



SÖKANDE

1. LäkarLeasing Sverige AB, 556678-4426
Storgatan 28
114 55 Stockholm

2. Medixx European ApS
Gribskovvej 2
2100 Köpenhamn
Danmark

3. Svensk läkartjänst LILAB, 556404-4203
Fågel Fenix väg 3
246 42 Löddeköpinge

4. Åsas Bemanning AB, 556666-6177
Box 26
776 21 Hedemora

MOTPART

Landstinget i Kalmar län

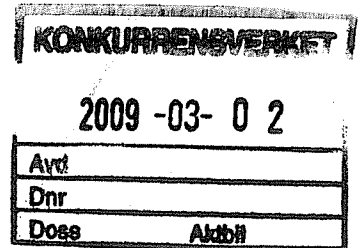
Ombud: Landstingsjuristen Cajsa Kjellberg
Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att Landstingets upphandling av läkartjänster ska göras om.



BAKGRUND

Landstinget i Kalmar län (Landstinget) har genomfört en upphandling av bemanningstjänster – distriktsläkartjänster till primärvården, olika specialistläkartjänster till länssjukvården samt läkartjänster till psykiatriförvaltningen. Syftet med upphandlingen uppges vara att aktuella hälsocentraler inom primärvården, hälso- och sjukvårdsförvaltningen samt psykiatriförvaltningen ska ha möjlighet att täcka tillfälliga behov av efterfrågade läkartjänster. Upphandlingen har genomförts genom förenklat förfarande (s.k. B-tjänst).

I ett tilldelningsbeslut den 18 december 2008 antogs anbud från tolv leverantörer.

Svensk läkartjänst LILAB ansökte om överprövning av tilldelningsbeslutet med yrkande om inhibition av upphandlingsprocessen.

Länsrätten beslutade den 29 december 2008 att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten har avgjort målet slutligt eller förordnar på annat sätt.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Svensk läkartjänst LILAB, Medixx European ApS, LäkareLeasing Sverige AB och Åsas Bemanning AB ansöker om överprövning enligt LOU. De tre förstnämnda yrkar att upphandlingen ska göras om.

Svensk läkartjänst LILAB (härefter Svensk läkartjänst) anför följande som stöd för sin begäran. Flera fel har begåtts i upphandlingen och Landstinget har inte tagit hänsyn till vad som sägs i LOU om ickediskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. –

I tilldelningsbeslutet uppges endast totalpriser. Det går inte att förstå hur upphandlingsenheten har kommit fram till betygen för offererade priser eller jämföra egna offererade priser med konkurrenternas, vilket strider mot rättsäkerheten. Vidare framgår det inte hur kvalitetsparametern beräknats eftersom Landstinget inte vill lämna ut underlaget. Bolaget har varit i kontakt med samtliga fem referenter. En var inte tillfrågad eftersom hon gått i pension och en annan av oklar anledning. Resterande tre personer uppgav att de lämnat bättre omdömen än vad Landstinget redovisat. Detta kan bero på att den referent som Landstinget har valt har gett dåliga referenser, att de säger sig ha gett högsta betyg men i själva verket gett urusla sådana eller att Landstinget utsatts för påtryckningar att inte anlita bolaget. Landstinget har misslyckats med att ge priset tyngden 40 procent och kvaliteten 60 procent. Om Landstinget inte accepterar att priset i praktiken inte har tillmätts någon betydelse i upphandlingen och att upphandlingen måste göras om, måste Landstinget anlita en statistiker/matematiker som visar att Landstingets uträkningar är korrekta.

Åsa Bemanning AB anför följande. De tre referenser som lämnats har vid kontakt med bolaget uppgett att de har lämnat högsta betyg. Således är referenstagningen och/eller dokumentationen felaktig. Bolaget kräver att få dokumentation och utvärdering för samtliga bolag, vilket har nekats av Landstinget med hänvisning till sekretess. Bolaget kräver att deras kvalitetsbetyg rättas till 3,0.

