



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-07-20
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
11186-12
Enhet 13

SÖKANDE

Mix Medicare AB, 556682-1335
Box 119
123 22 Farsta

MOTPART

Sollentuna kommun
191 86 Sollentuna

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2012 -07- 2 0	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Mix Medicare AB:s ansökan.

Dok.Id 257448

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Sollentuna kommun (**Kommunen**) genomför en upphandling av bemaningstjänster för vård och omsorg, dnr 2012/17 ink 884. I tilldelningsbeslut den 22 maj 2012 meddelade Kommunen att anbud från andra anbudsgivare än Mix Medicare AB skulle antas. I upphandlingsprotokollet angav Kommunen att stickprovskontroller visat att Mix Medicare AB inte uppfyllde skall-kraven för öppettider och kvalificerades därför inte att gå vidare till utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Mix Medicare AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Mix Medicare AB inte ska uteslutas från deltagande i upphandlingen. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om.

Kommunen bestrider bifall till ansökan.

GRUNDER OCH SAKOMSTÄNDIGHETER

Bolaget anför till stöd för sin talan bl.a. följande. Ett av kraven som uppställt i punkt 3.2.9 i förfrågningsunderlaget är att leverantörerna måste vara tillgängliga för beställningar (avrop) mellan 07.00-22.00 på årets samtliga dagar. I förfrågningsunderlaget anges också i samma punkt att Kommunen kommer att utföra stickprovskontroller, för att kontrollera att leverantörer "*i avtalsläge*" uppfyller kravet. Sålunda gäller stickprovskontrollerna endast leverantörer som redan har bedömts vara kvalificerade enligt uppställda krav och som vid anbudsutvärderingen klarat sig så väl att de kan erhålla avtal, dvs. i detta fall erhålla ramavtal. Stickprovskontrollerna avser inte att kontrollera leverantörernas avtalsefterlevnad efter det att avtal tecknats. Kontrollen gäller bara de anbudsgivare som befinner sig i "*avtalsläge*", dvs. potentiella avtalspartners, eftersom kontrollen ska utföras före avtalets tecknande.

I praktiken innebär detta att nystartade företag inte kan kontrolleras avseende den tillgänglighet som krävs enligt punkten 3.2.9. i förfrågningsunderlaget före avtalets tecknande. Kravet i punkten 1.3.6. i förfrågningsunderlaget innebär att en anbudsgivare endast behöver vara registrerat och ha F-skattsedel vid avtalstecknandet, vilket i praktiken utesluter nybildade företag från tillgänglighetskontrollen som avses i punkt 3.29. Endast de företag som befinner sig i "avtalsläge" kommer att kontrolleras. Det går inte att upprätthålla samma krav för samtliga företag, eftersom nystartade företag knappast kan klara kravet på en "standby-funktion" som den som krävs i förfrågningsunderlaget.

Tillgänglighetskravet är felställt, då det enligt förfrågningsunderlaget ska uppfyllas av leverantörer redan innan de tilldelats kontrakt. Anbudsgivarna ska sålunda vara tillgängliga för Kommunen redan innan de erhållit något ramavtal med Kommunen. Kravet har således ingen bäring på ett redan gällande avtal utan ett framtida avtal. Tillgänglighetskravet skulle i stället ha formulerats på ett annat sätt. Det är exempelvis tillräckligt att ställa krav på att leverantörerna ska ha den ekonomiska och tekniska förmågan att uppfylla tillgänglighetskravet om de tilldelas ramavtal. Såsom kravet nu har ställts går det utöver vad som är nödvändigt för att uppnå det mål som Kommunen vill uppnå med kravet. Tillgänglighetskravet strider således mot proportionalitetsprincipen.

