



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-12-10
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2100-15

SÖKANDE

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

Ombud: Martin Göransson
Prosent AB
Kungsgatan 13 B
352 31 Växjö

MOTPART

Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

| | |
|-------------------------|---------------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2015 -12- 1 1 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Kalmena Rek Aktiebolags ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Landstinget i Kalmar län (landstinget) har genomfört en upphandling avseende rekryteringstjänster av utländska läkare och sjuksköterskor. Upphandlingen har skett som ett förenklat förfarande enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) där de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuderna avsågs att antas. Landstinget avsåg att teckna avtal med maximalt sex stycken leverantörer gällande rekryteringstjänster avseende läkare och fyra stycken leverantörer gällande rekryteringstjänster avseende sjuksköterskor. Anbud kunde lämnas för hela eller delar av uppdraget, enligt indelningen i området läkare och sjuksköterskor. Landstinget meddelade ett tilldelningsbeslut den 12 juni 2015 varigenom annat bolag än Kalmena Rek Aktiebolag (Kalmena) tilldelades uppdraget beträffande området sjuksköterskor.

YRKANDEN M.M.

Kalmena ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen görs om avseende anbudsområdet sjuksköterskor. Kalmena anför bl.a. följande. Det framgår av punkten 3.3 i förfrågningsunderlaget att en bedömning kommer att vidtas separat för läkare respektive sjuksköterskor och att landstinget kommer fråga referenserna och dessa svar poängsätts mellan 1 till 5 poäng. Samtliga tre referenser ska avge svar med minst tre poäng för att gå vidare i utvärderingen. Detta innebär att en sammanblandning av obligatoriska krav på leverantören utvärderas på ett otillåtet sätt (jfr EU-domstolens dom i målet C-532/06, Lianakis, och där gjorda hänvisningar). Det framgår inte tillräckligt tydligt i förfrågningsunderlaget vad som utgörs av obligatoriska krav och vad som utgörs av utvärderingskrav för att en normalt omsorgsfull anbudsgivare ska kunna veta vad landstinget tillmäter betydelse. Det framgår inte heller vilka krav som utgör kvalificeringskrav på anbudsgivaren, kvalificeringskrav på tjänsten och vad som utgör utvärderingskrav för att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Kraven på erfarenhet av sjuksköterskerekrytering strider mot proportionalitetsprincipen eftersom kraven inte är nödvändiga för att uppnå det syfte som landstinget eftersträvar i och med att skillnaden mellan läkarrekrytering och sjuksköterskerekrytering inte skiljer sig åt. Kalmena lider skada eftersom Kalmena hade tilldelats ramavtal även i den del som avser sjuksköterskor om inte det oproportionerliga kravet på referenser för sjuksköterskerekrytering hade ställts. Eftersom det sker en utvärdering av leverantörernas förmåga att klara uppdraget i och med poängsättningen av referenserna har landstinget brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Kalmena lider skada på så sätt att förfrågningsunderlaget är otydligt, icke-transparent och med inslag av skönsmässiga bedömningar, vilket gör det svårt att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Det har inte skett någon sammanblandning av kvalifikations- och utvärderingskriterier i strid med EU-domstolens avgörande C-532/06 Lianakis m.fl. och den nationella praxis som utvecklats därkring. Erhållna poäng för referenstagningen enligt punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget har överhuvudtaget inte påverkat utfallet av själva anbudsutvärderingen eller på något sätt vägts emot den anbudsprissumma som utvärderades eller andra börkrav. Det är även mycket tydligt och väl definierat vad som krävs för att få en viss poäng vid referenstagningen. Ställda krav inklusive de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget punkt 3.3 underpunkt 2 b och punkt 3.5 är inte oproportionerliga. Landstinget har en skyldighet att verksamheten bedrivs med hänsyn till patientsäkerheten, allmänhetens och övriga berörda intressenters bästa. För att tillgodose kravet på leveranssäkerhet och förmågan att leverera efterfrågade rekryteringstjänster är det en förutsättning att leverantörer kan antas ha tillräcklig teknisk förmåga, kapacitet samt erforderliga förutsättning för att klara av att genomföra ett avtalsåtagande av aktuellt slag och i den omfattning som är aktuell på ett tillfredsställande sätt. Kontraktsföremålet gör

att det har varit motiverat att ställa kravet. Det låter sig inte göras att rakt av jämställa rekryteringen av utländska läkare med rekryteringen av utländska sjuksköterskor. Helt avgörande för att lyckas med uppdraget är att en leverantör har erfarenhet av och ett etablerat kontaktnät avseende föremålet för upphandlingen i fråga. Landstinget har därför haft fog att på ett transparent sätt kräva minst tre referenser motsvarande föremålet för upphandlingen i fråga. Kravställningen är inte godtycklig. Den strider inte mot likabehandlingsprincipen eller övriga allmänna principer som följer av 1 kap. 9 § LOU. Det finns inget generellt hinder mot att samma kriterier som används som ska-krav och utvärderingskriterier om förutsättningarna är tydliga i förfrågningsunderlaget, vilket de varit i förevarande fall. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget vilka processer som ska redovisas och hur dessa anbudsuppgifter sedan utvärderas och vägs mot bl.a. anbudspriset. Detta resulterar i ett slutligt jämförelsetal som används vid jämförelsen med övrigt inkomna, kvalificerade anbud. Kraven får anses vara tillräckligt tydligt formulerade för att en normalt omsorgsfull och aktsam anbudsgivare ska kunna ge ett konkurrenskraftigt anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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. 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Sammanblandning av kriterier

Av EU-domstolens avgörande i "Lianakis" framgår att de kriterier som inte syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, utan som huvudsakligen avser bedömningen av anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet i fråga, inte kan anses utgöra "kriterier för tilldelning". Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga utgör kriterier som avser anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och såldes inte "kriterier för tilldelning" (jfr dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06, punkterna 30-31).