Medixx European ApS (härefter Medixx) anför följande. Av förfrågningsunderlaget framgår inte hur många leverantörer som kommer att erbjudas avtal. De satte ett högre anbudspris än genomsnittet eftersom de levererar högkvalitativa tjänster. Kvalitet, snabbhet och leveranssäkerhet avgörs till stor del av på vilket pris anbudsgivaren väljer att lägga sig. Även om formella krav godkänts är detta ingen garanti för att leveranserna sker på nöjaktig nivå om priset sätts för lågt. Om Medixx känt till att högst

tolv leverantörer skulle utses hade de valt en annan prisstrategi. Med tanke på att de flesta leverantörer erhöll kvalitetspoängen 4 eller 5 före viktning finns bara priset kvar som utslagsgivande kriterium. De flesta aktörer i branschen är på det klara med att det råder ett starkt samband mellan pris och förmågan att leverera hög kompetens på efterfrågade läkartjänster. Erfarenheten visar att många leverantörer haft svårt att leva upp till de krav som ställts. Orsaken till detta är i de flesta fall att de tvingats pressa priserna. Metoden som Landstinget valt är således kontraproduktiv och brister därför i affärsmässighet. Det brister i transparens genom att den enskilde anbudsgivaren inte kan kontrollera betygssumman, eftersom Landstinget valt att inte lämna ut allt underlag för tilldelningsbeslutet. Referenstagningen väger orimligt tungt. Med hänvisning till den samlade erfarenheten hos både leverantörer och beställare är det uppenbart att referensers omdöme inte enbart kan användas som grund för utvärdering av kvalitet. Detta beror främst på dessa omdömen i huvudsak avser arbeten utförda åt andra landsting, ofta under andra förhållanden och med andra villkor. Det har visat sig att leverantörer inte klarat att leverera hyrläkartjänster enligt avtalet trots att de fått högsta betyg vid utvärderingen av kvalitetskriteriet. Medixx konstaterar att Landstinget brister i affärsmässighet vad gäller utvärderingen av kvalitetskriteriet. Landstingets uppskattning av värdet av de tjänster som ska upphandlas överstiger tröskelvärdet för upphandling enligt förenklat förfarande och ska genomföras enligt öppen upphandling.

LäkarLeasing Sverige AB (härefter LäkarLeasing) anför följande. Landstinget har brutit mot sekretesslagen under upphandlingsprocessen och visat brister i kunskap och erfarenhet vid prövningen av kraven på leverantören. Innan tilldelningsbeslut var fattat fick de veta att de inte skulle komma att antas som leverantör. Landstinget har inte haft tillräckligt med uppgifter för att utifrån föreskrifterna i förfrågningsunderlaget kunna dra de slutsatser rörande LäkarLeasings ekonomiska ställning som gjorts.

Landstinget bestrider bifall till yrkandena och hemställer att länsrätten lämnar ansökningarna om överprövning utan bifall och i samband därmed upphäver det interimistiska beslutet. Landstinget anför följande. Det är vanligt att pris och referenser används som tilldelningskriterier. Landstinget beslutade att kvalitetskriteriet har sådan dignitet att det i den sammanvägda utvärderingen skulle utgöra 60 procent. Tilldelningskriteriet formulerades på så sätt att "Landstinget avser att anta det anbud inom resp. specialitet som uppfyller ställda krav och som bedöms vara *det ekonomiskt mest fördelaktiga* med hänsyn till följande viktade kriterier:"

