

KLAGANDE

Västra Götalandsregionen
462 80 Vänersborg

MOTPART

Nurse Partner Scandinavia AB, 556576-9345
Box 289
371 24 Karlskrona

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 19 oktober 2011 i
mål nr 6956-11, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten avslår överklagandet.

YRKANDEN M.M.

Västra Götalandsregionen (VGR) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslår Nurse Partner Scandinavia AB:s ansökan om överprövning av upphandlingen och anför bl.a. följande. Förvaltningsrätten har i sin dom kommit fram till att VGR har brutit mot proportionalitetsprincipen på den grunden att VGR har ställt krav på att anbudsgivarna ska vara certifierade i viss namngiven organisation. Detta är dock inte vad som anges i skall-kravet i punkten 2.7.4. Enligt VGR:s mening uttrycker

Dok.Id 199849

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:40

nämnda krav att leverantörens kvalificerade administrativa system ska vara godkänt av en tredjepart och att detta kan bevisas genom något slag av intyg. Genom att VGR har angett alternativ till standarden ISO 9001:2000 menar VGR att det av kravet framgår att andra likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder från andra organ godtas. Med stöd av det angivna anser VGR att kravet om kvalitetssäkringsåtgärder inte strider mot proportionalitetsprincipen. – VGR har i sitt yttrande till förvaltningsrätten ställt frågan om vilken typ av intyg/certifikat rörande kvalitetssäkringsåtgärder som inte kan anses godkänt enligt det aktuella skall-kravet. Då frågan inte har berörts av vare sig motparten eller utretts av domstolen anser VGR det vara av vikt för rättstillämpningen att kammarrätten utreder betydelsen av främst den sista meningen i 11 kap. 14 § LOU.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd.

Det som kammarrätten har att ta ställning till är om VGR har brutit mot bestämmelserna i LOU genom att ställa krav på att leverantörens kvalitetsledningssystem ska vara tredjepartscertifierat.

I förfrågningsunderlaget punkten 2.7.4 första stycket anges följande. ”Leverantören skall vara kvalitetscertifierad enligt standarden ISO 9001:2000 Ledningssystem för kvalitet eller inneha likvärdigt certifikat. Som likvärdigt bedöms en certifiering som är granskad av ett Swedac ackrediterat företag eller annan internationell erkänd motsvarighet, d v s ett ackrediterat organ som ingår i EA:s (European co-operation for accreditation) multilaterala avtal.”

Tillämpligt lagrum i LOU när det gäller upphandlande myndighets krav på kvalitetsstandarder är 11 kap. 14 §. Där anges följande. Om en upphandlande myndighet kräver att leverantören visar upp ett intyg utfärdat

av ett oberoende organ om att leverantören iakttar vissa kvalitetssäkringsstandarder, ska myndigheten hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området och vilka kvalitetssäkringssystem är certifierade av organ som uppfyller europeiska standarder för certifiering. Myndigheten ska godkänna likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder som lämnas av leverantörer.

Av Kammarkollegiets vägledning 2011:4 Utformning av förfrågningsunderlag för upphandling av varor och tjänster enligt LOU, avsnitt 3.9 Kvalitetsledningssystem, framgår bl.a. följande. Det viktiga är att de krav som ställts uppfylls, inte på vilket sätt. Om ett specifikt certifikat ska bifogas bör man samtidigt ange att liknande bevis accepteras. Detta sker genom att skriva ”eller likvärdigt” alternativt ”eller motsvarande”. Det är omfattningen av ett kvalitetsledningsarbete enligt angiven standard som ska motsvaras, inte certifikatet. I de fall en anbudsgivare kan visa att denne har ett kvalitetsledningssystem motsvarande den standard som krävs för certifiering, ska detta jämföras med certifiering. Det kan till exempel vara en egen beskrivning av rutiner och kontroller vid produktion, ärendehantering eller reklamationshantering.

Kammarrätten gör följande bedömning.

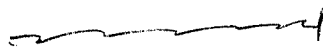
VGR har i sin upphandling avseenden ”läkarkonsulter–specialistläkare” ställt som krav att leverantören ska inneha ett kvalificerat administrativt system eftersom upphandlingen handlar om viktiga samhällsfunktioner. VGR anför att det framgår av det uppställda kravet att nivån på leverantörens kvalitetsledningssystem måste vara godkänd av tredje part och att detta kan bevisas genom något slag av intyg. Genom att det i kravet anges alternativ till standarden ISO 9001:2000 menar VGR att det av kravet framgår att intyg om likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder från andra organ godtas.

