



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-02-18
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 48849-10
 Enhet 14

SÖKANDE

AB S:t Erikshälsan, 556042-1918
 Klarabergsviadukten 90, uppg. D, plan 5
 111 64 Stockholm

MOTPART

Storstockholms brandförsvär
 Box 1328
 111 83 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår AB S:t Erikshälsans ansökan om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2011-02-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND

Storstockholms brandförsvaret (SSBF) genomför genom förenklat förfarande enligt LOU en upphandling av företagshälsovård (Dnr 111-1461/10).

Enligt tilldelningsbeslut den 17 december 2010 har SSBF beslutat att tilldela annan anbudsgivare än AB S:t Erikshälsan uppdraget.

AB S:t Erikshälsan (S:t Erikshälsan) har den 27 december 2010 inkommit med en ansökan om överprövning av upphandlingen till förvaltningsrätten. Upphandlingen är påbörjad efter den 15 juli 2010 och avtalsspärr gäller i upphandlingen enligt 16 kap. 6 § LOU. Eftersom ansökan om överprövning har kommit in till förvaltningsrätten före utgången av avtalsspärren gäller en förlängd avtalsspärr under handläggningen i förvaltningsrätten.

YRKANDEN

S:t Erikshälsan yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny referenstagning sker där referenserna själva anger vilken poäng bolaget bör ha. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

SSBF bestrider bifall till ansökan. Om förvaltningsrätten finner skäl att vidta en rättelse i delen operativ tjänst, yrkar SSBF att upphandlingen vad gäller bastjänst får avslutas.

GRUNDER

S:t Erikshälsan anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Externt referensuppdrag

Av punkten 2.6 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska ange två (2) externa referensuppdrag (per tjänsteområde) som motsvarar det uppdrag som anges i kravspecifikationen och som genomförts de senaste tre (3) åren. Aleris Diagnostik AB – Flyg och Dykmedicinskt Centrum (Aleris) har lämnat anbud i SSBF:s upphandling och Aleris har i sitt anbud angett Stockholms brandförsvaret som sin enda referens. Stockholms brandförsvaret kan inte anses utgöra en extern referens, och att godta Stockholms brandförsvaret som referens strider således mot bestämmelserna om transparens i 1 kap 9 § LOU.

Referensuppdrag

Av punkten 2.6 ovan framgår att referensuppdragen ska motsvara de uppdrag som framgår av kravspecifikationen. Av punkten 3.3, 3.4 och 3.5 i kravspecifikationen i upphandlingsunderlaget framgår att det inom ramen för uppdraget ska genomföras cirka 700 hälsoundersökningar per år, varav ca 385 arbetsprover. I uppdraget ingår också cirka 20 dykundersökningar samt ett antal tand- och käkundersökningar. Vidare framgår att uppdraget ska utföras mobilt. Aleris referenser omfattar endast en mindre del (dykundersökningar) av vad som efterfrågas enligt punkterna ovan och detta referensuppdrag är inte heller mobilt. Aleris referens kan därför inte anses motsvara de uppdrag som framgår av kravspecifikationen och följaktligen inte utgöra en giltig referens.

Referenstagning

Referenstagningen har inneburit att den som tagit referenserna skapat sig fri prövningsrätt vad gäller poängsättningen av referensernas svar. Detta strider mot de grundläggande principerna i LOU 1 kap 9 §. På grund av den felaktiga referenstagningen har S:t Erikshälsan förlorat kontraktet och därmed lidit ekonomisk skada. Det åligger den som tar referenser att säkerställa att bedömningen av dessa innefattar att de poäng som sätts verkligen

överensstämmer med vad referenten anger/anser. Den som tar referenser ska dessutom säkerställa att referenterna verkligen förstår vad det är de ska bedöma, innefattande vilken del av upphandlingen frågorna avser. Annars kan inte principen om likabehandling av leverantörerna säkerställas. Om osäkerhet föreligger ligger ansvaret på den som tar referenserna för att bringa klarhet i vilken poäng referenten anser vara den rätta för frågan, samt att säkerställa att referenterna vet vilken del av upphandlingen de svarar på. Som anbudslämnare får man endast använda två referenser, det måste således åligga referenstagaren att vid behov (när en referens som i detta fall inte känner till exakt vad som skett i alla delar av verksamheten på grund av dess storlek) samtala med eventuella ytterligare personer för att kunna säkerställa att man får korrekta bedömningar. S:t Erikshälsans referenser har i samband med referenstagningen rörande två frågor (4 och 5), respektive tre frågor (3,4 och 5) inte angivit någon poäng. Referenstagaren har på dessa frågor själv satt poäng utifrån en egen bedömning hon gjort av diskussionen i samband med referenstagningen. Resultatet blir att hon satt 1 poäng. Detta har medfört att S:t Erikshälsans poäng för referenser i den operativa delen blivit mycket låga, totalt 60 poäng. Båda S:t Erikshälsans referenser har uppgivit att de poäng som satts av referenstagaren inte överensstämmer med deras egen bedömning. Det sätt på vilket referenstagningen skett strider mot de grundläggande principerna om likabehandling av leverantörerna samt principen om transparens i 1 kap 9 § LOU och att det fått till följd att S:t Erikshälsan har lidit stor ekonomisk skada.