Pris	40 %
Kvalitet	60 %

Under "förtydliganden och komplettering av förfrågningsunderlag" står att läsa att om förfrågningsunderlaget upplevs som otydligt eller om några av de ställda kraven är orimliga, onormalt kostnadsdrivande eller konkurrensbegränsande i något avseende är det viktigt att ansvarig handläggare kontaktas. – När det gäller antalet leverantörer framgår det tydligt dels att Landstinget avser att kontakta minst tre leverantörer, dels att högsta antalet inte går att bestämma i förväg. – Landstinget har inhämtat uppgifter beträffande samtliga anbudsgivare från Svea Kreditupplysning AB. Utifrån dessa uppgifter konstaterade Landstinget brister hos LäkarLeasing. Landstinget gjorde bedömningen att företaget inte kan anses ha tillräckliga förutsättningar och/eller förmåga att utföra uppdraget och därför inte godkännas som leverantör. Tilldelningsbeslutet skickades till samtliga anbudsgivare den 18 december 2008. Den 22 december sändes ett särskilt brev till Läkarleasing med en redovisning av Landstingets bedömning. För att skydda företaget gick brevet inte ut till alla anbudsgivare. – Svensk läkartjänst och Medixx anser att redovisningen av prisutvärderingen är otillräcklig i tilldelningsbeslutet. Sammanlagt 403 prisbilagor kom in till Landstinget Till detta kom 70-80 prisbilagor för optioner. Samtliga anbud med bilagor (ca

2 000 sidor) finns tillgängliga på Landstinget. Landstinget bedömde att den information som lämnades i tilldelningsbeslutet var tillräcklig. Tilldelningsbeslutet skulle bli orimligt omfattande om alla uppgifter hade tagits med. Varken Svensk läkartjänst eller Medixx har begärt att få ta del av de prisuppgifter de anser skulle ha funnits med i tilldelningsbeslutet. – Svensk läkartjänst och Åsas Bemanning ifrågasätter Landstingets värdering av referenserna. Referenstagningen gjordes genom personliga intervjuer på telefon med referenterna och de sex frågor som beskrivits i förfrågningsunderlaget. De personer som genomförde intervjuerna är kompetenta PA-konsulter. Före referenstagningen fick de särskilda instruktioner om hur intervjuerna skulle genomföras. Bland annat uppmanades de att inte diskutera poäng utan i stället prata med referenterna utifrån omdömena ”mindre bra”, ”bra” och ”mycket bra”. För varje fråga skulle de tillsammans med referenten komma överens om vilket omdöme som skulle noteras. När det gäller Svensk läkartjänst fick de kontakt med endast två av angivna referenter trots flera försök. Resultatet blev betyget 4. Landstinget presumerade en tredje referent som gav högsta betyg på samtliga frågor. Det visade sig att resultatet blev oförändrat. Referenstagningen har gjorts på ett professionellt sätt och enligt föreskrifterna i förfrågningsunderlaget. När det gäller utlämnande av dokumentation om referenser hänvisas till den praxis som används i samband med rekrytering. Avsikten är att få så ärliga svar som möjligt och att eliminera risken att referenter inte vågar stå för sina omdömen gentemot den person som undersöks. Då utvärderingskriteriet kvalitet värderas mycket högt är referenternas utsagor mycket viktiga. – När det gäller LäkarLeasings yrkande avseende brott mot sekretesslagen har de uppgifter som enligt bolaget kommit till deras kännedom innan tilldelningsbeslutet, rört bolaget. Sekretessen gäller i förhållande till andra än den som lämnat anbudet, vilket framgår av 6 kap 2 § tredje stycket sekretesslagen. Landstinget bestrider därför att brott mot sekretesslagen gjorts.

Landstinget har efter föreläggande av Länsrätten lämnat de referenser som inhämtats beträffande Svensk läkartjänst och Åsas Bemanning. De har fått del av referenserna.

Svensk läkartjänst. Anser man sig ha för stor informationsmängd hade Landstinget kunnat göra upphandlingen annorlunda från början eller lagt informationen på en internetsida. – Det sammanräknade priset är väldigt intressant eftersom prisspridningen är anmärkningsvärt låg. Landstinget har valt att inte använda hela skalan (1-5) utan endast intervallet 3.14-5.0. Därigenom kommer företagens offererade pris väldigt tätt och prisvägningen får ingen effekt. Kvalitetsparametern blir helt avgörande, vilket strider mot förfrågningsunderlaget. Inget företag med kvalitetsbetyg 4 har, oavsett pris fått något avtal. Det har varit helt avgörande att få betyget 5 från referenterna. När så stor vikt lagts vid kvaliteten är det anmärkningsvärt att man dessutom inte har kontaktat två av bolagets fem referenter, de två som känt bolaget längst.