Av 11 kap. 14 § LOU framgår att myndigheten ska godta andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder som lämnas av leverantörer. Detta innebär att om en anbudsgivare kan visa att denne har ett kvalitetsledningssystem motsvarande den standard som krävs för certifiering så ska detta jämföras med certifiering. Eftersom VGR i förfrågningsunderlaget ställt upp kvalifikationskravet att leverantörens kvalitetsledningssystem ska vara tredjepartscertifierat och således inte godtagit andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder, t.ex. leverantörens eget intyg om överensstämmelse med standarden ISO 9001:2000, har VGR brutit mot såväl 11 kap. 14 § LOU som proportionalitetsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. På grund härav har Nurse Partner Scandinavia AB lidit skada. Förvaltningsrätten har därför haft fog för att förordna att upphandlingen ska göras om. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)



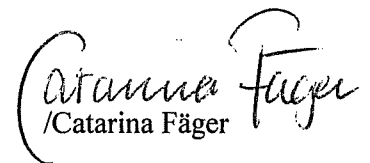
Ingvar Johansson



Niclas Falkendal
referent



Rickard Krantz



Catarina Fäger
/Catarina Fäger



SÖKANDE

Nurse Partner Scandinavia AB, 556576-9345
Box 289
371 24 Karlskrona

MOTPART

Västra Götalandsregionen
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen av "Läkarkonsulter – specialistläkare" (dnr SN 289-2011) ska göras om.

Förvaltningsrättens beslut den 30 juni 2011 om att Västra Götalandsregionen inte får ingå avtal innan något annat har bestämts av rätten upphör därmed att gälla.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Västra Götalandsregionen (nedan VGR) genomförde upphandlingen "Läkarkonsulter – specialistläkare", dnr SN 289-2011. Tillämpat upphandlingsförfarande var förenklat förfarande och sista anbudsdag var den 30 juni 2011.

Nurse Partner Scandinavia AB (nedan bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om alternativt att skall-kravet avseende ISO-certifiering stryks. Bolaget anför i huvudsak följande. I upphandlingens förfrågningsunderlag ställs följande krav under punkten 2.7.4. Kvalitetscertifiering: "Leverantören skall vara kvalitetscertifierad enligt standarden ISO 9001:2000 Ledningssystem för kvalitet eller inneha likvärdigt certifikat." Kravet strider mot LOU eftersom det är konkurrensbegränsande och strider mot likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen. VGR accepterar endast ISO-certifiering eller likvärdigt certifikat och inte andra bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder som lämnas av leverantörer. Bolaget har såsom potentiell anbudsgivare lidit skada p.g.a. av det ovan angivna skall-kravet.

VGR bestrider bolagets yrkande och hemställer att förvaltningsrätten avslår bolagets ansökan om överprövning. VGR anför i huvudsak följande. Kravet på kvalitetscertifiering har ställts på grund av att det medicinska systemet måste fungera på ett sätt som samhället förväntar sig. Ett system som uppfyller de krav som den aktuella certifieringen uppställer hjälper till på så sätt att rätt läkare är på rätt plats vid rätt tidpunkt. En certifiering enligt angiven standard innebär att leverantören har det system som anses nödvändigt och står under kontinuerlig kontroll för att utvecklas. Detta gör att VGR genom en potentiell avtalspart kan garantera en viss kvalitet till patienter och invånare i regionen. Det höga kontraktsvärdet om 400 miljoner kronor per år i tre år gör att man ställer mycket höga krav på leverantö-

terna. Upphandlingen består av 23 olika områden av vilka leverantören kan lämna anbud på alla och därmed även få ta emot ett stort antal avrop på samma gång. Detta ställer stora krav på resurser och kompetens. Med hänsyn till upphandlingens storlek och typ av tjänst ställs krav på att leverantören har nödvändigt administrativt system i sin verksamhet för att klara avrop från hela regionen. Därför har VGR valt att formulera skall-kravet genom att ange vilka kvalitetssäkringsåtgärder som accepteras. Med kravet på certifiering enligt nämnd ISO-standard eller annat likvärdigt intyg från av Swedac ackrediterat företag har man inte haft som avsikt att utesluta andra likvärdiga intyg. Skall-kravet ska utläsas som att kvalitetsnivån är godkänd av en erkänd tredjepart och detta kan påvisas genom ett intyg. Då tilldelningsbeslut ännu inte skett kan bolaget inte heller ha lidit någon skada.

Förvaltningsrätten har den 30 juni 2011 beslutat att VGR inte får ingå avtal innan något annat har bestämts av rätten.

DOMSKÄL

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 iaktas. (1 kap. 9 § LOU)

Om en upphandlande myndighet kräver att leverantören visar upp ett intyg utfärdat av ett oberoende organ om att leverantören iakttar vissa kvalitetssäkringsstandarder, ska myndigheten hänvisa till kvalitetssäkringssystem som bygger på relevanta europeiska standarder på området och vilka kvalitetssäkringssystem är certifierade av organ som uppfyller europeiska standarder för certifiering. Myndigheten ska godkänna likvärdiga intyg från andra organ som är etablerade inom EES. Den ska även godta andra bevis

på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder som lämnas av leverantörer (11 kap. 14 § LOU).