EU-domstolens avgörande i "Lianakis" anses inte utgöra något absolut hinder mot att poängsätta personalens erfarenhet och kompetens inom ramen för tilldelningsfasen om det finns en direkt koppling mellan erfarenhet och kvalitetsnivån på det som ska upphandlas (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 10 juli 2009 mål nr 2295-09).

Av förfrågningsunderlaget framgår att landstinget har för avsikt att fråga de uppgivna referenserna hur de bedömer resultatet av anbudsgivarens utförda arbete, kompetens och fackkunskap i förhållande till ställt uppdrag och avtalade villkor. Frågan som ställs till referenserna i upphandlingen syftar enligt förfrågningsunderlaget till att anbudsgivaren ska styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Frågan avser alltså inte leverantörens allmänna kapacitet utan syftar till att bedöma hur väl den efterfrågade tjänsten faktiskt kan komma att utföras och för att identifiera och fastställa det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Någon sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingsfasen har således inte skett. Det föreligger därför inte skäl för ingripande mot upphandlingen på denna grund.

Proportionalitetsprincipen

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Landstingets syfte är att teckna avtal med leverantörer som kan medverka till landstingets målsättning att stärka patientsäkerheten genom att rekrytera ny personal för varaktig anställning och få kontinuitet vid bemanning. En god vård i sammanhållen vårdkedja ska därmed upprätthållas. Landstinget har uppställt krav på referenser för att anbudsgivaren ska styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Anbudsgivare som offererar på området sjuksköterskor ska ange tre referenser. Landstinget har även ställt krav på antalet genomförda rekryteringar. Anbudsgivaren ska enligt förfrågningsunderlaget ha genomfört minst fem rekryteringar av sjuksköterskor sedan minst tre år tillbaka, räknat från sista anbudsdag. De efterfrågade rekryteringarna ska visa anbudsgivarens erfarenhet av rekrytering av sjuksköterskor.

Bedömningen om åtgärden är förenligt med proportionalitetsprincipen ska göras i tre steg jfr Kammarrätten i Jönköping dom den 26 juni 2008 mål nr 568–570-08). För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Av vad som framkommit i målet får kravet på antalet referenser och rekryteringar i förfrågningsunderlaget anses vara av stor vikt för att bedöma om anbudsgivare kan tillgodose landstingets syfte att rekrytera sjuksköterskor. Det föreligger således ett naturligt samband mellan de uppställda kraven och föremålet för upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför att kraven är lämpliga och effektiva åtgärder för att uppnå det av landstinget angivna syftet med kraven.

För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Kalmena anför att kraven beträffande sjuksköterskor inte står i proportion till de mål som eftersträvas eftersom processen för rekrytering av läkare och sjuksköterskor är väldigt lika. Landstinget menar att det inte går att jämställa rekryteringen av utländska läkare med rekryteringen av utländska sjuksköterskor samt att det är nödvändigt med kraven för att kontrollera att anbudsgivarna har erfarenhet av och ett etablerat kontaktnät av utländska sköterskor. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av syftet med upphandlingen att referens- och rekryteringskraven för sjuksköterskor inte kan ersättas av referens- och rekryteringskraven för läkare med hänvisning till likheter i rekryteringsprocessen. Kraven uppställda av landstinget får således vara nödvändiga för att uppnå det eftersträvade syftet. Det har i målet inte framkommit något som visar att det finns något mindre ingripande alternativ.

För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att de anbudsgivare som inte uppfyller kraven på referenser och rekrytering inte kommer att gå vidare till utvärdering av anbud. Kalmena anför att kraven medför en negativ effekt eftersom Kalmena annars hade antagits som ramavtalsentreprenör. Förvaltningsrätten konstaterar att kraven på referenser och rekrytering inte automatiskt utesluter anbudsgivare från att inkomma med anbud, utan alla anbudsgivare har möjlighet att lämna de efterfrågade uppgifterna. Den insats som anbudsgivaren åläggs kan inte heller anses vara särskilt betungande. Kraven som uppställs i förfrågningsunderlaget syftar till att kontrollera anbudsgivares kapacitet och erfarenhet, vilket är en del av kvalificeringsfasen. Förvaltningsrätten finner att de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven inte kan anses oproportionerliga i förhållande till det eftersträvade syftet med kraven.

Förvaltningsrätten finner sammantaget att det inte är visat att kraven på tre referenser och fem rekryteringar under tre år går utöver vad som kan anses ändamålsenligt. Kraven framstår med anledning av vad som framkommit i målet som rimligt för att uppnå syftet med upphandlingen. Proportionalitetsprincipen har därför inte åsidosatts. Det föreligger således inte skäl för ingripande enligt LOU i denna del.

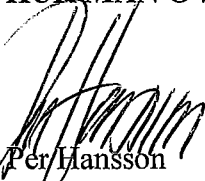
Transparensprincipen och likabehandlingsprincipen

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 vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska även vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår vad som kommer att tillmätas betydelse i referensupptagningen samt hur detta kommer att poängsättas. Utformningen av poängsättningen ger enligt förvaltningsrätten inte utrymme för landstinget att göra en fri prövningsrätt. Anbudsgivarna har inte saknat möjlighet att kunna förutse vad som kommer att bedömas vid utvärderingen. Vid ett sådant förhållande kan det inte anses att landstinget brutit mot de krav på likabehandling och transparens som ställs i LOU.

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

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



Per Hansson

Föredragande: Maria Gustafsson



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 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.