Medixx. Landstinget har i sitt yttrande valt att inte kommentera bolagets uppfattning att Landstinget brustit i kravet på transparens, dvs. en öppen redovisning av utvärderingen av kvalitetskravet. – Det finns inget stöd i lagtext för att anbudsgivare under anbudstiden först måste prata med ansvarig handläggare av upphandlingen angående olika brister för att ha möjlighet att överklaga. Det är orimligt att vikta 60 procent av utvärderingen på uttalanden från tre referenser. Lagens krav på transparens och förutsägbarhet är självfallet överordnat Landstingets praxis i samband med rekryteringar.

Landstinget. Svensk läkartjänsts påstående att Landstinget ”valt” att inte använda hela prisbetygsskalan är ovidkommande eftersom själva metoden resulterade i intervallet 3.14 – 5.0. Resultatet av upphandlingen hade blivit detsamma även om referenserna lämnats ut. Upphandlingsprocessen har

genomförts med beaktande av likabehandlingsprincipen. Denna princip har bl.a. tagit sig uttryck i att samma antal referenter skulle höras för var och en av anbudsgivarna. Om antalet hade varierat skulle det ha inneburit orättvisor. Om fler än tre referenter lämnats har urval gjorts utifrån slumpmässigt tänkande och med spridning så att olika referenter kommit med. Medixx hävdar att Landstinget använt fel upphandlingsmetod. Upphandlingen omfattas inte av direktivet utan ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

Svensk läkartjänst. Landstinget har misslyckats med att ge priset betydelsen 40 och kvaliteten 60 procent. Genom en ej synliggjord matris för sammanräknandet av offererade priser har man klumpat ihop företagen på det sättet att 83 procent fått betyg 4 (*ej vägt, länsrättens anmärkning*) eller högre. När det gäller kvaliteten är det annorlunda. De elva företag som har erbjudits avtal har betyg 3 (*vägt, länsrättens anmärkning*). Därifrån är det ett avgrundsdjup till nästa företag som har 2,4. Att ”tappa” ett steg på kvaliteten går inte att kompensera med pris. Det skulle behövas att priset viktas till 0,8 eller kvaliteten till 0,3 för att priset i anbuden ska ha någon betydelse.

Medixx. Det måste understrykas att ett grundläggande krav i lagstiftningen är att anbudsgivaren ska kunna förstå hur man har blivit bedömd och kunna granska bedömningen. Hur bedömningen av kvalitet har gjorts har inte lämnats ut av Landstinget. Lagens krav på transparens har åsidosatts liksom kraven på affärsmässighet.

Landstinget anför följande. Den utvärderingsmodell som har använts är en av de mest vanligt förekommande modellerna för tjänsteupphandlingar i Sverige. Metoden beskrivs tydligt i anbudsförfrågan. Resultatet är givetvis beroende på det faktiska innehållet i anbuden och referenstagningen. De anbudsgivare som haft lägsta priser har också haft högsta kvalitetsbetyg. Svensk läkartjänst har studerat vilken effekt olika viktning av ekonomipa-

rametern får på totalpriset och konstaterat att om priset skulle viktas med 80 i stället för 40 procent skulle fyra företag få högre poäng och hamna på plats för avtal. Sju av de faktiskt vinnande anbudsgivarna skulle sålunda finnas kvar. – Sex anbudsgivare som erhöll kvalitetsbetyget 5 (viktat till 60 procent) hade vunnit även om endast pris valts som utvärderingskriterium. Således skulle fem anbudsgivare som har ett lägre kvalitetsbetyg men ett lägre pris, tillkomma som leverantör. Påståendet att priset inte har värderats till 40 procent och kvaliteten till 60 procent är ovidkommande eftersom det faktiska resultatet av utvärderingen beror på uppnådda pris- och kvalitetsbetyg. Modellen är en vedertagen metod och har använts korrekt i den mening att både pris och kvalitet är viktade och värderade enligt den modell som beskrivits i förfrågningsunderlaget.

