



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Lena Hellsson

DOM
2012-06-13
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1300-12 och 1305-12

SÖKANDE

1. Otima Private Care AB
Rosenbadsgatan 9
652 26 Karlstad

2. LäkarLeasing i Sverige AB
Hagagatan 1
113 48 Stockholm

Ombud: advokat Morvarid Dorkhan Nilsson
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

MOTPART

Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2012-06-14	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Otima Private Care AB:s och LäkarLeasing i Sverige AB:s ansökningar om överprövning.

Dok.Id 49679

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Landstinget Kronoberg (landstinget) har genomfört en upphandling avseende bemanningstjänst/hyrläkare. Upphandlingen omfattar sex anbudsområden och anbudsgivare har kunnat lämna anbud på ett eller flera områden. Enligt besked om tilldelning av upphandlingskontrakt den 23 mars 2012 har landstinget fattat beslut om att tilldela upphandlingskontrakt till fem rangordnade företag inom varje anbudsområde.

Otima Private Care (mål nr 1300-12) och Leasing Sverige AB (mål nr 1305-12) ansöker om överprövning.

Eftersom ansökningarna avser samma upphandling och hinder mot gemensam handläggning inte föreligger behandlar förvaltningsrätten ansökningarna i gemensam dom (jfr HFD 2011 ref. 29).

YRKANDEN M.M.

Otima Private Care:s ansökan

Otima Private Care (Otima) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om. Till stöd för sin talan anför Otima bl.a. följande. Otima deltog i fyra av upphandlingens sex delområden – hyrläkare till bild- och funktionsmedicin, barn- och kvinnomedicin, psykiatri och invärtes specialiteter. Enligt tilldelningsbeslutet placerades Otima på femte och sista plats i delområdet bild- och funktionsmedicin och har därmed fått ramavtal inom detta område men med liten chans till beställningar. I de andra tre delområdena rangordnades Otima så lågt att bolaget inte får ramavtal. – Utvärderingen bygger på en sammanvägning av priset och kriterierna ”*leveransförmåga*” och ”*kontinuitet*”. Varken i förfrågningsunderlaget eller i utvärderingsprotokollet har det dock definierats vilka enskilda komponenter som tillmäts

värde. Utvärderingen riskerar då att bli mycket subjektiv. Otima har försökt att rekonstruera hur utvärderingen kan eller borde ha gått till och har definierat konkreta löften/existerande rutiner och vad som är fagert tal. Löftena/rutinerna borde ge pluspoäng medan fagert tal inte borde ge några poäng alls. Otima har då delvis kommit till annat resultat än landstinget. Bolagets egen utvärdering ger bolaget ramavtal för området bild- och funktionsmedicin med betydligt bättre placering i avropsordningen än vid landstingets utvärdering, ramavtal för området barn- och kvinnomedicinska specialiteter, vilket bolaget inte fick i landstingets utvärdering och möjligen ramavtal för området invärtesmedicinska specialiteter.

Landstingets inställning till Otimas ansökan

Landstinget motsätter sig bifall till Otimas ansökan och anför följande. Som utvärderingskriterium har pris, leveransförmåga och kontinuitet ställts upp. Varje anbudsområde utvärderas för sig och fem anbudsgivare antas per anbudsområde. – För anbudsområde ”primärvård” begärs att anbudsgivaren ska redogöra för sin metod/strategi att säkra leverans för efterfrågad kompetens och fortlöpande leverans oberoende av beställarens geografiska läge. Skälet för detta är att landstinget haft problem med leveransförmågan och det är därför viktigt att säkra denna. Under punkten 2.12 i upphandlingsföreskrifterna redovisas vad som avses med ett tillfredställande svar och hur kravet kommer att bedömas. – För övriga anbudsområden avviker kraven på så sätt att ingen hänvisning görs till beställarens geografiska läge. Landstinget har under punkten 2.12 redovisat vad som avses med ett tillfredsställande svar och hur kravet kommer att bedömas. – Av anbudsinbjudan framgår att landstinget premierar kontinuitet under avtalstiden, vilket beror på att detta är ett mycket starkt önskemål från ett stort antal patienter och minskar kostnaderna. Under punkten 2.12 s. 16 redovisas vad som avses med ett tillfredställande svar och hur svaret kommer att bedömas. – Enligt utvärderingsmodellen tilldelas anbudsgivarens anbudspris ett pålägg för varje kvalitetpoäng som anbudsgivaren inte uppfyller. – Dom-

