



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 14

DOM
 2013-10-28
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 15855-13

SÖKANDE

Professional Management Arne & Barbro Svensson AB, 556534-1186
 Illervägen 27
 187 35 Täby

MOTPART

Myndigheten för vårdanalys
 Box 6070
 102 31 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Professional Management
 Arne & Barbro Svensson AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 392873

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

YRKANDEN M.M.

Myndigheten för vårdanalys (Vårdanalys) genomför en upphandling av konsulttjänster för analyser, uppföljningar och utvärderingar enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). I tilldelningsbeslut den 19 juni 2013 meddelade Vårdanalys att man avser att teckna avtal med åtta anbudsgivare. Av upphandlingsprotokoll framgår att Vårdanalys förkastat Professional Management Arne & Barbro Svensson AB:s (Professional Management) anbud med motiveringen att det av anbudet inte framgår att erbjudén konsult har genomfört minst tre projekt omfattande analys, uppföljning eller utvärdering av det svenska vård- och omsorgssystemets organisation och funktion. Anbudet har av Vårdanalys därför inte bedömts uppfylla kravet på kapacitet (att redovisa minst en person på nivå 1 och minst två personer på nivå 2).

Professional Management ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse sker i form av en ny utvärdering och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd härför anför de bl.a. följande.

Professional Management har i anbudet bekräftat att skall-kravet när det gäller kapacitet uppfylls. Utöver de referensuppdrag som krävs har Professional Management redovisat 14 uppdrag som möter kraven. I de meritförteckningar som ingår i anbudet finns ytterligare relevanta uppdrag angivna. Vad saken gäller är bevisen på denna kapacitet. Vårdanalys anser emellertid att Professional Managements redovisning inte kan tillmätas något bevisvärde. Istället har Vårdanalys baserat sitt beslut på upphandlingskonsultens felaktiga slutsats av referenspersonernas svar på dennes ofullständiga e-post angående en av konsulternas projekt.

Eftersom Professional Management inte kan påverka hur den av Vårdanalyt anlitade konsultfirman genomför sitt arbete, kan de självklart inte heller bära risken för att detta arbete utförs på ett undermåligt sätt. Den kammarrättsdom som Vårdanalyt hänvisar till (Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 november 2010, mål nr 2504-10) är inte relevant i sammanhanget eftersom den handlar om referenstagning avseende kvaliteten på utfört uppdrag för poängsättning i utvärderingsfasen. Det är självklart att sådana bedömningar är subjektiva. I detta fall handlar det emellertid om att i kvalificeringsfasen objektivt fastställa sakförhållanden.

Vårdanalyt hävdar att referenterna ”med ledning av anbudsgivarens egna beskrivningar av aktuella uppdrag” tydligt angivit att de krav som anges i förfrågningsunderlaget inte är uppfyllda. Detta är inte sant, vilket framgår vid en jämförelse av texten i Professional Managements anbud och den text som enligt Vårdanalyt har mailats till respektive referent. När det gäller uppdrag nr 1 har Vårdanalyt i e-postmeddelandet till referenten helt utelämnat Professional managements beskrivning av referensuppdraget. När det gäller uppdrag nr 3 har första halvan av Professional Managements beskrivning av referensuppdrag utelämnats. I mål nr 2504-10 anger kammarrätten att enligt fast rättspraxis från EU-domstolen innebär likabehandlingsprincipen att lika situationer inte får behandlas olika. Referenstagningen är uppenbarligen en sådan ”lika situation”. Syftet med referenstagningen är enligt Vårdanalyt att referenten ska verifiera beskrivningen av sakomständigheterna. En sådan verifiering är naturligtvis avhängig att den beskrivning av referensuppdraget som referenten har fått av Vårdanalyt är fullständig och korrekt, dvs. helt överensstämmer med den beskrivning Professional Management har lämnat. Så är emellertid inte fallet och upphandlingen strider således mot principerna om transparens och öppenhet. Eftersom övriga uppdragsgivare uppenbarligen har fått fullständiga beskrivningar av referensuppdragen att verifiera strider förfarandet mot principen om likabehandling.

