



**LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG**

Madelene Lööf

DOM

2008-06-10

Meddelad i
Vänersborg

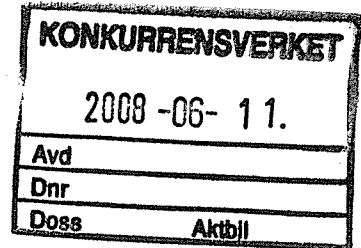
Sida 1 (10)

Mål nr

891-08 E

SÖKANDE

Medi Carrera SL (bolaget)
Balmes 188, 7-1
08006 Barcelona
Spanien



MOTPART

Västra Götalands läns landsting
Regionens hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, (LOU)

DOMSLUT

Länsrätten bifaller framställningen och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Länsrättens interimistiska beslut av den 14 april 2008 ska gälla till dess domen vunnit laga kraft.

Dok.Id 52771

Postadress

Box 1060

462 28 Vänersborg

Besöksadress

Residensgatan 23

Telefon

0521-27 03 00

Telefax

0521-27 03 80

E-post: lansrattenivanersborg@dom.se

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-12:00

13:00-16:00

BAKGRUND M.M.

Västra Götalands län Regionservice Inköp (VGR) tillkännagav den 2 april 2008 att Partnerskap för vård AB (PFV) tilldelats uppdraget att tillhandahålla rekryteringstjänst av utländska specialistläkare. Uppdraget avsåg att rekrytera och utbilda 5 – 7 läkare.

Medi Carrera SL (bolaget) har ansökt om överprövning av tilldelningsbeslutet och har yrkat att länsrätten interimistiskt ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Länsrätten beslutade den 14 april 2008 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Förfrågningsunderlaget för upphandlingen innehöll Anbudsinbjudan, Kravspecifikation och Avtalsvillkor.

Av Anbudsinbjudan framgår utvärderingskriterierna och vilken viktning de kommer att få:

- | | |
|--------------------------|------|
| - Delprocess Rekrytering | 5 % |
| - Delprocess Utbildning | 5 % |
| - Krav på Konsulter | 5 % |
| - Pris | 85 % |

Vidare anges i Anbudsinbjudan att varje kriterium ska betygsättas med poäng mellan 1 – 6 där ”Utmärkt och detaljerad beskrivning, stort mervärde” ger 6 poäng, ”Bra beskrivning, visst mervärde” ger 3 poäng och ”Acceptabel beskrivning, inget mervärde” ger 1 poäng.

När det gäller priset anges att lägsta pris ger 6 poäng och att man därefter ger övriga anbud en poäng beräknad efter den procentuella skillnaden mot det lägsta priset.

Av Anbudsinbjudan framgår även de obligatoriska krav som ställs. När det gäller anbudsgivares tekniska förmåga och kapacitet anges att om anbudsgivaren anlitar annan för leverans m.m. ska anbudet innehålla en beskrivning av det andra företaget med den relation som gäller mellan detta och anbudsgivaren.

Vidare innehåller Anbudsinbjudan krav på att anbudsgivare ska redovisa två referensuppdrag på en bifogad mall. Uppdragen ska enligt mallen redovisas med bl.a. start- och slutdatum och uppdragets resultat.

VGR har i en skrivelse "Frågor och svar" daterad den 21 februari 2008 angett att upphandlaren ska bekräfta referensuppdrag på avslutade uppdrag som innefattar både rekrytering och utbildning till den språknivå som krävs enligt kravspecifikationen.

Slutligen har vinnande bolag kompletterat sitt anbud den 26 mars 2008.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen ska göras om samt att länsrätten beslutar att ogiltigförklara det vinnande anbudet från företaget Partnership för Vård AB (PFV).

Bolaget anför bl.a. följande. Upphandlingen strider mot LOU vad gäller transparens och förutsebarhet. Vidare uppfyller det vinnande bolaget inte samtliga skall-krav och har dessutom på ett otillåtet sätt tillåtits komplettera sitt anbud.

När det gäller transparens och förutsebarhet gör systemet för poängbedömning det svårt eller omöjligt att i förväg förstå hur man får maximal poäng. Upphandlingen saknar kriterier för hur utvärderingen ska göras och ger därmed utrymme för godtycke. För att uppnå maximal poäng krävs t.ex.

”Utmärkt och detaljerad beskrivning, stort mervärde.” Detta mervärde definieras inte på något sätt. Det visar sig också genom att VGR godtyckligt har fördelat poäng mellan de olika anbudena. Inte heller i efterhand blir det tydligare hur VGR gjort sin bedömning av inkomna anbud.