stolar har vid prövning av upphandlingar där utvärderingen väsentligen måste vila på skönsmässiga bedömningar uttalat att den upphandlande myndighetens värderingar får godtas om det inte finns uppenbara skäl till annan bedömning (Kammarrättens i Jönköping dom i mål 5-09). Vad där- efter avser utvärderingsmodeller har Kammarrätten i Göteborg i en dom den 30 maj 2011 i mål 1213-11 godtagit en utvärderingsmodell som bygger på hur väl en beskrivning i anbudet ansluter till de mål som beställaren har ställt upp. Kammarrätten anser i domen att anbudsgivarna måste ha förstått att det legat i deras intresse att erbjuda så hög kvalitet som möjligt utifrån de angivna målsättningarna och utvärderingskriterierna. – Lands- tinget har beskrivit vad landstinget efterfrågat såvitt avser leveransförmåga och kontinuitet inom respektive anbudsområdet och vad som krävs för att svaret ska anses som tillfredsställande samt hur svaren kommer att poäng- bedömas. Enligt landstinget har utvärderingskriterierna utformats på ett sådant sätt att varje normalt insatt anbudsgivare fått klart för sig vad som krävs för att lämna sitt bästa anbud. Utvärderingskriterierna brister således inte i transparens och förutsebarhet och står inte heller i strid med princi- pen om likabehandling. Vad gäller själva poängsättningen har den skett av särskilt insatta inom respektive område. Det föreligger inte några uppen- bara skäl för att göra någon annan bedömning.

LäkarLeasing Sverige AB:s ansökan

LäkarLeasing Sverige AB (LäkarLeasing) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att den rättas på så sätt att en ny utvärdering av anbudet genomförs där samma personer deltar vid utvärderingen av anbudet för samtliga anbudsområden. Till stöd för sin talan anför LäkarLeasing följande. Upphandlingen har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att landstinget väsentligen har åsi- dosatt den grundläggande principen om öppenhet och därmed brutit mot de viktiga principerna som ligger till grund för LOU. Den tillämpade utvärde- ringsmodellen är godtycklig och strider mot LOU:s grundläggande krav på

förutsägbarhet. Landstingets utvärdering har även varit inkonsekvent och till synes godtycklig. Identiska svar avseende de aktuella utvärderingskriterierna har tilldelats olika poäng vid utvärderingen av respektive anbudsområde. Lika svar, avseende i vart fall lika utvärderingskriterier måste utvärderas och behandlas lika. Landstinget har bekräftat att den varierade bedömningen beror på att olika personer har utvärderat anbuden för de olika områdena. Genom angivna brott mot LOU har LäkarLeasing avseende två olika anbudsområden inte tilldelats något ramavtal alls och avseende resterande anbudsområden tilldelats ramavtal som leverantör på plats två respektive fyra. Det innebär att LäkarLeasing kommer att gå miste om att leverera läkartjänster i inte obetydlig omfattning. Eftersom bristerna rör förfrågningsunderlagets utformning och därmed upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det inte möjligt att förordna om rättelse av upphandlingen utan den måste göras om.