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vilka frågor som eventuellt kommer att ställas till referenspersonerna. Professional Management hade i januari 2013 kontakt med referenterna och informerade dem om att de kunde bli kontaktade av Vårdanalys med anledning av denna upphandling. Det framgick dock inte av förfrågningsunderlaget att det inte var Vårdanalys utan en konsultfirma som skulle kontakta referenspersonerna. Upphandlingskonsulten har inte informerat referenspersonen om vilken upphandling som avses och vilka krav som ställs i denna. Upphandlingskonsulten har bara skickat en enda kort och ofullständig förfrågan i eget namn (utan referens till Vårdanalys) via e-post och har inte haft någon annan kontakt med referenspersonen för att säkerhetsställa att konsulten har uppfattat svaret rätt, när detta enligt konsultens uppfattning inte inneburit en bekräftelse av de bevis anbudsgivaren inlämnat i sitt anbud. I båda fallen har Professional Management haft flera uppdrag med samma referensperson som kontaktperson samt använt denna kontaktperson som referent i flera pågående upphandlingar under den aktuella tiden.

Vårdanalys har anfört att den upphandlande myndigheten varit "förhindrad att tillmäta betydelse till uppgifter som meddelas den upphandlande myndigheten" efter sista anbudsdag. Referenspersonerna har i ingivna intyg enbart meddelat vad som skulle ha framgått vid kontrollen om denna hade varit riktigt utförd. Det har således inte tillförts något i sak. Kravet enligt förfrågningsunderlaget är att kontaktuppgifterna till referenterna är korrekta och aktuella, inget annat.

I förfrågningsunderlaget anges att referensperson "kan komma att kontaktas". Detta innebär att en anbudsgivares redovisning kan godtas som bevis utan kontroll, även i de fall en kontroll skulle ha visat att redovisningen var felaktig. Professional Managements anbud har förkastats på grund av felaktig utförd kontroll trots att de uppfyller kraven, medan andra anbud kan ha godtagits utan kontroll (även om de kanske inte uppfyller kraven).

Vårdanalys yrkar att Professional Managements yrkande ska avslås och anför bl.a. följande.

För att Vårdanalys skulle kunna bedöma om kraven på konsulternas erfarenhet av liknande uppdrag var uppfyllda ställdes krav på att anbudsgivaren i anbudet skulle komma in med en redovisning av tre genomförda projekt. I förfrågningsunderlaget angavs att Vårdanalys därutöver kunde komma att kontakta angivna referenter under anbudsprövningen i syfte att av en tredje part få bekräftat att kraven var uppfyllda (dvs. att anbudsgivarens redovisade uppgifter var korrekta).

En upphandlande myndighet har långtgående frihet att själv bestämma vilka krav som ska ställas i en upphandling och hur det ska visas att ett krav är uppfyllt, såvida detta inte innebär att någon bestämmelse i LOU åsidosätts. De bevis Vårdanalys har krävt har tydligt angetts i förfrågningsunderlaget och Vårdanalys har genomfört prövningen helt i enlighet med lämnad information. Syftet med referenstagningen har varit att verifiera de uppgifter som framgår av anbudsgivarens redovisning. Detta innebär att det inte har varit möjligt för en anbudsgivare att tillgodoräkna sig uppdrag vars sakomständigheter inte verifierats av respektive referents utsago.

Enligt Professional Management har referenten avseende projekt 1 i kontakt med dem angett att svaret beror på ett missförstånd och att denne har förväxlat den ramavtalsansvariges roll som uppdragsansvarig och konsultens roll som projektledare. Anbudsgivarna hade under den väl tilltagna anbudstiden (62 dagar) möjlighet att viddala den kund som angavs i anbudet för att säkerhetsställa att de hade samsyn kring de faktorer som togs upp i upphandlingen. Eventuella osäkerheter kring de begrepp som var centrala i kraven (ex. definitionen av "projektledare") hade då kunnat läkas. Detta ansvar har ålegat anbudsgivaren.

I det brev från referenten daterat den 27 juni 2013 som åberopas av Professional Management avseende projekt nr 3 synes referenten ange att det svar som lämnades i referenstagningen innehöll följande information. Att en slutrapport i uppdraget hade avlämnats från förstudien och att uppdraget har avslutats (i svar per e-post på en förfrågan daterad den 21 februari 2013) samt att ett nytt uppdrag – som påbörjats 2011 och där en slutrapport ska avges 2014 – nämndes för den som utförde referenstagningen bl.a. för att framhålla att konsulten hade fått förnyat förtroende. Det är inte möjligt att utläsa denna information av lämnat svar per e-post den 22 februari 2013. Någon annan kontakt med referenten har inte förekommit.

