



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-11-05
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1847-15

SÖKANDE

Svensk Vårdsupport AB, 556809-5375
Alsnögatan 12
116 41 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Andreas La Torre Ek
La Torre Ek Juristbyrå AB
Grev Turegatan 21, 1 tr
114 38 Stockholm

MOTPART

Region Kronoberg
Region Kronoberg, Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015 -11- 0 9	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Svensk Vårdsupport AB:s ansökan om överprövning på så sätt att upphandlingen avseende anbudsområde 1 (primärvård) ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Dok.Id 119860

Postadress Box 42 351 03 Växjö	Besöksadress Kungsgatan 8	Telefon 0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se	Telefax 0470-255 02	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	---	-------------------------------	---

YRKANDEN M.M.

Region Kronoberg har genomfört en upphandling av ramavtal kallad "bemanningstjänster hyrläkare för Region Kronoberg". Upphandlingen bestod av 13 olika uppdragsområden och genomfördes som ett förenklat förfarande enligt LOU. Varje uppdragsområde utvärderades för sig och anbud kunde lämnas på ett eller flera anbudsområden. Region Kronoberg avsåg att anta de anbud per anbudsområde som lämnade de ekonomiskt mest fördelaktigaste anbuden. Totalt inkom 28 anbud.

Den 21 maj 2015 beslutade Region Kronoberg att avbryta upphandlingen avseende anbudsområdena 6, 7, 9, 10, 12 och 13 och i tilldelningsbeslut den 22 maj 2015 antogs 13 leverantörer fördelade olika över de resterande anbudsområdena. Den 18 juni 2015 fattades ett nytt tilldelningsbeslut där en ny anbudsgivare antogs som leverantör inom anbudsområdena primärvård och psykiatri. Svensk Vårdsupport AB (SVAB) anbud diskvalificerades i samtliga 13 anbudsområden eftersom det inte ansågs uppfylla ställda krav. Avseende anbudsområdet psykiatri var motiveringen att kravet angående referenser inte var uppfyllt och för övriga anbudsområden var motiveringen att kravet angående ekonomisk ställning inte var uppfyllt.

SVAB ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om eller rättas till. SVAB anför i huvudsak följande.

Avseende omsättningskravet i allmänmedicin är en minsta omsättning om 5 miljoner kronor rimligt med tanke på uppdragets omfattning och innehåll. Däremot är tidskravet på denna omsättning i tre år oproportionerligt och det strider således mot proportionalitetsprincipen i LOU. Ett bolag med en genomsnittlig omsättning om 5 miljoner kronor i 2 år har en stabilitet och kapacitet att leverera tjänsten. Region Kronoberg har inte visat att det ställda kravet är nödvändigt för att uppnå eftersträvat syfte. Tidskravet

står inte i rimlig proportion till det upphandlade och är därför konkurrensbegränsande. Tidskravet är inte nödvändigt för att uppnå syftet när det finns mindre ingripande alternativ såsom 2 år. Det bästa vore att kräva en minsta storlek på vårdplatsen eller minsta antal läkare. Det finns ingen direkt koppling mellan erfarenhet och arbetskapacitet. I vilket fall är det inte visat någon koppling som har relevans till det upphandlade. Det är inte heller visat att erfarenhet förväntas leda till ökad kvalitet.

Kravet på 10 olika referenser för att styrka teknisk förmåga och kapacitet i anbudsområdet psykiatri är oproportionerligt. Det borde vara tillräckligt med trovärdiga referenser som styrker detta. Genom att göra ett större utvärderingsarbete kan det räcka med färre referenser. Region Kronoberg har inte visat att kravet på ett visst antal referenser är nödvändigt för att uppfylla ställt krav. Det minst ingripande skulle vara att efterfråga trovärdighet hos referenserna i stället för kvantiteten.

Omsättningskraven i anbudsområdena 3, 4, 5, 8 och 11 är oproportionerliga och omotiverade. Det är uppenbart att upphandlingens syfte kan uppnås med mindre ingripande alternativ. I andra landsting gör man inte skillnad på anbudsområden på detta sätt utan ställer ett generellt krav på omsättning. Konkurrensen hämmas på så sätt och mindre aktörer blir diskriminerade. De ställda kraven är eventuellt önskvärda men inte nödvändiga. De borde ha varit tilldelningskriterier i stället för skall-krav. Alternativt kunde kriterierna utformats som funktionskrav i stället för detaljerade tekniska beskrivningar.

SVAB har genom Region Kronobergs agerande lidit skada eftersom bolaget går miste om det ekonomiska värde som kontraktet innebär. Det finns en direkt koppling mellan Region Kronobergs överträdelse och den skada bolaget lider.

Region Kronoberg bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Omsättningskraven är formulerade efter redovisad inköphistorik. I de flesta områdena är kravet på omsättning låg i förhållande till historik. För samtliga utom ett är redovisningskravet mellan 15-59 % av historikens nivå. I ett område har inte tidigare inköp gjorts. För det området är omsättningskravet 200 000 kr per år. Med beaktande att hela upphandlingen avser köp av tjänster på motsvarande 50 miljoner kronor är kravet rimligt. Nivån är satt utifrån målsättningen att de efterfrågade tjänsterna skyndsamt ska kunna tillsättas och levereras samt att antagna leverantörer ska ha en hög leveranssäkerhet. Leveranssvårigheter hos leverantören kan leda till allvarliga konsekvenser för verksamheten. Därför är omsättningskrav och referensuppdrag relevanta.

Upphandlingen har avbrutits i de områden kravet i efterhand har befunnits vara för högt. I praxis har omsättningskrav som varit tre gånger högre än storleken på upphandlingen godtagits. Det finns inga andra möjligheter för att säkerställa leveransförmågan. Det administrativa arbetet det innebär för att avropa tjänsten får inte bli för omfattande.

Endast i anbudsområdet primärvård finns ett krav om tre års erfarenhet. Detta område är störst i upphandlingen och det årliga kravet är endast 20 % av omsättningen. Kravet är därför rimligt. I övriga områden ställs krav på ett år.

Avseende tidskraven har tillräckligt många anbud antagits och fler har uppfyllt kravet. Syftet är inte att alla ska kunna uppfylla kraven. Målsättningen är att kunna välja ut dem med bäst leveranskapacitet och förmåga. Avseende teknisk förmåga har tillräckligt många antagits för att bekräfta att kravet är på rimlig nivå.

Ett högre antal referenser säkerställer en generell tolkning gällande teknisk förmåga och kapacitet på ett bättre sätt än ett fåtal referenser. Omsättningskraven i aktuella områden är lågt satta jämfört med praxis (jfr Kamrätten i Sundsvalls dom i mål nr 1105-12). Dessutom har tillräckligt många anbud antagits för att bekräfta att kraven är på en rimlig nivå.

I de områden tilldelning inte kunnat ske har upphandlingen avbrutits. Målsättningen är inte att alla på förekommande bemanningsföretag på marknaden ska kunna lämna anbud och antas. Endast leverantörer med rätt förutsättningar är aktuella. Ställda krav i upphandlingen har inte varit konkurrensbegränsande eftersom tillräckligt många leverantörer har uppfyllt kraven. SVAB uppfyller inte ställda krav och ska därför förkastas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

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.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan. Domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Referenser – anbudsområde 2

Beträffande anbudsområde 2 (psykiatri) framgår under rubriken "Teknisk förmåga och kapacitet" under punkt 4.2.2 i förfrågningsunderlaget bl.a. följande. Anbudsgivaren ska ha minst ett års erfarenhet av läkarförmedling inom psykiatri. Detta ska styrkas genom en förteckning på minst 10 referensuppdrag. Uppdragsgivarna ska bestå av minst 5 olika juridiska personer.

Såsom kravet är formulerat är det obligatoriskt. Det måste således uppfyllas för att anbudet ska kunna utvärderas. Enligt SVAB är antalet krävda referenser för många och det borde ha räckt med " trovärdiga referenser". Det minst ingripande skulle enligt bolaget vara att efterfråga trovärdighet hos referenserna i stället för kvantiteten. Enligt Region Kronoberg kan ett högre antal referenser säkerställa en generell tolkning gällande teknisk förmåga och kapacitet på ett bättre sätt än ett fåtal referenser.

Alltför långtgående krav som inte har en tydlig och affärsmässig koppling till kontraktsföremålet kan strida mot proportionalitetsprincipen. Det aktuella kravet rör referenser som styrker att anbudsgivaren tidigare levererat specialister i psykiatri. Kravet har således enligt förvaltningsrättens mening koppling till det nu aktuella uppdraget. Region Kronoberg har även genom

det anförda visat att kravet är nödvändigt. Skäl att ingripa mot upphandlingen i denna del saknas således.

Omsättningskravet – anbudsområde 3, 4, 5, 8 och 11

Beträffande anbudsområdena 3, 4, 5, 8 och 11 ställs i förfrågningsunderlaget krav på viss omsättning för respektive anbudsområde under det senaste verksamhetsområdet.

Det är i målet ostridigt att SVAB inte uppfyller uppställda omsättningskrav inom dessa anbudsområden. SVAB har emellertid haft synpunkter på att ett generellt omsättningskrav borde gälla för hela upphandlingen i stället för varje område för sig. Dessutom anser bolaget att kraven istället borde ha formulerats som utvärderingskriterier eller utformats som funktionskrav. SVAB menar att konkurrensen hämmas och att mindre aktörer blir diskriminerade. Region Kronoberg har anført att omsättningskraven är formulerade efter redovisad inköphistorik och att kravet i de flesta områdena är lågt i förhållande till historik. Vidare menar Region Kronoberg att nivån är satt utifrån målsättningen att de efterfrågade tjänsterna skyndsamt ska kunna tillsättas och levereras samt att antagna leverantörer ska ha en hög leveranssäkerhet, eftersom leveranssvårigheter hos leverantören kan leda till allvarliga konsekvenser för verksamheten.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet är fri att ställa de krav den finner nödvändiga i en upphandling. Detta gäller under förutsättning att gällande principer och bestämmelser i LOU inte träds för när. Att ställa krav på viss omsättning kan generellt sett inte anses strida mot LOU. Nivån på omsättningskravet är vidare i förevarande fall betydligt lägre än hela upphandlingens beräknade värde. Då det är angeläget att efterfrågade tjänster inom varje anbudsområde skyndsamt ska kunna tillsättas och levereras framstår ett separat omsättningskrav per anbudsområde som motiverat. Eftersom varje anbudsgivare dessutom haft möjlighet att

lämna anbud på enbart en eller vissa anbudsområden i upphandlingen kan den omständigheten att omsättningskraven är separata för varje anbudsområde inte anses medföra att kravet är diskriminerade för mindre aktörer eller konkurrenshämmande. Vad SVAB har anfört visar inte att Region Kronoberg har brutit mot LOU i detta avseende. Skäl att ingripa mot upphandlingen saknas således även i denna del.

Tidskravet – anbudsområde 1

Beträffande anbudsområde 1 (primärvård) anges under rubriken "Ekonomisk ställning" under punkt 3.2.1 i förfrågningsunderlaget att anbudsgivaren ska styrka en omsättning på minst 5 miljoner kronor per år i genomsnitt under de tre senaste åren räknat från sista anbudsdagen för efterfrågat anbudsområde (primärvård). Till anbudet ska bifogas dokument av företagets revisor för att styrka kravet.

Det aktuella kravet innehåller två olika delar; dels ett omsättningskrav, dels ett tidskrav. Såsom kravet är formulerat krävs enligt förvaltningsrättens mening inte en redovisning av omsättning för varje år separat, utan det är tillräckligt att anbudsgivarens omsättning under den efterfrågade tiden sammanlagt uppgår till 15 miljoner kronor.

SVAB har invändningar mot tidskravet och menar att det hade räckt med efterfrågad omsättning i två år och att tidskravet om tre år därför är för strängt. SVAB menar således att tidskravet inte står i rimlig proportion till det upphandlade och att kravet därför är konkurrensbegränsande.

Förvaltningsrätten konstaterar att tidskravet om tre år är konkurrensbegränsande då det exkluderar anbudsgivare som bedrivit verksamhet kortare tid än tre år. Fråga är dock om tidskravet trots detta kan anses proportionerligt, d.v.s. om kravet är nödvändigt för att uppnå de eftersträlvade syftena. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att nå-

got mindre ingripande alternativ inte finns (jfr Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3477-09).

Region Kronoberg har påtalar att tidskravet är proportionerligt eftersom tillräckligt många anbud antagits och att fler anbudsgivare har uppfyllt kravet. Detta visar enligt Region Kronoberg att tidskravet ligger på en rimlig nivå. Förvaltningsrätten anser dock att dessa omständigheter inte är relevanta vid prövningen av om kravet är nödvändigt för att uppnå de eftersträvade syftena. Eftersom prövningen av om ett visst krav är proportionerligt ska ske utifrån syftet med upphandlingen, måste bedömningen kunna göras redan utifrån uppgifterna i förfrågningsunderlaget och innan anbud lämnas och utvärdering genomförs. Att försvara ett uppställt krav utifrån utfallet av den efterföljande utvärderingen låter sig då inte göras.

Region Kronoberg har därutöver påtalat att tidskravet är nödvändigt för att säkerställa att de efterfrågade tjänsterna skyndsamt ska kunna tillsättas och levereras samt att antagna leverantörer ska ha en hög leveranssäkerhet. Region Kronoberg har dock inte närmare förklarat varför ett kortare och mindre ingripande tidskrav, t.ex. två år, inte hade varit tillräckligt för att uppnå detta syfte. Vid sådant förhållande har Region Kronoberg, enligt förvaltningsrättens mening, inte i tillräcklig grad visat att kravet på tre års erfarenhet är nödvändigt för att uppnå eftersträvat syfte. Genom att uppställa det aktuella tidskravet har Region Kronoberg således handlat i strid med proportionalitetsprincipen. Region Kronoberg har härigenom genomfört upphandlingen på ett sätt som strider mot 1 kap. 9 § LOU. Fråga är därmed om SVAB har lidit eller kan komma att lida skada av överträdelserna.

Den aktuella överträdelserna är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet, varför skaderekvisitet är förhållandevis lågt ställt. Enligt praxis kan det heller inte krävas att sökandebolaget ska göra sannolikt att denne skulle

komma i fråga som huvudleverantör, om de påstådda bristerna inte hade förelegat. Överträdelsen har enligt förvaltningsrättens mening medfört att SVAB:s möjlighet att tilldelas kontrakt har försämrats, varför bolaget härigenom får anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada. Det finns därför skäl för ingripande mot upphandlingen enligt LOU, varvid någon annan åtgärd än att låta upphandlingen i denna del göras om inte kan komma ifråga.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109/1D-LOU)


Maria Dahlqvist

Föredragande har varit Helene Larsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.