Landstingets inställning till LäkarLeasings ansökan

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Varje område utvärderades var för sig. Anbuden inom respektive område har utvärderats av sakkunniga personer inom respektive område, dvs. samma personer har inte utvärderat de olika områdena. Emellertid utvärderas varje anbud inom respektive område av samma personer. – Vid prövning av upphandlingar av varor och tjänster där utvärderingen måste vila på skönsrättsliga bedömningar brukar domstolar uttala att den upphandlande myndighetens värderingar får godtas om det inte finns uppenbara skäl till annan bedömning (Kammarrättens i Jönköping dom den 4 februari 2009, mål nr 5-09). Vad därefter avser utvärderingsmodeller har Kammarrätten i Göteborg i en dom den 30 maj 2011, mål nr 1213-11 godtagit en modell som bygger på hur väl en beskrivning i anbuden ansluter till de mål som beställaren har ställt upp. I domen anser kammarrätten att anbudsgivarna måste ha förstått att det legat i deras intresse att erbjuda så hög kvalitet som möjligt i alla avseenden utifrån de angivna målsättningarna och utvärderings-

kriterierna. – Något krav på att anbuden ska utvärderas av samma personer för samtliga anbudsområden finns inte. För varje område finns ett särskilt avsnitt i kravspecifikationen och förutsättningarna mellan områdena skiljer sig något åt. Varje område utvärderas för sig och tilldelningsbeslut har meddelats område för område. Mot denna bakgrund har landstinget valt att låta särskilt sakkunniga inom varje område utvärdera anbuden inom respektive område. Detta innebär att inom varje område har anbuden utvärderats av samma personer och någon risk för godtycke eller olika bedömningsgrunder har därmed inte funnits inom varje enskilt område. Den omständigheten att poängen varierat är inte anmärkningsvärd, utan kan bero på att förutsättningarna inte är lika, att anbuden inte är exakt lika utformade eller att personerna som utvärderat anbuden inom två olika områden gjort olika bedömningar. Så länge anbuden inom ett och samma område prövats av samma personer och tilldelningen skett område för område kan den omständigheten att olika personer inom olika områden utvärderat anbuden inte stå i strid med LOU. Inget hinder – förutom administrativa merkostnader – hade förelegat för att dela upp upphandlingen i sex separata upphandlingar och för varje upphandling tillsätta olika personer att utvärdera anbuden. Utvärderingskriterierna brister således inte i transparens och står inte heller i strid med principen om likabehandling. Som redovisats ovan kan den omständigheten att varje område haft en egen utvärderingsgrupp inte stå i strid med LOU. – När det gäller utvärderingsmodellen har utvärderingskriterierna leveransförmåga och kontinuitet utformats på ett sådant sätt att varje normalt insatt anbudsgivare fått klart för sig vad som krävs för att lämna sitt bästa anbud.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den

upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

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

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Förvaltningsrättens bedömning såvitt avser Otimas ansökan

Förvaltningsrätten har, mot bakgrund av vad Otima har anfört i målet, att ta ställning till huruvida det i förfrågningsunderlaget eller utvärderingsprotokollet definierats vilka komponenter i en anbudsgivares redogörelse för leveransförmåga respektive kontinuitet som tillmätts värde samt om utvärderingen på grund av otydlighet har riskerat att bli subjektiv.

Av inbjudan till anbudsgivning, avsnitt 2.12, framgår att det anbud kommer att antas som uppfyller ställda krav och som bedöms vara de ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till *pris, leveransförmåga* och *kontinuitet*. – För anbudsområdet primärvård ska anbudsgivaren ha tillräcklig förmåga att fortlöpande kunna leverera efterfrågat behov av specialistläkare. Anbudsgivaren ska redogöra för sin metod/strategi för att säkra detta med