Vidare innebär tillgänglighetskravet i praktiken att nystartade företag inte kan uppfylla kravet och att Kommunen därmed måste bortse från kravet när det gäller dessa, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Den tillgänglighetskontroll som enligt tilldelningsbeslutet genomfördes av Kommunen den 17 och den 21 maj 2012 kunde vidare ha genomförts på ett säkrare sätt. Bolaget har inte mottagit något meddelande från Kommunen under de tidpunkter som Kommunen angett. Kommunen har inte hel-

ler i samband med någon av de angivna kontrollerna lämnat telefonnummer eller på annat sätt möjliggjort för Bolaget att komma i kontakt med Kommunen. Det torde vara Kommunen som har bevisbördan för att Kommunens kontroller är adekvata i sammanhanget och gått till på ett korrekt sätt.

Bolaget har skadats eller kan komma att skadas av genom Kommunens överträdelser mot proportionalitetsprincipen och likaberhandlingsprincipen.

Kommunen anför till stöd för sin inställning bl.a. följande. Bolaget har bekräftat öppettiderna i punkt 3.2.9. i förfrågningsunderlaget, men bekräftelsen motsägs av stickprovskontrollerna. Kontrollerna har uttryckligen angetts såsom en förutsättning i förfrågningsunderlaget. Vidare framgår att om skall-kravet inte uppfylls så kommer leverantören att uteslutas från upphandlingen.

Stickprovskontroll genomfördes genom att Kommunen ringde till av leverantören angivet journummer, två gånger den 17 maj och en gång den 21 maj. På fråga från Kommunen har Bolaget bekräftat att journumret var korrekt. Kommunen har under samtliga stickprovskontroller endast kommit till en telefon utan mottagare. Eftersom telefonsvarare saknades var det omöjligt att lämna meddelande. Kommunen har bedömt att Bolaget inte uppfyllde samtliga skall-krav och kunde därför inte kvalificeras.

Vad gäller Bolagets resonemang kring svårigheten för nystartade företag att lägga anbud, så gäller enligt allmän rättsprincip att leverantörs yrkanden endast ska prövas om det är den överprövande leverantören som lidit eller riskerat att lida skada. Eftersom Bolaget funnits i branschen sedan 2002 kan det inte klassas som nystartat. Kommunen menar därför i första hand att Bolagets resonemang i dessa delar därför överhuvudtaget inte ska beak-

tas av rätten. I andra hand hävdar Kommunen att kraven på öppettider inte strider mot proportionalitetsprincipen eftersom Kommunen har livsviktig verksamhet som ska fungera årets alla dagar, dygnet runt. Öppettiderna har krävts enligt verksamhetens önskemål och behov och är relevanta och proportionerliga för den här typen av verksamhet.

Kommunen anser inte heller att kravet på öppettider i något avseende skulle kunna strida mot likabehandlingsprincipen då samma krav ställts på samtliga anbudsgivare och anbudsgivarna har utvärderats på samma sätt. Bedömningen har gjorts enligt förutsättningar givna i förfrågningsunderlaget och har varit kända för leverantören. Kraven på öppettider är proportionerliga med hänsyn taget till aktuell verksamhet.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 6 § LOU anges bl.a. 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utredningen i målet

I punkt 3.2.9 *Krav på tillgänglighet* i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

En personlig kontakt för att möjliggöra en beställning ska kunna fås med leverantören mellan 07.00-22.00 årets samtliga dagar. Jourtelefonen ska vara bemannad. Stickprovskontroller kommer att göras för att säkerställa ska kravet (stickprovskontroll görs endast hos de leverantörer som kommer att ligga i avtalsläge) om kommunen vid kontroll kom-

mer till en telefonsvarare eller på annat sätt gör bedömningen att skakravet ej uppfylls så kommer leverantören att uteslutas från upphandlingen.

Öppettider bekräftas (Ja/Nej svar)

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principer som återfinns i 1 kap. 9 § samt övriga bestämmelser i LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut. Den upphandlande myndigheten har vidare, inom ramarna för de grundläggande principerna, en mycket stor frihet att utforma sitt förfrågningsunderlag.