Vad därefter gäller frågan om det vinnande bolaget uppfyller skall-kraven vad gäller referensuppdrag framgår det av PFV:s anbud att de samarbetar med ett annat företag, Fonixsos f.d. Falk SOS, rörande rekrytering av läkare. Av beskrivningen framgår att det är detta bolag som har varit uppdragsgivare för rekrytering i Ungern och inte bolaget själv. För att det ska vara en giltig referens krävs det emellertid att det är PFV som har genomfört rekryteringen av läkare från Slovakien och Rumänien och språkutbildat dem i ungerska på uppdrag av Fonix SOS Rt. Det råder också oklarhet om vilken relation utförande konsulenterna Zsolt Felegyhazy och Eniko Csorba hade och har med PFV, något som strider mot det svar som getts om vad referensuppdragen ska innehålla. Slutligen har PFV i den här delen endast angett ett avslutat uppdrag. Det andra uppdraget anges som pågående. Enligt kravspecifikationen ska emellertid anges uppdragets start- och slutdatum samt uppdragets resultat. Det innebär att referensuppdragen ska vara avslutade och PFV uppfyller här inte skall-kravet rörande detta.

Slutligen har PFV:s otillåtet tillåtit att förtydliga sitt anbud 26 dagar efter anbudstiden gått ut. Av förtydligandet framgår att det skett efter ett sammanträffande med NU-sjukvården och regionservice inom VG-regionen i upphandlingen. PFV har därigenom särbehandlats och en konkurrensbegränsning gjorts. Alla punkter som PFV beskriver i förtydligandet efterfrågades i förfrågningsunderlaget och borde därför ha ingått i deras anbud. Nu har PFV haft längre tid på sig att förbättra sitt anbud än övriga anbudsgivare.

VGR bestrider bolagets yrkanden och hemställer att ansökan om överprövning lämnas utan bifall. VGR anför bl.a. följande. Såväl utvärderingskriterierna som bedömningsgrunderna för betygsättningen av dessa kriterier är

klart och tydligt beskrivna i förfrågningsunderlaget. VGR har utvärderat anbuden i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Anbudsgivare som detaljerat och ingående har beskrivit sina metoder/verktyg/processer avseende rekrytering och utbildning och lämnat detaljerade uppgifter om tänkta konsulter har därmed tilldelats hög poäng. När det gäller det av PFV återopade referensuppdrag två har VGR i samband med anbudsprövningen gjort bedömningen att referensuppdraget uppfyller de krav som ställts i upphandlingen. De förtydliganden som PFV lämnat i skriften förtydligande av anbud daterat den 26 mars 2008 har skett på uppmaning av VGR i enlighet med 9 kap. 8 § andra stycket LOU. VGR:s uppmaning och de redogörelser som PFV har lämnat i anledning av denna har inte inneburit något risk för särbehandling i förhållande till övriga anbudsgivare eller i övrigt varit konkurrensbegränsande. PFV har således inte lämnat, och inte heller har landstinget godtagit, några otillåtna kompletteringar. Det underlag som ingår i upphandlingen är upprättat och upphandlingen har genomförts i enlighet med de principer för offentlig upphandling som anges i 1 kap. 9 § LOU. För det fall länsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget i något avseende inte är optimalt utformat är i vart fall eventuella brister inte av sådan art eller omfattning att förfrågningsunderlaget eller förfarandet i övrigt kan anses strida mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten, jfr RÅ 2002 ref. 50.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser m.m.

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 9 kap. 8 § LOU framgår att upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

Av 12 kap. 1 § LOU följer att en upphandlande myndighet antingen ska anta

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

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, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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.

LOU, som bygger på EG-direktiv, ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i 1 kap. 4 § och 22 § tidigare LOU (lagen 1992:1528) om kravet på affärsmässighet vid upphandlingen som numera bl.a. inryms i 1 kap. 9 § och 12 kap. 1 § nya LOU. I detta krav får emellertid anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt ut-

format att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (jfr RÅ 2002 ref. 50). Regeringsrätten uttalade även i RÅ 2002 ref. 50 att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Länsrätten gör följande bedömning

För att få bifall till en ansökan om åtgärd enligt 16 kap. LOU krävs dels att ett fel förekommit i upphandlingsförfarandet, dels att felet är till men för sökanden. Ett sådant fel anses i regel föreligga när någon leverantör obehörigen, dvs. i strid mot reglerna i LOU, uteslutits eller särbehandlats i anbuds-förfarandet.

När det gäller förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen har bolaget ansett att detta strider mot principerna om transparens och förutsägbarhet. En upphandlande myndighet får vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet välja de kriterier som den ämnar tillämpa, under förutsättning att de syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs, och att de inte medför att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Syftet med urvalsfasen är att välja ut de anbudsgivare som den upphandlande myndigheten anser kan genomföra det aktuella kontraktet. De krav som ställs måste därför vara direkt kopplade till kontraktetsföremålet. Tillämpningen av de kriterier som valts för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska dessutom ske med iakttagande av alla förfaranderegler och vara förenliga med alla grundläggande principer i gemenskapsrätten.

