



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I JÖNKÖPING**  
 Enhet 2  
 Jenny Ulfsdotter

**DOM**  
 2013-04-15  
 Meddelad i  
 Jönköping

Mål nr  
 424-13

Domare: 2, 3

|                         |        |
|-------------------------|--------|
| <b>KÖNKURRENSVERKET</b> |        |
| 2013-04-16              |        |
| Avd                     |        |
| Dnr                     |        |
| KSnr                    | Aktbil |

### SÖKANDE

Skandinavisk Hälsovård AB, 556596-1975  
 Box 136  
 781 22 Borlänge

### MOTPART

Landstinget i Jönköping  
 Inköpsavdelningen  
 Box 1024  
 551 11 Jönköping

Ombud: Advokat Thomas Svedberg  
 Gärde Wesslau Advokatbyrå  
 Box 684  
 551 19 Jönköping

### SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1 091) om offentlig upphandling, LOU

## FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

## BAKGRUND

Landstinget i Jönköpings län (landstinget) genomför en upphandling avseende bemanning med inhyrda läkare. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. Landstinget har för avsikt att teckna ramavtal med leverantörer inom sju delområden. Anbudsgivare kan lämna anbud för ett, flera eller samtliga delområden. De olika delområdena är följande.

1. Allmänmedicin
2. Bild- och funktionsmedicinska specialiteter
3. Psykiatri
4. Kirurgiska specialiteter

Dok.Id 96750

**Postadress**  
 Box 2201  
 550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
 Hamngatan 15

**Telefon**  
 036-15 66 00

**E-post:**  
 forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

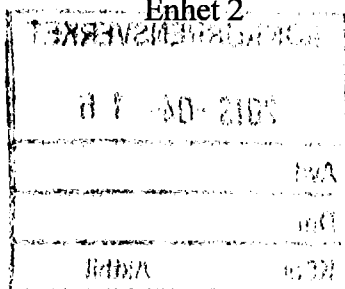
**Telefax**  
 036-15 66 55

**Expeditionstid**  
 måndag – fredag  
 08:00-16:00

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING

DOM

Enhet 2



5. Invärtesmedicinska specialiteter
6. Barnmedicinska specialiteter
7. Neurospecialiteter

Genom tilldelningsbeslut den 18 januari 2013 har beslutats att tilldela kontrakt till andra leverantörer än Skandinavisk Hälsovård AB (bolaget).

Av aktuellt förfrågningsunderlag framgår bl.a. följande. Landstinget kommer att anta de anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån en mervärdesmodell (1.1.1.7.). Mervärdesmodellen innebär att de kvalitativa egenskaper (utvärderingskriterier) som landstinget värdesätter tillmäts ett värde i kr, dvs ett fiktivt prisavdrag. Prisavdragets storlek kan utläsas vid respektive utvärderingskriterium. De anbudsgivare som efter utvärdering inom respektive delområde har de lägsta justerade priserna (utvärderingspris) kommer att antas som leverantörer (1.2.1.3.).

Landstinget kommer att utvärdera kvalificerade anbud utifrån utvärderingskriterierna anbudspris samt kvalitet avseende leveransförmåga och kvalitet avseende kontinuitet. Samtliga kvalitetskriterier kommer att bedömas utifrån anbudssvaren, utvärdering under respektive delområde (1.2.1.4.).

Under avsnitt Utvärdering för respektive delområde i förfrågningsunderlaget finns en beskrivning av de olika utvärderingskriterierna avseende kvalitet. Vad gäller *leveransförmåga* sägs att leverantören ska ha kapacitet att under hela avtalsperioden fortlöpande kunna leverera efterfrågat behov av specialistläkare. Under rubriken Säkerställande av leverans sägs att anbudsgivaren ska beskriva hur man har för avsikt att säkerställa god leveranssäkerhet avseende efterfrågad specialistläkare oberoende av vilken tid på året beställningen görs eller beställande enhets geografiska läge. I fråga om *kontinuitet* sägs att landstinget, för patienternas och övriga personals

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I JÖNKÖPING**  
Enhet 2

**DOM**

bästa, har starka önskemål om en upprätthållen kontinuitet i bemanning vid utförande av varje uppdrag oavsett dess längd. Vidare anges att kontinuitet ska tolkas som att beställande enhet erhåller samma läkare över tid samt att läkaren tidigare tjänstgjort på aktuell enhet, och 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 önskemål om att erhålla viss namngiven läkare för att uppnå största möjliga kontinuitet. Anbudsgivaren ska beskriva hur man har för avsikt att fortlöpande säkerställa att landstingets beställande enheter kan arbeta med kontinuitet avseende inhyrd läkare, för både patientens och personalens bästa.