avseende på *efterfrågad kompetensnivå* enligt de förutsättningar som anges i "Kravspecifikation" punkten 4.1.1 och detta oberoende av beställarens geografiska läge. Vidare framgår att anbudsgivaren fortlöpande ska kunna leverera *efterfrågat behov* oberoende av beställarens geografiska läge. – På s. 14 framgår att ett tillfredställande svar är genomarbetat samt tydligt och konkret beskriver hur leverantören ska säkerställa efterfrågad specialistläkare oberoende av beställarens geografiska läge, genomarbetat samt tydligt och konkret beskriver hur leverantören fortlöpande ska kunna leverera efterfrågat behov oberoende av den beställande enhets geografiska läge och anpassat för att tillgodose landstingets förutsättningar samt uppskattade behov inom primärvården. Vidare anges att anbudsgivarens svar kommer att poängsättas med tre poäng för tillfredsställande svar där resonemanget är utförligt, väl styrkt och trovärdigt dvs. den beskrivna metoden kommer att fungera för att uppfylla krav, två poäng för tillfredsställande svar, en poäng om svaret bedöms som tillfredsställande i vissa delar, men saknas tillfredsställande svar för samtliga punkter samt noll poäng när tillfredsställande svar saknas. – När det gäller övriga anbudsområden saknas krav på geografiskt läge. – När det gäller "kontinuitet" anges att anbudsgivaren ska arbeta för att beställande enhet i största möjliga utsträckning erhåller läkare som tidigare arbetat hos beställande enhet samt i möjligaste mån uppfylla beställande enhets krav om att erhålla viss namngiven person och anbudsgivaren ska redogöra för sin metod/strategi för hur att största möjliga kontinuitet kommer att säkras och i vilken mån börkravet uppfylls. Bedömningen sker på samma sätt som för leveranssäkerheten. Av punkten 4.1 framgår vilka formella kompetenskrav beställaren har på läkarna när det gäller lägsta krav och vad beställaren önskar i första hand.

I kraven på transparens (som bl.a. innefattar ett krav på förutsebarhet) 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 aktören tillmäter betydelse. Högsta Förvaltningsdomstolen

har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra att 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.

Av landstingets kravspecifikationer framgår vilka kriterier som hänsyn ska tas till vid utvärderingen och hur dessa ska poängsättas. Med beaktande av vad som kan utläsas av kravspecifikationen är det förvaltningsrättens uppfattning att anbudsgivarna får anses ha fått en tillfredställande bild av vad landstinget kommer att lägga vikt vid bedömningen av leveransförmåga och kontinuitet enligt den angivna utvärderingsmodellen. Kraven på transparens och likabehandling kan därmed inte anses ha åsidosatts. Vad Otima har anfört medför således inte att landstinget kan anses ha brutit mot de grundläggande principerna som ska efterlevas vid upphandling eller i övrigt mot LOU.

Förvaltningsrättens bedömning såvitt avser LäkarLeasings ansökan

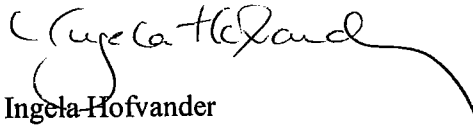
Med hänsyn till vad LäkarLeasing har anfört när det gäller den tillämpade utvärderingsmodellen har förvaltningsrätten att ta ställning till om utvärderingen varit inkonsekvent och godtycklig.

Anbuden har utvärderats genom att ett antal sakkunniga personer inom de olika anbudsområdena har utvärderat respektive område. Enligt utvärderingsmodellen har anbudsgivarens anbudspris fått ett pålägg för varje kvalitetspoäng som anbudsgivaren inte har uppfyllt. Något krav på att anbud avseende olika områden ska utvärderas av samma personer för samtliga områden finns inte. Detta synsätt stöds av att landstinget, enligt förvaltningsrättens bedömning, torde ha haft rätt att göra en fristående upphandling för varje område. Det kan därmed inte anses finnas något hinder att vid en upphandling använda sig av olika specialister inom varje separat

område, så länge anbuden inom ett och samma område prövas av samma personer. Mot denna bakgrund kan det, enligt förvaltningsrättens mening, inte anses visat annat än att den aktuella utvärderingen har skett i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Sammanfattningsvis finner således förvaltningsrätten att landstinget inte kan anses ha brutit mot någon bestämmelse i LOU, varken genom utformningen av förfrågningsunderlaget eller genom den utvärderingsmetod som använts. Någon åtgärd enligt LOU kan således inte bli aktuell. Ansökningarna om överprövning ska därför avslås.

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


Ingela Hofvander



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU