen.



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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.