Landstingets bedömning av utvärderingskriterierna görs enligt följande skala:

|   |       |                                   |
|---|-------|-----------------------------------|
| – | % 100 | Mycket bra, högt mervärde.        |
| – | % 80  | Bra, mervärde.                    |
| – | % 60  | Godkänd.                          |
| – | % 40  | Godkänd, mindre kvalitetsbrister. |
| – | % 20  | Ej godkänd.                       |
| – | % 0   | Ej svarat.                        |

I landstingets svar på publik fråga om vad som ska ingå i beskrivningarna av god leveranssäkerhet och kontinuitet för respektive delområde för att nå maximal poäng, vilket publicerades den 22 oktober 2012, sägs bl.a. följande:

Kvaliteten avseende beskriven leveransförmåga kommer att bedömas som **Godkänd** om följande delar uppfylls:

- Ett genomarbetat, tydligt, konkret och trovärdigt svar som beskriver hur leverantören fortlöpande kommer att säker-

ställa god leveranssäkerhet av efterfrågad specialistläkare/erbjuda hög kontinuitet i uppdragen för Landstinget.

- Svaret ska vara anpassat specifikt för att tillgodose Landstinget i Jönköpings län förutsättningar och uppskattade behov under avtalstiden.

**Mycket bra, högt mervärde:** Beskrivningen uppfyller betydligt högre ställda krav än kravet för Godkänd. Leverantören har en konkret, beprövad och bevisad metod för att säkerställa leveranserna/säkerställa att beställande enhets önskemål om att erhålla viss namngiven läkare för att uppnå största möjliga kontinuitet uppfylls. Beskrivningen är dessutom utförlig, väl styrkt och mycket trovärdig. Den beskrivna metoden kommer att fungera mycket väl för att uppfylla ställda krav.

**Bra, mervärde:** Beskrivningen uppfyller högre ställda krav än kravet för Godkänd. Leverantören har en konkret uttänkt metod för att säkerställa leveranserna/säkerställa beställande enhets önskemål om att erhålla viss namngiven läkare för att uppnå största möjliga kontinuitet. Beskrivningen är dessutom utförlig, styrkt och trovärdig. Den beskrivna metoden kommer att fungera väl för att uppfylla ställda krav.

**Godkänd, mindre kvalitetsbrister:** Svaret bedöms som tillfredsställande i de flesta delar, dock saknas tillfredsställande svar för samtliga punkter.

**Ej godkänd:** Svaret ej tillfredsställande.

#### YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar, som förvaltningsrätten förstår det, i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen avseende de delområden där bolaget lämnat anbud ska göras om (delområde 1-5). Bolaget yrkar i andra hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts, varvid utvärderingen ska rättas. Bolaget anför bl.a. följande. Landstinget har utformat och bedömt ut-

