



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Antonia Wopenka

DOM
2013-05-28
Meddelad i
Växjö

Mål nr
153-13

SÖKANDE

Kalmena Rek AB, 556568-6697
Kungsgatan 13
352 31 Växjö

Ombud: Advokat Magnus Wennerholm
Advokatfirman Glimstedt Växjö AB
Box 124
351 04 Växjö

MOTPART

Landstinget Blekinge, Koncernupphandling
371 81 Karlskrona

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Kalmena Rek AB:s ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 2 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Blekinge har genomfört en upphandling avseende rekryteringsstöd av utländska specialistläkare och tandläkare, indelad i 13 olika produktområden. Landstinget meddelade ett tilldelningsbeslut i vilket Kalmena Rek AB (Kalmena) tilldelades uppdraget. Efter överprövning förordnades att en ny utvärdering skulle ske (se Förvaltningsrättens i Växjö dom den 13 december 2012 i mål nr 2862-12 och Kammarrätten i Jönköpings beslut den 27 december 2012 i mål nr 3937-12). Den 3 januari 2013 meddelades ett nytt tilldelningsbeslut genom vilket MediCarrera SL (MediCarrera) tilldelades kontraktet.

Kalmena ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Kalmena beaktas och en ny anbudsutvärdering utförs. I andra hand yrkar Kalmena att upphandlingen ska göras om. Kalmena anför bl.a. följande. Deras anbud uppfyller samtliga ställda ska-krav och de har lämnat det lägsta priset varför de har lidit eller riskerat att lida skada. Förfarandet vid rekryteringar i branschen är att landstinget förses med CV och profilbeskrivningar för kandidaterna som leverantören erbjuder. Om kandidaten är av intresse träffas en överenskommelse om att denne ska erbjudas en språkutbildning för att därefter anställas. Det är vid tidpunkten för överenskommelsen som kandidaten måste anses vara "levererad" eftersom han vid den tidpunkten inte längre är en kandidat utan ska ses som en blivande anställd. När språkutbildningen startar är beslut om anställning fattat sedan länge. Begreppet "kandidat" får anses omfatta en person som har erhållit en överenskommelse om en anställning vare sig denna är påbörjad eller inte. En person är en kandidat även innan språkutbildningen påbörjats. Enligt Svenska Akademiens ordlista avses med kandidat en "person som föreslås till eller söker en befattning". Någon annan tolkning av ska-kravet skulle avvika från ordalydelsen i förfrågningsunderlaget. Faktureringsvillkoren har ingen kopp-

ling till hur förfrågningsunderlaget ska tolkas. Vad landstinget anför om att relocation ska anses ingå i uppdraget framgår inte av förfrågningsunderlaget. – Om kravet ska tolkas på annat sätt görs gällande att förfrågningsunderlaget är så otydligt och bristfälligt att upphandlingen ska göras om. Kravet är utformat så att kandidaten ska ha levererats, inte anställts. Det nämns inte i förfrågningsunderlaget att man måste ha påbörjat sin anställning för att anses vara levererad. – Ska-kravet strider även mot proportionalitetsprincipen. Kalmena har varit verksamt sedan år 2000 och från denna tidpunkt har närmare 450 läkare och tandläkare rekryterats och språkutbildats. Trots detta är ska-kravet svårt att uppfylla då det i förfrågningsunderlaget föreskrivs att varje landsting ska ses som ett organisationsnummer. Sverige har endast 20 landsting samt Gotlands kommun. Det är enligt kravet inte tillåtet att lämna flera referenser inom samma organisationsnummer, trots att ett landsting består av vitt skilda delar och verksamheter såsom primärvård, folktandvård och slutenvård. Delarna bör ses som skilda referenser. Kravet gynnar MediCarrera och större företag som har mångårig erfarenhet av att rekrytera till fler länder än Sverige. Det är ovanligt med den här typen av uppdrag inom den privata sektorn i Sverige. – Kammarrätten i Jönköping har i mål nr 2491-09 ansett att ett krav på tre referenser till styrkande av likvärdiga uppdrag inte var proportionerligt. Det fanns inte skäl att ifrågasätta den i målet aktuella leverantörens förmåga och kapacitet att utföra uppdraget bl.a. med beaktande av den långa tid som leverantören varit verksam i branschen, företagets omsättning och antal anställda. – MediCarreras anbud uppfyller inte ställda ska-krav då deras angivna referensläkare inte har genomgått utbildning på C1-nivå eller har en plan för att genomgå utbildningen inom den angivna tidsfristen. Referenspersonerna som MediCarrera har angett uttalar sig inte om uppdrag motsvarande de krav som ställts. Samtliga referenser uttalat sig som uppdrag med lägre språkrav, nivå B2, än det som ställs i förfrågningsunderlaget varför de inte kan anses vara relevanta. Det måste anses som en självklarhet att angivna referenser ska uttala sig om motsvarande uppdrag