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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 2 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69). Bolaget har inte haft möjlighet att lämna ett anbud, då det inte uppfyller kravet i punkt 2.7.4 i kravspecifikationen. Fråga i målet är om den upphandlande myndigheten har haft fog för sitt ställda skall-krav.

I förfrågningsunderlaget anges att detta innehåller samtliga förutsättningar och krav som gäller för anbudsgivningen. Under punkt 2.7.4 i kravspecifikationen anges att: "Leverantören skall vara kvalitetscertifierad enligt ISO 9001:2000 Ledningssystem för kvalitet eller inneha likvärdigt certifikat. Som likvärdigt bedöms en certifiering som är granskad av ett av Swedac ackrediterat företag eller annan internationellt erkänd motsvarighet, dvs. ett ackrediterat organ som ingår i EA:s (European co-operation for accreditation) multilaterala avtal. En leverantör som inte är kvalitetscertifierad vid anbudsinlämnandet men bedömer att man kan vara det vid driftstarten, kan anses vara kvalificerad för utvärdering. För det krävs att leverantören har inlett en process att bli kvalitetscertifierad. Dokumentation som visar detta

ska då bifogas anbudet. Sådan dokumentation kan exempelvis vara skrivet avtal med ett certifieringsföretag enligt ovan, som visar att processen är påbörjad och av det certifieringsföretaget bedöms vara klar senast datum för driftstart.”

Av ärendeloggen för frågor rörande upphandlingen framgår bl.a. följande. Bolaget har ifrågasatt skall-kravet i punkt 2.7.4, dess proportionalitet samt om andra likvärdiga intyg och kvalitetssäkringsåtgärder inte borde godkännas. VGR har på denna fråga svarat att kravet kvarstår. Bolaget har senare önskat motivering till detta svar, varpå VGR har svarat att kravet kvarstår. Bolaget har frågat om det är ett absolut krav att certifieringen ska vara godkänd av Swedac, varpå VGR har svarat ”eller likvärdigt”.

VGR har hos förvaltningsrätten anfört att det nämnda kravet innebär att kvalitetsnivån hos bolaget ska vara godkänd av en erkänd tredjepart och detta ska kunna påvisas genom ett intyg. Förvaltningsrätten konstaterar att detta inte går att utläsa ur den angivna specifikationen eller ärendeloggen. Av vad som framgår av materialet *skall* anbudsgivarna inneha en viss namngiven certifiering, annan likvärdig certifiering godkänd av en viss organisation eller ha inlett processen att anskaffa angiven certifiering. Några andra eventuella bevis på likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder har inte godtagits. Kravet kan inte i sig bedömas strida mot likabehandlingsprincipen eftersom kravet är lika för samtliga anbudsgivare. Att vissa leverantörer inte kan uppfylla kravet innebär inte att den principen frångåtts genom det ställda kravet.

Proportionalitetsprincipen tar sikte på balansen mellan mål och medel. Syftet med ett krav som ställs på en anbudsgivare blir avgörande för bedömningen huruvida ett krav är proportionerligt. Den upphandlande myndigheten får inte ställa andra eller högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kraven. Om det finns ett annat och mindre långtgående

sätt att uppnå syftet med kravet ska detta mindre ingripande sätt användas. Det finns inga hinder mot att den upphandlande myndigheten ställer långtgående krav för att säkerställa kvalitén. Det av VGR uppställda kravet torde i och för sig både vara lämpligt och effektivt för att uppnå syftet. Det angivna kravet i punkt 2.7.4 innebär emellertid att bolag som har samma kvalitetsnivå som andra vilka innehar viss namngiven certifiering utesluts för att de inte är certifierade av viss angiven organisation. Syftet med VGR:s krav kan uppnås med mindre ingripande alternativ, såsom att andra eventuella bevis om att bolagen genom likvärdiga kvalitetssäkringsåtgärder uppfyller samma krav som ställs för de angivna certifieringarna godtas.

Förvaltningsrätten anser därför att VGR genom att uppställa kravet att anbudsgivarna ska vara certifierade i viss namngiven organisation, eller under processen att erhålla sådan certifiering, handlat i strid med proportionalitetsprincipen. VGR har således genomfört upphandlingen i strid med 1 kap. 9 § LOU och detta har medfört att bolaget kan komma att lida skada. Eftersom bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan någon annan åtgärd än att upphandlingen ska göras om inte komma ifråga.

Det ovan sagda innebär att upphandlingen ska göras om.

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



Lars-Peter Holmberg

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Anna Larsson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.