värderingskriterierna leveransförmåga och kontinuitet på ett sätt som är oförenligt med kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Utvärderingskriterierna står därför i strid med LOU och de grundläggande EU-rättsliga principerna. Landstinget har varken i förfrågningsunderlaget eller i förtydligande specificerat utifrån vilka fasta och objektiva parametrar utvärderingskriterierna ska bedömas. Landstinget har endast i allmänna ordalag angett att svar ska vara anpassat efter det behov som finns inom Landstinget i Jönköpings län samt att bedömningen görs efter hur väl anbudsgivarens svar motsvarar landstingets krav. Den kompletterande information som lämnades av landstinget under anbudsförfarandet är alltför vag och ger inte den ledning som krävs för att utformningen av utvärderingskriterierna ska vara förenlig med principerna om likabehandling och transparens. Landstinget har inte tydliggjort vad som ska ingå i beskrivningarna eller hur bedömning av svar ska ske. Inte heller framgår vad som är en konkret, beprövad och bevisad metod eller en konkret uttänkt metod eller hur dessa värderas. Bedömningen av utvärderingskriterierna har lämnats som bilaga till tilldelningsbeslutet, först efter sista anbudsdagen. Anbudsgivarna har därför inte kunnat förutse eller förstå hur anbudsgivaren tilldelas visst betyg eller avgöra vad landstinget fäster vikt vid. Därmed är det anbudsgivarna som sätter nivån på kvalitetskriterierna vilket medför att anbuderna inte behandlas lika. Genom att landstinget på ett otydligt sätt formulerat utvärderingskriterierna har det uppkommit ett för landstinget vidsträckt bedömningsutrymme vid utvärderingen, en närmast fri prövningsrätt för landstinget. I de fall bolaget har fått ut anbud från andra leverantörer i de delar som avser beskrivning av kvalitetskriterierna har de sett att den subjektiva bedömningen har lett till en orimlig skillnad i betygssättningen av aktuella kriterier, till bolagets nackdel, även i de fall det till exempel till följd av ett företags omsättning borde vara uppenbart att leveransförmågan borde vara högre hos ett företag med mångdubbelt större omsättning än andra. Även beskrivningen av kontinuitet är synnerligen subjektivt bedömd. Det är inte förenligt med syftena och principerna

bakom upphandlingsbestämmelserna att ge myndigheter en i princip obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare kontrakt. Landstingets utvärderingskriterier är så pass otydligt formulerade att anbudsgivarnas möjlighet att tolka kriterierna undermineras. För att minimera risken för bias vid användningen av sådana mjuka kriterier behövs vid utvärderingen av svaren på leveransförmåga och kontinuitet en större grupp av oberoende bedömare, som gör bedömningen utan kännedom om vilket företag som lämnat anbudet. Bolaget har inte haft någon möjlighet att avgöra vad som krävts för att erhålla ett visst betyg på den prisavdragsskala som tillämpades vid utvärderingen. Bedömningen av vilket betyg en anbudsgivare får är av stor betydelse eftersom höga prisavdrag, genom tilldelningsbeslutet, har visat sig vara avgörande vid tilldelningen av kontrakt. Detta har inneburit att bolaget lidit sådan skada som avses i 16 kap. 6 § LOU.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Landstinget har tydligt angivit vilka kriterier som skulle tillämpas, vilken bedömningsskala som skulle användas och vilka omständigheter som skulle bedömas vid tillämpningen av bedömningsskalan. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingskriterierna var tre stycken; anbudspris, kvalitet avseende leveransförmåga samt kvalitet avseende kontinuitet. Av förfrågningsunderlaget framgår vidare att som utvärderingsmodell skulle mervärdesmodellen tillämpas, vilket innebär att de kvalitativa egenskaperna som landstinget värdesätter tillmäts ett värde i kronor, ett så kallat fiktivt prisavdrag. Under respektive delområde i upphandlingen anges det maximala prisavdrag som kan bli aktuellt för respektive kriterium. Om anbudsgivaren har högsta betyg ges avdrag med 100 procent av det angivna prisavdragsbeloppet, om anbudsgivaren har nästa högsta betyg ges avdrag med 80 procent o.s.v. För utvärderingskriteriet leveransförmåga har landstinget också angivit att anbudsgivaren i sitt anbud ska beskriva hur man har för avsikt att säkerställa god leveranssäkerhet avseende efterfrågad specialistläkare oberoende av vilken tid på året beställningen görs eller beställande