som efterfrågas i kravspecifikationen för att syftet med att använda referenser ska uppfyllas. MediCarrera har tidigare nästan uteslutande utbildat på den mindre tidskrävande nivån B2. Kravet på att en kandidat ska levereras inom 24 månader blir nästan omöjligt att uppfylla om landstingets tolkning av begreppet "levererad kandidat" ska tillämpas. – Kalmena bifogar mailväxling med Landstinget Blekinge till styrkande av att de endast har ett organisationsnummer samt personalstrateg Anni Åsens beskrivning av när en läkare upphör att vara en kandidat.

Landstinget yrkar att målet ska avvisas i dess helhet och att avtal ska få tecknas i enlighet med tilldelningsbeslutet. Landstinget anför följande. Kalmenas anbud har redan prövats av förvaltningsrätten som fann att Kalmena inte uppfyllde samtliga ställda krav då man under den aktuella 24-månadersperioden inte hade levererat minst fyra kandidater till respektive referent. Det torde framgå tydligt av förfrågningsunderlaget att rekryteringstjänsten som sådan innefattar de tre delarna rekrytering, språkutbildning samt så kallad relocation och att det är först när samtliga delar är genomförda och läkaren har påbörjat sin anställning som kandidaten kan anses vara levererad. Det framgår vidare av underlaget att kandidaten är att anse som kandidat även under undervisningen, t.ex. i formuleringen "under utbildningstiden ska kandidaten ha tillgång till datorer". En förutsättning för att anställningsavtal senare ska kunna tecknas är att kandidaterna genomgår en godkänd utbildning och av faktureringsvillkoren framgår att fakturering görs med utgångspunkt från uppdragets början, efter halva utbildningsperioden och vid uppdragets slut. Det är först när alla delar av avtalet och en klar anställd kandidat som kan börja arbeta har levererats som det är tydligt att man har förmågan och kapaciteten att utföra uppdraget. Referensprotokollets fråga fyra blir omöjlig att besvara för de referenser som endast har fått leverans av del ett, det vill säga rekrytering. – Kravet på referenser kan inte anses vara oproportionerligt. Referenserna måste inte enbart avse de svenska landstingen. Av punkt 3.3.5 i förfrågningsun-

derlaget framgår tydligt att möjligheten finns att åberopa referenser från olika organisationer/sjukhus/landsting inom såväl den privata som den offentliga sektorn. Det finns även möjlighet att åberopa referenser från andra länder. Fyra referenser är med svenska mått en liten mängd. Landstinget Blekinge är ett av Sveriges minsta landsting men har under motsvarande period fått levererat mer än 35 stycken läkare och tandläkare. – Den av Kalmena åberopade domen är inte tillämplig då den gällde en betydligt större beställare. Förhållandena är inte jämförbara, i det fallet var det alldeles självklart att kravet var oproportionerligt. – Vad gäller MediCarreras anbud består uppdraget som anförts av tre delar där bedömningen av anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet är en helhetsbedömning som bygger på de bevis som krävs in för att styrka förmågan avseende de tre delarna. Bevisen utgörs av en förteckning av de viktigaste tjänstuppgifterna som leverantören utfört under de senaste tre åren, en beskrivning av dennes utbildningsmetoder samt tre stycken referenser. Det relevanta har bedömts vara om man kan leverera enligt avtal. Innehållet och nivåerna på de olika delarna kan skilja sig åt mellan avtal och avtal. Det ställs inte krav på att referenserna ska uttala sig om en viss språknivå. Hade så varit fallet hade förfrågningsunderlaget inte uppfyllt transparenskravet. Kravet på leverans under 24-månadersperioden innebär inte att hela arbetet ska ha utförts under denna tid. Den relevanta kopplingen är att man ska ha levererat fyra stycken kandidater per referensorganisation under perioden, där avtalad nivå ska ha uppfyllts. Generellt gäller att kravnivån på språkutbildning har blivit striktare med tiden. Bedömningen görs av avtalad nivå vilket framgår tydligt av fråga fyra i referensprotokollet. – Korrespondens mellan landstinget och Kalmena avseende referensleveranserna bifogas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska 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 denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Kalmenas anmärkningar på förfrågningsunderlaget

Kalmenas andrahandsyrkande är att upphandlingen ska göras om då det aktuella ska-kravet är otydligt och bristfälligt samt strider mot proportionalitetsprincipen.

Landstinget har i denna del anfört att det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att rekryteringstjänsten innefattar de tre delarna rekrytering, språkutbildning samt relocation och att det är först när samtliga delar är genomförda och läkaren har påbörjat sin anställning som kandidaten kan anses vara levererad. Landstinget har vidare anfört att det även av andra sammanhang rörande utbildning och fakturering framgår att kravet i förfrågningsunderlaget ska tolkas som landstinget anfört.