SSBF anför bl.a. följande till stöd för sitt bestridande.

Extern referensuppdrag

SSBF har erfarenhet av Aleris sedan tidigare och detta faktum innebär självfallet att företaget kan ange SSBF som en extern referens i den här upphandlingen. Aleris är en annan juridisk person än SSBF och har inte heller någon ägarkoppling eller koncernrelation till SSBF. Det är endast

om en referenstagning sker från en verksamhet inom den egna organisationen som referens skulle kunna uppfattas vara en intern referens, dvs. en icke extern.

Referensuppdrag

Av förfrågningsunderlaget framgår att referensuppdragen ska motsvara de uppdrag som framgår av kravspecifikationen för respektive tjänst. Om utgångspunkten är att uppdragsvolymen ska vara lika och att innehållet i tidigare uppdrag till fullo ska motsvara det som efterfrågas i denna upphandling skulle konkurrensen effektivt hämmas och marknaden låsas fast till de positioner som finns idag. Mindre företag skulle överhuvudtaget inte kunna lämna anbud och det vore också omöjligt för ett mindre företag att kunna expandera genom nya avtal som affärsmässigt skulle ha en större ekonomisk tyngd än tidigare avtal. Syftet med en referenstagning är att säkerställa att tillräcklig teknisk förmåga finns och att tidigare prestationer med andra köpare har verkställts på ett tillfredställande sätt. Utgångspunkten är uppdragens karaktär och innehåll, inte om identiska uppdrag har utförts i andra avtalsrelationer. SSBF är förvissad om att Aleris har tillräcklig teknisk förmåga att klara de prestationer som förutsätts i denna upphandling. Aleris utför idag hälsokontroller och läkarundersökningar mobilt hos t.ex. Uppsala brandförsvaret. SSBF menar därför att företaget har full kapacitet för att utföra denna mobila tjänst även för SSBF.

Referenstagning

Den inom SSBF som ansvarat för referenstagningen har medverkat i framtagandet av de åtta frågor som redovisas i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget. I samband med detta arbete har också diskuterats lämplig poängskala och vilket/vilka svar som kan ge viss poäng. Poängskalan har endast tre skalsteg, detta för att underlätta bedömningen vid svar på en ställd fråga och minimera risken för inslag av fri prövningsrätt. Det finns skäl att påpeka att all bedömning vid exempelvis referenstagning i någon mening sker

på subjektiva grunder. Det är en person som värderar svaren och det är en person hos referenten som svarar på ställda frågor. Graden av subjektivitet minskar genom att det är samma individ hos den upphandlande myndigheten som ställer frågorna med eventuella följdfrågor och som värderar svaren. Om det vore flera individer som svarade för referenstagningen skulle risken för subjektiva inslag öka markant. Hos SSBF har en och samma individ svarat för all referenstagning. Referenstagaren hos SSBF har tillräcklig förmåga för att kunna genomföra den beskrivna referenstagningen. S:t Erikshälsan har hävdad att om det föreligger osäkerhet vid referenstagningen, så åligger det referenstagaren att bringa klarhet i de delar där sådan oklarhet kan föreligga. Den uppfattningen delas av SSBF och referenstagaren har också erhållit tillräcklig information för att kunna sätta en riktig poäng. Att sedan referenspersonerna i ett senare skede och efter samtal med sökanden haft en skild uppfattning om lämplig poäng är inte märkligt. Man har av naturliga skäl inte kunskap om de referenspunkter som SSBF har satt upp vad gäller värderingen av avgivna svar och den till värderingen kopplade poängskalan.