Svensk läkartjänst åberopar utlåtanden från universitetslektorn i matematik Anna Lindgren, Lunds universitet. Svensk läkartjänst anför att referenser kan användas i kvalificeringsfasen då dessa indikerar något om leverantörens erfarenhet av och förmåga att utföra liknande uppdrag. Kriterier som används i den första fasen (kvalificeringsfasen) kan inte användas i den andra fasen (tilldelningsfasen). Svensk läkartjänst hänvisar till domar av EG-domstolen.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 1 kap. 2 § andra stycket LOU framgår att endast 15 och 16 kap. tillämpas i fråga om offentlig upphandling som avser tjänster enligt bilaga 3 (B-tjänster).

I 15 kap. regleras sådan upphandling som inte omfattas av direktivet. I 1 och 2 §§ anges bl.a. att detta kapitel gäller för sådan upphandling som avses i 1 kap. 2 § andra stycket och att 1 kap. ska tillämpas.

Enligt 15 kap. 3 § ska en offentlig upphandling enligt detta kapitel göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande.

I 15 kap. 16 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud har lägst priset.

Bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket.

Den upphandlande myndigheten ska antingen ange hur de olika kriterierna som avses i 12 kap. 1 § andra stycket viktas vid bedömningen av vilket anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga eller ange kriterierna i fallande prioritetsordning.

I 12 kap 1 § andra stycket LOU anges följande. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Enligt 15 kap 19 § LOU ska den upphandlande myndigheten vid förenklat förfarande och urvalsförfarande till anbudssökanden och anbudsgivare lämna underrättelse om de beslut som avses i 9 kap. 9 § och upplysningar som avses i 9 kap 10 §.

Enligt 9 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut som har fattats om att sluta ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten.

Enligt 10 § samma kapitel ska en upphandlande myndighet till den anbudssökande eller anbudsgivare som begär det att lämna upplysningar om skälen för att leverantörens ansökan har avslagits eller anbud förkastats.

Av 16 kap. 1 § framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kommer att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 2 § samma kapitel framgår 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.

Av 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen (1980:100) framgår att om ärendet angår upphandling får uppgift som rör anbud inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör eller anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.

DOMSKÄL

1. Kontroll av anbudsgivarens lämplighet

LäkarLeasing hävdar i sitt överklagande att Landstinget inte haft tillräckligt med uppgifter angående bolaget för att kunna dra de slutsatser som

behövts utifrån förfrågningsunderlaget. Landstinget uppger att man har inhämtat uppgifter beträffande samtliga anbudsgivare från Svea Kreditupplysning AB och att man utifrån inhämtade uppgifter har bedömt att LäkarLeasing inte har tillräckliga förutsättningar och/eller förmåga att utföra uppdraget och därför inte kan godkännas som leverantör.

Med beaktande av de uppgifter Landstinget inhämtat finner länsrätten inte skäl att göra en annan bedömning än den Landstinget gjort.

2. Brott mot sekretesslagen

Beträffande frågan om brott mot sekretesslagen anför LäkarLeasing att de fått veta att bolaget inte skulle komma att antas som leverantör, innan tilldelningsbeslutet var fattat. LäkarLeasing menar att Landstinget brutit mot sekretesslagen genom att meddela bolaget att bolagets anbud inte skulle komma att antas av det skälet att bolaget haft en skuld till Skatteverket. Bolaget menar att uppgifterna i ett upphandlingsärende omfattas av sekretess enligt sekretesslagen till dess att tilldelningsbeslut fattats eller upphandlingen på annat sätt avslutats.

Länsrätten finner att de uppgifter som kommit till LäkarLeasings kännedom innan tilldelningsbeslutet, enbart har rört LäkarLeasing. Således har Landstinget inte brutit mot upphandlingssekretessen.

3. Brister i förfrågningsunderlaget

Medixx hävdar att om bolaget haft kännedom om att antalet leverantörer som skulle komma att antas var maximerat hade bolaget valt en annan prisstrategi. Medixx uppger att man förutsatt att alla anbudsgivare som uppfyllde den formella prövningen samt skall-kraven skulle komma att erbjudas att teckna ramavtal. Medixx anser att begränsningen till tolv leverantö-

rer har begränsat konkurrensmöjligheterna till att gälla enbart priset. Landstinget å sin sida uppger att det inte i förväg har gått att bestämma antalet leverantörer som ska kontrakteras beroende på att anbudsgivares resurser och därmed kapacitet kan skilja sig väsentligt.