Av upphandlingsprotokollet framgår att Kommunen har uteslutit Bolagets anbud från utvärdering på den grunden att stickprovskontroller visat att Bolaget inte uppfyller skall-kraven för öppettider.

I enlighet med likabehandlingsprincipen som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana skall-krav som uppställs i förfrågningsunderlaget. Likabehandlingsprincipen utgör därför hinder mot att anta anbud som inte uppfyller ställda krav.

Bolaget har bl.a. anfört att stickprovskontrollsförfarandet i tillgänglighetskravet i punkt 3.2.9 i förfrågningsunderlaget strider mot proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen. Bolaget har även anfört att Kommunen inte genomfört stickprovskontrollerna på ett korrekt sätt.

Proportionalitetsprincipen innebär att de krav som ställs vid en upphandling ska vara både nödvändiga och ändamålsenliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Kraven ska således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det som upphandlas (jfr bl.a. prop. 2006/07:128 s. 132).

Förvaltningsrätten konstaterar att Bolaget inte gör gällande att kravet på tillgänglighet de angivna tiderna i sig är oproportionerligt, utan endast att stickprovsförfarandet före tilldelningen av avtalet är det. Förvaltningsrätten anser att vad Bolaget anfört om att stickprovsförfarandet strider mot proportionalitetsprincipen till följd av eventuella svårigheter detta medför för nystartade företag saknar relevans i målet. I likhet med vad Kommunen anfört anser förvaltningsrätten att då Bolaget inte är nystartat kan det inte heller lida eller kan komma att lida skada av den anledningen.

Även om det är något otydligt när en leverantör ska anses "*ligga i avtalsläge*" och kunna förvänta sig stickprovskontroller, anser förvaltningsrätten att stickprovskontroller är en ändamålsenlig och proportionerlig åtgärd för att Kommunen ska försäkras att tillgänglighetskravet är uppfyllt. Stickprovsförfarandet i punkt 3.2.9 i förfrågningsunderlaget ska därför inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Bolaget har vidare anfört att då nystartade företag i praktiken inte kan uppfylla tillgänglighetskravet så måste Kommunen bortse från kravet när det gäller nystartade företag, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Likabehandlingsprincipen förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbuds-förfarandet. Förvaltningsrätten anser emellertid inte att det kan anses visat att Kommunen skulle ha bortsett från tillgänglighetskravet när det gäller nystartade företag, eller på något annat sätt ställt olika

krav på anbudsgivarna. Kommunen kan därför inte anses ha agerat i strid mot likabehandlingsprincipen.

Bolaget har vidare anfört att något meddelande från Kommunen inte mottagits under de tidpunkter som Kommunen angett och att det torde vara Kommunen som har bevisbördan för att kontrollerna är adekvata i sammanhanget och gått till på ett korrekt sätt.

Kommunen har anfört att man genomfört stickprovskontroller genom att ringa till av Bolaget angivet journalnummer vid två tillfällen den 17 maj 2012 och ett tillfälle den 21 maj 2012. Enligt Kommunen har Bolaget bekräftat att journalnumret var korrekt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det som huvudregel är den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav (jfr t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 4 augusti 2011 i mål nr 1903–1913-11).

Förvaltningsrätten anser det visat att Kommunen kontrollerat med Bolaget att journalnumret var korrekt. Bolaget har vidare inte bemött Kommunens uppgifter att Journalnumret inte ledde till någon telefonsvarare där Kommunen kunde ha meddelat att det gjorts försök att nå Bolaget. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att vad Bolaget anfört inte medför att det finns skäl att ifrågasätta att Kommunen genomfört stickprovskontrollerna på det sätt som angivits. Eftersom Kommunens stickprovskontroller visat att Bolaget, trots att så uppgetts, inte uppfyllde tillgänglighetskravet i punkt 3.2.9 i förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att Kommunen hade skäl att utesluta Bolagets anbud.

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det mot bakgrund av vad som anförts i målet inte finns förutsättningar för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU).

Robert Johansson

Tf rådman

Föredragande har varit Nils Henriksson