S:t Erikshälsan har inte i ansökan eller i senare komplettering kunnat visa att referenstagaren haft otillräckliga kunskaper eller tolkat avgivna svar på ett felaktigt sätt. Det ligger också i sakens natur prövningen av inkomna svar i samband med en referenstagning ska ske hos den upphandlande myndigheten, inte av den som lämnar referensen. Det är upp till varje anbudsgivare att redovisa de referenser som man vill använda i den aktuella upphandlingen. Det är inget som hindrar att man för företaget/referenten beskriver de frågor som den upphandlande myndigheten avser att ställa, liksom att man i förväg som anbudsgivare själv begär att få ta del av de svar, mer eller mindre preliminära, som referenten avser att formulera. Med dessa svar som grund kan valet av referens måhända skifta, inte minst om någon referens ger omdömen som är svaga eller inte kan svara på någon enskild fråga. SSBF har valt att sätta den lägsta poängen på de frågor

som inte har resulterat i något svar. En annan värdering med ex. 3 poäng innebär att referensgivaren i utvärderingen beskrivs ge ett omdöme om att en verksamhet eller förhållningssätt som inte existerat och att denna utsago om något som inte existerat, får bedömningen God. Saknar referensföretaget förmågan att kunna ge ett omdöme eller har efterfrågat den prestation som bedöms, står det fritt anbudsgivaren att lämna annat företag som referens. Detta är ett ställningstagande som anbudsgivaren självfallet kan och måste avgöra innan anbudet lämnas in, inte under utvärderingsfasen när facit visar sig bli ett annat än det man som anbudsgivare vill se.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår bl.a. att 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

S:t Erikshälsan har anfört att Aleris inte kan åberopa Stockholms brandförsvaret som en extern referens. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vad som avses med externa referensuppdrag. Förvaltningsrätten finner dock, i likhet med SSFB, att externa referensuppdrag innefattar uppdrag som inte är interna dvs. verksamhet inom den egna organisationen. Aleris angivande av Stockholms brandförsvaret som en referens strider således inte mot någon princip i LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att referensuppdragen ska motsvara det uppdrag som anges i kravspecifikationen. Någon ytterligare information i vilka avseenden referensuppdragen ska *motsvara* SSBF:s kravspecifikation anges inte i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten anser, i likhet med SSBF, att det vid en sådan skrivning är referensuppdragens karaktär och innehåll som är viktiga och inte frågan om ett exakt liknande uppdrag tidigare har utförts. Förvaltningsrätten finner därför att SSBF:s beslut att godkänna Aleris referensuppdrag vid kvalificeringen, mot bakgrund av vad som anges i förfrågningsunderlaget, inte strider mot någon princip i LOU.

S:t Erikshälsan har vidare anfört att referenstagningen har inneburit att den som tagit referenserna skapat sig fri prövningsrätt vad gäller poängsättningen av referensernas svar. I bilaga 1 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Anbudsgivaren försäkrar sig om att referenterna (kontaktpersonerna) både vill och kan delta samt att referenten kan associera referensen med det anbudsgivande företaget. SSBF kommer att efter anbudsöppning att kontakta person som är väl insatt inom angivna referensuppdrag, denna kommer att göra en bedömning av leveranssäkerhet, bemötande och måluppfyllelse. Referensen kommer att fylla i ett frågeformulär enligt nedan redovisade uppgifter. Alla frågor är värda lika mycket poäng. En medelpoäng kommer att framräknas från båda referenserna. Bedömningen kommer att ske enligt följande betygsskala:

1 poäng= Acceptabel
3 poäng= God
5 poäng= Mycket god

Förvaltningsrätten anser, med hänsyn till principerna om likabehandling och transparens, att det är av avgörande betydelse att upphandlande myndighet vid referenstagning följer de i förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningarna och frågorna samt försäkrar sig om att referenstagningen sker lika för alla anbudsgivare. Enligt förfrågningsunderlaget kommer en medelpoäng att framräknas och en bedömning att ske i enlighet med angiven betygsskala. Enligt utredningen har en person hos SSBF handlagt referenstagningen och gjort bedömningen vilken poäng som ska anges för re-


FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

spektive svar från referenten. Förvaltningsrätten anser att detta inte är i strid med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Vad S:t Erikshälsan anfört och vad som i övrigt framkommit av utredningen i målet beträffande referenstagningen kan, enligt förvaltningsrättens mening, inte visa att upptagandet skett i strid med de principer som följer av gemenskapsrätten och LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att upphandlingen, utifrån vad S:t Erikshälsan anfört, inte kan anses behäftad med sådana brister att de krav som uppställs i LOU eller i övrigt följer av de gemenskapsrättsliga kraven på transparens, förutsebarhet eller proportionalitet har trätts för när. Grund för ingripande enligt LOU saknas därför. Ansökan om överprövning ska således avslås.

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



Louise Alfredsson

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Sofie Sandell.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 uppges 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 3109/1A LOU