Av förfrågningsunderlaget framgår följande.

1.7 Helt eller delat anbud

Anbud kan lämnas för en eller flera läkarkategorier. Landstinget avser att teckna avtal med flera leverantörer inom varje specialistgrupp.

1.8 Avtal och avrop

Upphandlingen syftar till att teckna ramavtal med flera leverantörer, minst tre eller flera.

Avropsordning kommer att fastställas utifrån det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inom respektive läkarspecialitet. Landstinget garanterar inga avropsvolymer.

Länsrätten finner att förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna skulle ha kunnat förstå att antalet leverantörer som skulle kontrakteras inte var bestämt i förväg och att inte alla som kvalificerade sig skulle kontrakteras. Länsrätten finner inte heller att begränsningen av antalet leverantörer har begränsat konkurrensmöjligheterna till att enbart gälla priset. Länsrätten finner att Medixx har behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt.

4. Fel upphandlingsmetod

Medixx hävdar att Landstinget har använt fel upphandlingsmetod.

Länsrätten konstaterar att ärendet avser offentlig upphandling av tjänster som omfattas av LOU bilaga 3 (B-tjänster). Upphandlingen omfattas inte

av direktivet och dess tröskelvärden. En upphandling av detta slag ska göras genom förenklat förfarande eller urvalsförfarande och det förra har valts.

5. Utvärdering

5.1 Tilldelningsbeslut, kravet på transparens och referenstagning

Medixx och Svensk läkartjänst anser att det av tilldelningsbeslutet inte framgår hur den sammanlagda betygssumman har räknats fram. Bolagen påpekar att Landstinget har vägrat att lämna dokumentation avseende utvärderingen av kvalitetskravet som bör vara öppen för alla. Medixx hävdar att upphandlingen därigenom brister i affärsmässighet och transparens. Landstinget menar att man inte har vägrat lämna dokumentationen utan framförallt av praktiska skäl inte har redovisat delposterna eftersom tilldelningsbeslutet skulle ha blivit orimligt omfattande. Samtliga handlingar har funnits att tillgå efter förfrågan. När det gäller vägran att lämna ut dokumentationen om lämnade referenser synes Landstinget göra gällande att uppgifterna omfattas av sekretess.

Kravet på transparens tar främst sikte på förfrågningsunderlaget. Tilldelningsbeslutet ska givetvis följa det som anges i förfrågningsunderlaget när det gäller utvärderingen. Enligt 9 kap 9 § LOU ska det i tilldelningsbeslutet anges skälen för detta. Det är dock inte ett krav som medför att alla faktaomständigheter som ligger till grund för beslutet måste redovisas i detta. Det är tillräckligt att den upphandlande myndigheten vid en förfrågan lämnar ytterligare uppgifter eller om materialet är omfattande håller detta tillgängligt.

Det kan dock förekomma att uppgifter bedöms vara föremål för sekretess. Den leverantör som inte får ut uppgifter kan då begära ett beslut i sekretessfrågan, vilket kan överklagas i annan ordning än enligt LOU.

Det som sökandena anfört rörande att tilldelningsbeslutet inte innehåller tillräckliga uppgifter och de inte fått ut uppgifter utgör inte något som leder till att Landstingets upphandling bryter mot bestämmelserna i LOU.

Vare sig Svensk läkartjänst eller Åsas Bemanning har gjort sannolikt att referensupptagningen är felaktig.

5.2 Modell för utvärdering

Av förfrågningsunderlaget 2.12 "prövning av anbud och bedömningskriterier" sid.11 framgår följande.

Det anbud som lämnat det lägsta priset får fem poäng. De övriga anbuden får en lägre poäng genom att det lägsta priset divideras med offererat pris och multipliceras med 5. Den erhållna poängen multipliceras med vikten för kriteriet (om det var pris 0,4).