I p. 3.3.5 i förfrågningsunderlaget uppställs krav på att anbudsgivare ska ha teknisk och yrkesmässig kapacitet som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll. Till styrkande av detta ska anbudsgivaren bl.a. lämna tre referenser från olika organisationer/sjukhus/landsting med olika organisationsnummer. Angivna referenser ska referera till anbudsgivarens utförda uppgifter avseende rekryteringsstöd av utländska speciallistläkare/tandläkare. Anbudsgivaren ska under den senaste 24-månadersperioden, räknat från

sista anbudsdagen, ha levererat minst fyra kandidater till respektive referent.

I kraven på transparens och likabehandling ligger att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Enligt förvaltningsrättens mening ger inte nämnda krav utrymme för en annan tolkning än att uppgifterna som anbudsgivaren har ålagts av referenterna ska vara utförda vid tidpunkten för referenstagningen. Det framgår av ska-kravet att referenten ska svara på frågor gällande anbudsgivarens utförda uppgifter avseende rekryteringsstöd. Uppgiften är att leverera en kandidat för anställning varför kandidaten får anses levererad när denne är anställd. Det aktuella kravet kan därmed inte anses vara otydligt.

Kalmena har vidare gjort gällande att kravet är oproportionerligt eftersom bolaget, som varit verksamt sedan år 2000 och under denna tid utbildat 450 läkare och tandläkare, inte har kunnat uppfylla kravet. Kalmena har anfört att landstingens delar bör ses som skilda referenser eftersom Sverige endast har 20 landsting.

Landstinget har härvid anfört att kravet på referenser inte kan anses vara oproportionerligt då referenserna inte enbart måste avse de svenska landstingen, utan möjligheten finns att åberopa referenser från olika organisationer/ sjukhus/landsting inom såväl den privata som den offentliga sektorn samt från andra länder. Vidare har landstinget framhållit att fyra kandidater är en liten mängd med svenska mått.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre krav på leverantören än som erfordras för att uppnå syftet med den enskilda upphandlingen. De krav som ställs måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas.

Förvaltningsrätten konstaterar härvid att landstinget har uppställt krav på referenser för att se om leverantören kan leverera enligt avtal. Kravet på fyra stycken levererade kandidater till tre referenser under två år förefaller ha ett naturligt samband med den tjänst som upphandlas. Kalmena har anfört att det i praktiken endast går att få referenser från 20 landsting p.g.a. kravet på olika organisationsnummer. Av förfrågningsunderlaget framgår emellertid att det är möjligt att åberopa referenser från olika organisationer/sjukhus/landsting. Till detta kommer att landstinget har anfört att det var möjligt att åberopa även utländska referenser. Kravet synes sammanfattningsvis därmed inte gå utöver vad som kan anses ändamålsenligt.

Kalmenas anbud

Kalmena har anfört att deras anbud ska anses vara kravuppfyllande eftersom de uppfyller kravet på fyra referenser. Landstinget har i denna del hänvisat till förvaltningsrätten i Växjös dom i mål nr 2862-12.

Förvaltningsrätten finner att Kalmena inte har visat att de uppfyller ska-kravet på att leverera fyra kandidater såsom ska-kravet enligt ovan angivna resonemang ska tolkas. Det saknas därför skäl att förordna om rättelse.

Anmärkningar på MediCarreras anbud

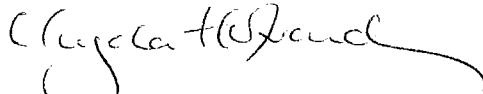
Kalmena har vidare anmärkt på MediCarreras anbud. Kalmenas anbud har enligt förvaltningsrättens resonemang ovan inte uppfyllt alla ska-krav och har därför rätteligen inte kvalificerats för utvärdering. En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndighet inte har beaktat att även en an-

nan anbudsgivare borde ha uteslutits, såvida inte den senare är den enda kvalificerade anbudsgivaren i upphandlingen (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 11 februari 2011 i mål nr 4660-11).

Av det aktuella tilldelningsbeslutet framgår att två anbud kvalificerats i den aktuella upphandlingen. Oavsett utgången vid en prövning av invändningarna mot MediCarreras anbud kvarstår således alltjämt ett kvalificerat anbud i utvärderingen. Mot denna bakgrund kan det inte anses visat att Kalmena har lidit eller riskerat att lida någon skada av de åberopade bristerna. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte heller i denna del.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det Kalmena har anfört inte visar att landstingen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. Ansökan ska således avslås.

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


Ingela Hofvander



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,

2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU