



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2017-04-12
Meddelad i Karlstad

Mål nr
5327-16

SÖKANDE

Svensk Vårdsupport AB, 556809-5375

Ombud: Jur. kand. Andreas La Torre Ek
Kungsgatan 7
111 43 Stockholm

MOTPART

Region Örebro län
Box 1613
701 16 Örebro

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2017 -04- 13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 177685

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se
www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Region Örebro län (Regionen) genomför en upphandling avseende *Hyrläkare till Vuxenpsykiatri och Barn- och ungdomspsykiatri, Region Örebro län, 16RS5159*. Upphandlingen genomförs i form av förenklat förfarande enligt LOU. Enligt förfrågningsunderlaget avser Regionen att teckna avtal med samtliga leverantörer förutsatt att lämnade anbud klarar samtliga kvalificerings- och obligatoriska krav.

I tilldelningsbeslut den 22 november 2016 antogs ett antal leverantörer. I upphandlingsrapport den 21 november 2016 angavs att anbud från Svensk Vårdsupport AB (Bolaget) inte går vidare till utvärdering eftersom anbudet inte uppfyller obligatoriska krav avseende referenser enligt punkt 2.6 i förfrågningsunderlaget.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

1.1.1 Upphandlingsobjekt

Denna upphandling avser bemanningstjänster avseende hyrläkare till vuxenpsykiatri samt barn- och ungdomspsykiatri Örebro län.

[...]

1.5.2 Helt eller delat anbud

Anbud ska lämnas för hela leveransen av aktuella tjänster. Avtal kommer att tecknas med flera leverantörer.

[...]

1.5.3 Tilldelning av kontrakt

Region Örebro län avser att teckna avtal med samtliga leverantörer förutsatt att lämnade anbud klarar samtliga kvalificerings- och obligatoriska krav.

2.6 Yrkeskunnande

2.6.1 Erfarenhet

I upphandlingen kommer särskild vikt fästas vid anbudsgivarens yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

[...]

Anbudsgivaren ska ange 2 referenser från tidigare liknande uppdrag. Anbudsgivaren ska inte lämna in referensbedömningen utan Regionen avser att kontakta angiven referent via mail eller telefon under v 45 och 46 [...].

Syftet med frågorna är att säkerställa att anbudsgivaren har ett tillräckligt yrkeskunnande och kommer att utöva tjänsten effektivt. Frågornas syfte är således inte att styrka den tekniska kapaciteten. Vidare är dessa av arten urvalskriterier och inte tilldelningskriterier.

[...]

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om. I andra hand yrkar *Bolaget* att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts, varvid utvärderingen ska rättas.

Regionen motsätter sig bifall till bolagets ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Regionen har utformat och bedömt utvärderingskriterierna på ett sätt som är oförenligt med proportionalitetsprincipen samt kraven på likabehandling, förutsebarhet, kontinuitet och transparens. Regionen har särskilt brutit mot

proportionalitetsprincipen genom att ställa krav på angivande av anbud på hela upphandlingen samt angivande av två referenser som styrker specialistkompetens inom samtliga efterfrågade tjänster. Dessa krav har lett till att bolagets anbud förkastats och att bolaget därmed lidit skada.

Av förfrågningsunderlaget går det inte att avgöra varför Regionen anser att det är bättre att anbud ska omfatta hela upphandlingen än att låta anbudsgivarna ge anbud på delar av upphandlingen. Detta krav är inte nödvändigt för att uppnå upphandlingens objekt och fyller inte någon annan funktion än att otillbörligen gynna vissa leverantörer. Kraven bör därför anpassas så att anbud ska kunna lämnas för hela eller delar av upphandlingen och referensuppdrag endast behöver lämnas inom den specialistkompetens man inger anbud för. På detta sätt kan Regionen uppnå upphandlingsobjektet med mindre ingripande alternativ.

Vidare ställer Regionen krav på att anbudsgivare ska ha ett visst yrkeskunnande och viss erfarenhet m.m. En anbudsgivare är dock en juridisk person och kan inte ha sådana egenskaper. Regionens krav är missriktat och kan därför inte bedömas. Det som bör bedömas är vilka resurser en anbudsgivare förfogar över vid anbudstillfället snarare än vilken erfarenhet ett bolag kan visa upp genom referenser.

Regionen

Det finns en stor och fungerande leverantörsmarknad som kan tillhandahålla specialiteterna i psykiatri och barn- och ungdomspsykiatri. Regionen har i tidigare upphandlingar med framgång upphandlat läkare till psykiatrierheterna på detta sätt. Aktörerna på marknaden är bemanningsföretag med ett stort antal olika specialiteter knutna till sig. Marknaden består därmed inte av små aktörer med en eller ett fåtal läkare anställda. I det aktuella fallet är barn- och ungdomspsykiatri en förhållandevis liten verksamhet och det finns en överhängande risk att det skulle finnas för få anbudsgivare om barn- och ungdomspsykiatri upphandlades ensamt eftersom det skulle röra sig om för

små volymer. Genom att det är en del av en större upphandling blir det lättare för en leverantör att göra en ekonomisk kalkyl över avtalet. Detta innebär att konkurrensen snarare ökar än begränsas. Att begära att en leverantör kan tillgodose båda dessa specialiteter är inte en oproportionell konkurrensbegränsning och en stor mängd leverantörer kan leverera båda specialiteterna.

Referensbedömningen är ett kvalificeringskrav inte för att säkerställa resurser utan för att säkerställa att leverantören har nödvändigt yrkeskunnande och därmed kan utföra uppdraget. Bolaget har kapacitet att leverera båda specialiteterna. Bolaget lider därmed inte skada för att specialiteterna upphandlas tillsammans.

Bolaget har anfört att utvärderingskriterierna i upphandlingen är oproportionerliga. Några utvärderingskriterier finns dock inte i upphandlingen, eftersom samtliga kvalificerade anbud som uppfyller de obligatoriska kraven antas. Att Regionen i kvalificeringsfasen ställer krav på referenser orsakar inte heller bolaget skada. Bolaget lider skada för att angiven referens valt att inte uttala sig om Bolagets yrkeskunnande.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) är upphävd och har ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017. Enligt övergångsbestämmelserna till den nya lagen gäller dock den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Enligt 11 kap. 13 § LOU får vid bedömningen av en leverantörs förmåga att fullgöra ett varukontrakt som innefattar tjänster särskild vikt fästas vid yrkeskunnande, effektivitet, erfarenhet och tillförlitlighet.

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

Proportionalitetsprincipen innebär bland annat att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och de mål som eftersträvas (se t.ex. prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91). Upphandlande myndighet har stor frihet att närmare bestämma föremålet för en upphandling, men kraven i förfrågningsunderlaget måste vara kopplade till det som upphandlas. Kraven får inte framstå som godtyckliga eller uppenbart osakliga (jfr RÅ 2010 ref. 78).

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de unionsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i mål nr 2691-15).

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa att skäl för begärd åtgärd föreligger enligt nämnd lagstiftning.

Bolaget gör gällande att kravet på angivande av anbud på hela upphandlingen samt angivande av två referenser som styrker specialistkompetens strider mot proportionalitetsprincipen.

Gällande *kravet att anbud ska lämnas avseende hyrläkare till vuxenpsykiatri och barn- och ungdomspsykiatri* (båda specialiteterna) anser förvaltningsrätten att kravet har ett tydligt samband med ändamålet att täcka Regionens behov av hyrläkare inom psykiatri. Kravet har en objektiv utformning och framstår inte heller som godtyckligt eller som uppenbart osakligt. Av handlingarna i målet framgår att Bolaget samt fjorton andra leverantörer har kunnat offerera båda specialiteterna. Mot bakgrund av det sagda och mot bakgrund av ändamålet med den aktuella upphandlingen anser förvaltningsrätten att kravet inte är så långtgående att principen om proportionalitet har trätts för när.

I fråga om kravet om *angivande av två referenser* som styrker specialistkompetens bedömer förvaltningsrätten att referenstagningen utgör ett led i den bedömning av leverantörernas förmåga som den upphandlande myndigheten får göra enligt 11 kap. 13 § LOU. Kravet har en objektiv utformning och framstår inte heller som godtyckligt eller som uppenbart osakligt. Att en upphandlande myndighet ställer kvalificeringskrav av denna typ kan inte heller anses vara i strid med LOU och dess allmänna principer.

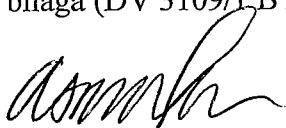
Av det aktuella kravets lydelse framgår klart och tydligt att fråga är om sådant obligatoriskt krav som en anbudsgivare måste uppfylla för att kvalificeras för upphandlingen. Det framgår av handlingarna i målet att Bolagets anbud inte uppfyllde kravet på angivande av två referenser på grund av att angiven referensperson inte velat uttala sig om det aktuella

referensuppdraget. Att Bolagets anbud inte uppfyllde det aktuella kravet berodde således inte på att kravet var oproportionerligt.

Mot bakgrund av det ovan sagda anser förvaltningsrätten att bolaget inte har förmått göra sannolikt att kraven i förfrågningsunderlaget strider mot LOU och de allmänna unionsrättsliga principerna. Skäl för ingripande med stöd av LOU har därmed inte kommit fram. Bolagets ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1.B LOU).



Nargiz Asker

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit förvaltningsrättsjuristen Erik Ludvigsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.