Kvalitén på utförda uppdrag är viktigt. Tre referenser inom efterfrågat område under de två senaste åren kommer att tas med som prövning. Anbudsgivaren tilldelas poäng utifrån frågor som redovisas i en bilaga. Anbudsgivaren kan få 1, 3 eller 5 poäng, där 5 är högst, på varje delfråga. Ett medelvärde räknas fram genom att totalpoängen för referenserna delas med tre. Anbud som får 27-30 poäng erhåller 5 poäng som multipliceras med vikten för detta kriterium, dvs. 0,6. Anbud som får 22-26 poäng erhåller 4 poäng som multipliceras med 0,6 o.s.v.

Det totalekonomiskt mest fördelaktiga anbud bedöms vara det anbud som erhåller flest poäng.

Medixx anser det orimligt att vikta 60 procent av utvärderingen på uttalande från tre referenser. Svensk läkartjänst hävdar att kvalitetsparametern blivit helt avgörandet. Bolaget hänvisar till att inget företag med kvalitets-

betyg 4 (betygsskalan 1-5) oavsett pris har fått något avtal. För att styrka sitt påstående hänvisar Svensk läkartjänst till en alternativ viktning. Vidare har bolaget åberopat yttranden av universitetslektor Anna Lindgren. I yttrandena anges bl.a. följande.

Den metod som använts för att rangordna anbudsgivarna är mycket tveksam. Den blandar procentuella skillnader i pris med kategoriserade kvalitativa skillnader på ett sätt som producerar matematiskt nonsens. Skalan som använts för pris är inte linjär, eftersom ett steg på skalan betyder olika mycket var på skalan man befinner sig. Visserligen rangordnar den anbudsgivarna sinsemellan efter pris men den kan inte på ett enkelt sätt kombineras med andra aspekter.

Att summera svarskoderna för referenser är mycket tveksamt eftersom sifferbeteckningarna är arbiträra och egentligen bara betecknar den inbördes rangordningen inte hur mycket bättre ett svarsalternativ är än ett annat. Skalan är absolut inte linjär. En skillnad i poängsumman med fyra steg ger inget genomslag om den råkar ske från 22 till 26 poäng (båda ger betyget 4), medan en enda poäng får mycket stort genomslag om den råkar innebära en ökning från 26 till 27 poäng. Det är också anmärkningsvärt att man överhuvud taget valt att kategoriindela referensbetygen med tanke på att man inte kategoriindelade ekonomibetygen på motsvarande grova sätt. Priset har inte vägts in till 40 procent och referenserna till 60 procent eftersom betygsskalorna är av helt olika karaktär och mäter i olika enheter. Resultatet blir helt enkelt nonsens.

En anbudsgivare med referensbetyg 4:a kan inte rankas högre än en anbudsgivare med referensbetyg 5: med mindre än att den senare har ett pris som överstiger det billigaste med minst 43 %. Sammantaget betyder det att anbudsgivarna kommer att rangordnas i segment baserade på referensbetyg och prisintervall.

Såsom Länsrätten uppfattar det har Landstinget valt två olika metoder för poängsättning av pris respektive kvalitet. Metoden för pris leder till en fallande betygsskala som mellan heltalen skiljer sig i hundradelar. Bästa pris har gett 5,00 poäng, därefter 4,79, 4,68 osv. Även de vägda betygen räknas i hundradelar; 2,00, 1,92, 1,87 osv. Metoden för kvalitet ger ett totalbetyg med stegen 5, 4, 3, 2 och 1. De vägda värdena blir 3, 2,4, 1,8, 1,2 och 0,6.

Vid sammanräkningen av poängen leder detta till att en tappad kvalitetspoäng behöver uppvägas av en kraftig skillnad i pris vid jämförelse med en

leverantör som fått en högre kvalitetspoäng. Detta torde också påverka vilken effekt pris respektive kvalitet får vid utvärderingen. Effekten av de skilda metoderna blir särskilt märkbar om – som i detta fall – majoriteten av de erbjudna priserna ligger förhållandevis nära varandra.