För en upphandling av det slag som här är aktuell får det i viss utsträckning accepteras att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellerna i alla delar inte kan utformas helt optimalt. Bristerna i utformningen kan dock inte tillåtas i den omfattningen att upphandlingsförfarandet strider mot LOU eller någon av de principer lagen bygger på.

Av förfrågningsunderlaget framgår de kriterier som ska vara uppfyllda av anbudsgivarna och dessa är också klart beskrivna. Av kravspecifikationen över de olika delprocesserna framgår dock att flera av de redovisade värderingsomständigheterna lämnar stort utrymme för godtycke. Den utvärderingsmodell som VGR har valt innebär t.ex. att anbud som innehåller en mer ingående beskrivning av metoder/verktyg/processer avseende rekrytering och utbildning samt lämnar detaljerade uppgifter om tänkta konsulter, ska tilldelas en högre poäng. Det är svårt att se hur den bedömningen ska kunna göras på ett förutsebart och rättvisande sätt. Det innebär att det för anbudsgivarna måste ha varit svårt att bedöma hur anbudet skulle komma att värderas. Hur väl en beskrivning görs har inte heller någon tydlig koppling eller egentlig betydelse för hur bra en vara eller tjänst är eller kan utföras. Utvärderingsgrunderna i förfrågningsunderlaget har sådana brister i förutsägbarheten och transparensen att upphandlingen strider mot principerna i 1 kap. 9 § LOU. Bristerna är av sådan omfattning att upphandlingen får anses strida mot kraven på transparens, proportionalitet och likabehandling samt att det medfört skada eller risk för skada för Medi Carrera SL i dess ställning som leverantör. Då bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget kan bristen inte åtgärdas genom ny utvärdering. Upphandlingen ska därför göras om.

När det därefter gäller skall-kravet avseende referenser menar bolaget att VGR har antagit ett anbud som inte uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget.

Av förfrågningsunderlaget ska framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Ett anbud som inte uppfyller samtliga skallkrav får inte antas, eftersom detta skulle strida mot principen om likabehandling av anbudsgivare. En överträdelse av nämnda princip innebär samtidigt att kravet på affärsmässighet i LOU åsidosätts och att åtgärder enligt samma lag bör vidtas.

Frågan i den här delen är närmast hur det av VGR angivna kravet om två referenser bör tolkas. I förfrågningsunderlaget under kravspekifikation framgår skallkravet att två referensuppdrag ska redovisas och i beskrivningen ska bl.a. ”uppdragets start- och slutdatum” samt ”uppdragets resultat” redovisas. Det är svårt att tolka dessa formuleringar på annat sätt än att de referensuppdrag som efterfrågas ska vara avslutade. Tolkningen får också stöd i de svar som getts på frågor, där VGR angett att referensuppdrag som ges ska vara på avslutade uppdrag.

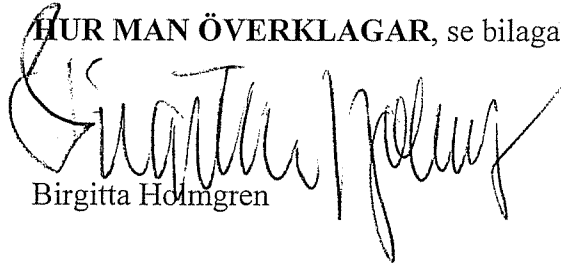
Av PFV:s anbud under referensuppdrag två framgår att uppdragets startdatum är 2006-05 och uppdragets slutdatum ”*pågår fortfarande*”. PFV uppfyller därmed inte ställt skallkrav på två avslutade referensuppdrag. När det gäller den beskrivning av relationen mellan ett företag som anbudsgivare anlitar finns, som bolaget anfört, oklarheter i PFVs anbud. PFV har därmed inte uppfyllt alla skallkrav i upphandlingen och VGR har, genom att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget, brutit mot 1 kap. 9 § LOU och detta har medfört skada för andra anbudsgivare. Felet skulle i och för sig kunna åtgärdas genom en rättelse av utvärderingen. Mot bakgrund av den bedömning som gjorts ovan ska dock upphandlingen i sin helhet göras om, varvid vad länsrätten uttalat i den här delen ska beaktas.

När det slutligen gäller det förtydligande som PFV tillåtits göra framgår det av LOU att det är tillåtet med förtydliganden som inte innehåller några nya

uppgifter. Vid en jämförelse av PFV:s anbud mot deras förtydligande framgår det att den enda nya uppgiften som tillförts är bytande av projektansvarig. En sådan uppgift kan inte anses påverka anbudet på ett sådant sätt att det inneburit någon risk för särbehandling och godtagandet av förtydligandet innebär därför inte heller ett brott mot LOU.

Som framgått ovan har upphandlingen stridit mot bestämmelserna i LOU rörande förutsägbarhet och transparans. Bristerna kan inte läkas på annat sätt än att upphandlingen måste göras om.

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



Birgitta Holmgren