Det är den som har åberopat en referens som bär risken för missförstånd vid referenstagningen (jfr mål nr 2504-10). Professional Managements tolkning av domen överensstämmer inte med avgörandets domskäl vari det föreskrivs, utan reservation, att det är ”den som har åberopat en referens, dvs. i detta fall leverantören, som bär risken för missförstånd vid referensupptagningen”. Inte heller övrig praxis ger stöd för Professional Managements tolkning. Istället framgår det av Förvaltningsrätten i Göteborgs dom (den 2 april 2013, mål nr 2349-13 E) att riskfördelningsprincipen gäller även när referenstagningen avser kvalificeringsfasen.

Referenstagning har skett avseende samtliga anbudsgivare som varit aktuella för kontraktstilldelning. Vårdanalys har formulerat referenstagningarna på samma sätt för samtliga tillfrågade referenter; - Med en fråga om referenten kan bekräfta att konsulten i fråga varit projektledare/huvudansvarig i nedanstående uppdrag. Uppdraget har sedan beskrivits på samma sätt för samtliga tillfrågade referenter, - Med en kortfattad återgivning av anbudsgivarens egen beskrivning alternativt, beroende på vad anbudsgivaren har angivit i sitt anbud, - Med en hänvisning till det namn som anbudsgivaren uppgett avseende projektet. Syftet med referenstagningen har varit att verifiera att konsulten har genomfört referensuppdraget som projektledare och

att uppdraget var avslutat. Det har därför inte varit motiverat med en fullständig återgivning av anbudsgivarens referensuppdragsbeskrivning.

Ett dementerande referenssvar kan inte ändras till det motsatta efter att referenstagningen är genomförd och tilldelningsbeslut meddelats eftersom det skulle medföra att den riskfördelningsprincip som framgår av mål nr 2504-10, skulle bli verkningslöst. Dessutom skulle det vara en otillåten särbehandling eftersom nya uppgifter, vid ett försent stadium, skulle tillföras anbudet (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 september 2009, mål nr 2467-09). Det saknas därmed betydelse att Professional Management har kommit in med intyg från referenterna.

Professional Management har anfört att bolaget redovisat ytterligare referensuppdrag utöver de som redovisats i meritförteckningsmallen. Det framgår dock inte vilka konsulter hos Professional Management som arbetat med uppdragen och således inte heller att den aktuella konsulten skulle ha varit projektledare för dessa uppdrag. Vidare saknas uppgifter om någon referent som kan verifiera uppdragen.

Att återgivningarnas exakta innehåll varierar är en oundviklig konsekvens av det faktum att anbudsgivarnas redovisningar i sig inte är identiska. Huruvida det varit Vårdanalys, en konsult, eller någon annan myndighet i en annan upphandling som stått som avsändare för frågorna till referenterna saknar betydelse. Syftet med referenstagningen är att få en objektiv och saklig information om de faktiska förhållandena från referenten, inte att få konstruerade svar beroende på vem som frågar.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande följas vid all offentlig upphandling. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad Professional Management har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Professional Management har bl.a. gjort gällande att referenstagningen som Vårdanalys genomfört är felaktigt utförd och att förfarandet strider mot principerna om transparens och likabehandling. Vidare har Professionell Management gjort gällande att kravet på kapacitet i förfrågningsunderlaget är uppfyllt.

För att ett förfrågningsunderlag ska vara förenligt med LOU och EU-rätten krävs att det är tillräckligt klart och tydligt utformat och att samtliga anbudsgivare ges insikt i hur bedömningen av deras anbud kommer göras. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten iakttas (jfr RÅ 2002 ref. 50). Likabehandling och ickediskriminering förutsätter vidare att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbuds förfarandet.