enhets geografiska läge. Så som kriteriet är utformat och med beaktande av de bedömningsgrunder som ligger bakom kriteriet finns det inte på något sätt någon koppling mellan kriteriet och ett bolags omsättning. Det är den av landstinget fastslagna betydelsen av leveransförmågan som ska utvärderas. Om en anbudsgivare skulle lägga en annan betydelse i begreppet saknar det relevans så länge begreppet tydligt har definierats av den upphandlande myndigheten. För utvärderingskriteriet kontinuitet har landstinget angivit att anbudsgivaren ska beskriva hur man har för avsikt att fortlöpande säkerställa att landstingets beställande enheter kan arbeta med kontinuitet avseende inhyrd läkare, för både patienternas och personalens bästa. Dessa uppgifter är tillräckligt tydliga för att utvärderingsmodellen ska anses uppfylla kravet på transparens och likabehandling. Vidare har landstinget den 22 oktober 2012, genom svar på frågan om vad som skulle ingå i beskrivningarna av god leveranssäkerhet och kontinuitet för respektive delområde för att nå maximal poäng, ytterligare förtydligat hur de olika betygssättningsnivåerna skulle tillämpas. Förutsättningarna för utvärderingen har därmed varit tydliga för var och en av anbudsgivarna. Bolaget har inte under upphandlingens gång reagerat mot att utvärderingsmodellen var otydlig. Det finns inte någonstans i gällande regelverk eller befintlig praxis stöd för påståendet att utvärderingen av så kallade mjuka kriterier skulle kräva en större grupp oberoende bedömare. Utvärderingen har skett utifrån tydligt angivna, relevanta förutsättningar och samtliga anbudsgivare har behandlats lika. Bolaget har inte kunnat lyfta fram en enda omständighet till stöd för att landstinget har gett sig friheter som innebär att landstinget haft fri prövningsrätt. Grund för ingripande enligt LOU saknas.

## SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### *Gällande regler*

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

Enligt 16 kap. 4 § LOU får en allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling. Enligt 16 kap. 6 § LOU ska om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I förarbetena (prop. 1992/93:88 s. 52) till LOU anges bl.a. följande. En upphandlande enhet måste noga ange vilka omständigheter den avser att beakta i de fall den väljer att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Genom hänvisningen till det "ekonomiskt" mest fördelaktiga anbudet uppkommer ett behov av att enheten gör klart för sig redan från början hur olika omständigheter som servicegrad etc. kan värderas i ekonomiska termer.

### *Förvaltningsrättens bedömning*

Bolaget har i huvudsak gjort gällande att landstinget har utformat och bedömt utvärderingskriterierna leveransförmåga och kontinuitet på ett sätt som är oförenligt med kraven på likabehandling, förutsebarhet och transpa-



rens, och att bolaget har missgynnats vid utvärderingen på grund av en subjektiv bedömning av kvalitetskriterierna.

Ovan har redogjorts för hur förfrågningsunderlaget varit formulerat bl.a. när det gäller de två kvalitetskriterierna leveransförmåga och kontinuitet, samt för det svar som landstinget lämnat på en publik fråga angående betygsättningen av de två kvalitetskriterierna.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat 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. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga 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 och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (jfr RÅ 2002 ref 50).

I aktuellt förfrågningsunderlag samt i svar på publik fråga har angetts de utvärderingskriterier som landstinget kommer att ta hänsyn till och hur poängsättningen kommer att ske. Genom den beskrivning som finns i förfrågningsunderlaget av de två kvalitetskriterierna och det förtydligande som skett beträffande poängsättningen genom nämnda svar måste anbudsgivarna enligt förvaltningsrättens bedömning anses ha fått en tillräckligt god bild av vad landstinget kommer att lägga vikt vid vid bedömningen av de två kvalitetskriterierna. Kraven på likabehandling, transparens och förutsebarhet kan därmed inte anses ha åsidosatts är det gäller utformningen av kriterierna och hur dessa skulle bedömas.

När det gäller själva utvärderingen har bolaget gjort gällande att den har skett subjektivt och att bolaget har missgynnats på grund av detta. Bolaget har vidare framfört att utvärderingen borde ha skett med hjälp av en större grupp oberoende bedömare utan kännedom om vilket företag som lämnat anbudet. Inledningsvis kan konstateras att det inte finns stöd i lag eller praxis för att ställa upp ett sådant krav på utvärderingen. Bolaget har inte heller framfört omständigheter som visar att utvärderingen inte har skett enligt vad som sagts i förfrågningsunderlaget och förtydligande svar den 22 oktober 2012. Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget inte har anfört något som gör att landstinget vid den aktuella upphandlingen kan anses ha brutit mot någon av de grundläggande principer som ska efterlevas vid upphandling eller i övrigt mot LOU. Ansökan ska därför avslås.

Upplyningsvis kan nämnas att förvaltningsrätten i två andra domar denna dag avslagit ansökningar om överprövning från två andra leverantörer beträffande nu aktuell upphandling (mål nr 432-13 och 411-13).

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



Annette Spjuth