Länsrätten anser dock att den angivna bristen inte leder till att priset helt saknat betydelse eller att kvalitetsparametern getts en orimligt stor betydelse.

Att välja två olika metoder vid poängsättningen är enligt Länsrätten mening mindre lämpligt. I förfrågningsunderlaget har dock utvärderingsmodellen varit klart beskriven och den har gällt lika för alla. Således anser Länsrätten att bristen i utvärderingsmodellen inte är sådan att Landstinget brutit mot LOU.

Enbart den omständigheten att den upphandlande myndigheten väljer en utvärderingsmodell som är mindre bra och inte ger ett optimalt resultat innebär inte att myndigheten bryter mot de bärande principerna i 1 kap 9 § LOU.

Nyssnämnda bedömning har relevans även beträffande Medixx invändning att valet av pris som utvärderingsparameter är kontraproduktiv när det gäller att få fram leverantörer som har förmåga att leverera det som efterfrågas. Det tidigare uttrycket affärsmässighet har i 1 kap 9 § LOU ersatts av principerna om likvärdighet, icke-diskriminering och öppenhet. Även om syftet med att tillämpa dessa principer är att uppnå ekonomiskt fördelaktiga upphandlingar är dessa principer inte direkt överförbara på vad som i allmänhet avses med uttrycken en bra eller dålig affär, dvs affärsmässighet. En upphandling kan få ett mindre bra resultat utan att den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de tre principerna.

5.3 Kvalificeringskriterier eller utvärderingskriterier

En anbudsprövning består av två faser; en kvalificeringsfas och en utvärderingsfas. I den första kontrolleras anbudsgivarnas lämplighet avseende ekonomiskt och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. I den andra sker en tilldelning utifrån kriterierna lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av EG-domstolens dom den 24 januari 2008 i mål C-532/06 Lianakis AE m.fl följer att det föreligger en valfrihet, dock inte oinskränkt sådan, vad avser vilka kriterier en upphandlande myndighet kan använda som utvärderingskriterier. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kan hänsyn tas till kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av det nämnda avgörandet av EG-domstolen 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 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 anbudsgivarens förmåga att utföra projektet och således inte kriterier för tilldelning (punkterna 30-31).

I den här aktuella upphandlingen har referenspersonerna svarat på frågor som rör anbudsgivarens

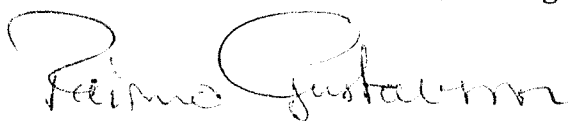
- tillgänglighet och utförande av arbetsuppgifter som helhet,
- anbudsgivarens flexibilitet, möjlighet att lösa problem, bemötande,

- fackkompetens och eventuella subspecialitet,
- anbudsgivarens förmåga att samarbeta,
- om referenten skulle vilja anlita anbudsgivaren igen alternativt rekommendera anbudsgivaren åt andra och
- förmågan att bemanna med läkare efter lagt beställning.

Enligt länsrättens bedömning är dessa kriterier i huvudsak att hänföra till förmågan att utföra uppdraget, dvs. till anbudsgivarens kvalifikationer (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 19 december 2008 i mål nr 5512-08 och Kammarrätten i Sundsvalls dom den 13 februari 2009 i mål nr 3474-08). Landstingets förfarande i denna del strider därför mot de grundläggande kraven 1 kap. 9 § LOU.

Landstinget har vid bedömningen av det mest fördelaktiga anbudet tillämpat två kriterier; dels priset, dels kvalitet av utförda tjänster. Länsrätten har nu underkänt tillämpningen av det andra kriteriet. Vid skadebedömningen går det inte att utgå från priskriteriet och anse någon av sökandena som skadelidande endast om denna vid detta kriterium ensamt skulle ha kommit i fråga som leverantör. En sådan bedömning skulle nämligen ändra förutsättningarna för utvärderingen. Den felaktiga tillämpningen av kvalitetskriteriet måste antas ha medfört skada för bl.a. Svensk läkartjänst. Således ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1d).



Raimo Gustavsson

rådman



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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