I punkt 2.7.4 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Leverantören ska tillhandahålla minst två konsulter på nivå 2. Respektive konsult ska uppfylla följande krav:

- Konsulten ska i rollen som projektledare ha genomfört minst tre projekt omfattande analys, uppföljning eller utvärdering av det svenska vård- och omsorgs-

systemets organisation och funktion. Projektet kan ha avsett både övergripande och specifika analyser inom områden såsom läkemedel, äldreomsorg, psykiatri patientens/brukarens ställning, vårdvalsinformation, öppna jämförelser, ersättningsystem och kunskapsstyrning. Projekten ska ha levererats enligt överenskommen kvalitet och inom tidplanen för projektet. För att bekräfta att kravet är uppfyllt ska leverantören redovisa tre referenser per erbjudna konsulter.

Vårdanalys kan komma att kontakta angivna referenter under anbudsprövningen för att bekräfta att kraven är uppfyllda och det åvilar anbudsgivaren att kontrollera att kontaktuppgifterna till referenterna är korrekta och aktuella.

Vårdanalys har vid två referenstagningar för en av de av Professional Management redovisade konsulterna på nivå 2 via e-post ställt frågan huruvida referenten kan bekräfta att den aktuella konsulten varit projektledare för angivet projekt. Vårdanalys har därefter i den ena referenstagningen uppgett projektets namn och i den andra återgett del av den beskrivning som angetts i anbudet för det aktuella projektet, samt i båda referenstagningarna meddelat under vilken tidsperiod de aktuella projekten ska ha genomförts. Av de svar som Vårdanalys fått av Professional Managements referenser framgår att en av referenspersonerna svarat att denne inte kan bekräfta att konsulten varit projektledare för projektet och att en svarat att det angivna projektet är pågående.

Annat har inte framkommit än att referenstagning skett avseende samtliga anbudsgivare som varit aktuella för kontraktstilldelning samt att Vårdanalys vid samtliga referenstagningar antingen använt det åsyftade projektets namn eller en kort beskrivning av projektet utifrån vad anbudsgivaren angett i anbudet. Syftet med beskrivningen har enligt Vårdanalys varit att få referenspersonen att förstå vilket projekt som åsyftats.

Förvaltningsrätten finner att det är den som åberopat en referens som bär risken för missförstånd vid referenstagningen (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 2504-10). Detta gäller enligt förvaltningsrättens me-

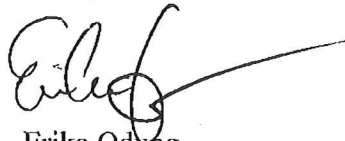
ning oavsett under vilken del av upphandlingsförfarandet som referenstagningen sker. Även om det i förfrågningsunderlaget inte är uttryckligen angett vilka frågor som skulle ställas till referenterna finner förvaltningsrätten att det på ett tillräckligt tydligt sätt angetts vilka uppgifter som referenstagningen syftade till att bekräfta och vidare att Vårdanalys i referenstagningen med Professional Managements referenter redovisat tillräckliga uppgifter för att en förberedd referent ska förstå vilket projekt som åsyftats. Förvaltningsrätten finner därför att Professional Managements referenter lämnats tillräcklig information för att kunna svara på den fråga som ställts vid referenstagningen. Vårdanalys kan därför inte anses ha genomfört referensupptagningen av Professional Managements referenter på ett vilseledande eller felaktigt sätt.

Av skall-kravet i punkten 2.7.4 framgår att leverantören ska redovisa tre referenser per erbjudna konsulter och att Vårdanalys kan komma att kontakta referenterna under anbudsprövningen för att bekräfta att kraven är uppfyllda. Eftersom två av de av Professional Management angivna referenserna för en av konsulterna på nivå 2, vid referenstagningen, inte har bekräftat den information som angetts i anbudet kan Professional Management inte anses uppfylla det aktuella kravet. Av likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får bortse från de skallkrav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Skallkrav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera och pröva anbudet. Eftersom samtliga skallkrav inte har uppfyllts har det varit riktigt av Vårdanalys att förkasta Professional Managements anbud. Att Professional Management under handläggningen vid förvaltningsrätten kommit in med två intyg från referenterna förändrar inte den bedömningen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Professional Management anfört inte utgör omständigheter som visar att Vårdanalys har utfört upphandlingen i strid med LOU eller någon av de grundläggande unionsrättsliga principerna för offentlig upphandling. Förutsättningar för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger således inte. Professional Managements ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Erika Odung

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Jennie Åsberg har föredragit målet.



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. 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.