



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2012-02-17
Meddelad i Uppsala

Mål nr
5700-11 E
Enhet 2

SÖKANDE

Agito Sverige AB, 556745-7121

Ombud: Benny Östling
Nybrogatan 7
114 34 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Uppsala län, Upphandlingsenheten
Box 602
751 25 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

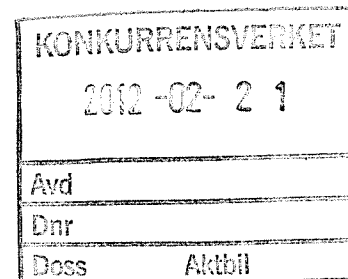
Landstingets i Uppsala län upphandling av ramavtal avseende beman-
ningstjänster, dnr UPPH2011-0083, i delarna distriktssköterskor, specia-
lister i akutsjukvård, specialister i allmänmedicin, specialister i geriatrik,
specialister i medicinsk gastroenterologi och specialister i psykiatri

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Agito Sverige AB:s ansökan om överprövning.



BAKGRUND

Landstinget i Uppsala län (härefter landstinget) har upphandlat ramavtal (förenklat förfarande) avseende bemanningstjänster, dnr UPPH2011-0083 (härefter upphandlingen). Anbud kunde lämnas på sex olika delområden och avtal skulle tecknas med minst tre eller åtta leverantörer, om så många fanns inom respektive delområde (antal avtal per delområde anges inom parantes); distriktssköterskor (3), specialister i akutsjukvård (3), specialister i allmänmedicin (8), specialister i geriatrik (3), specialister i medicinsk gastroenterologi (3) och specialister i psykiatri (8). Ett av de företag som lämnade anbud på samtliga delområden var Agito Sverige AB (härefter bolaget). Enligt tilldelningsbeslut den 25 oktober 2011 har bolaget avseende delområdet distriktssköterskor kommit på tredje plats i rangordningen och avseende delområdena specialister i geriatrik och specialister i medicinsk gastroenterologi kommit på fjärde plats i rangordningen. Avseende övriga delområden har bolaget inte antagits som leverantör.

YRKANDEN M.M.

Bolaget

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande.

Utvärderingsmetoden är illa vald och felaktigt utformad, dels för att referenserna väger så tungt och dels för att den formel som ligger till grund för beräkning av poäng avseende utvärderingskriteriet pris ger att det blir mycket små skillnader i poäng. Landstingets förfarande strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU. Detta kan komma att innebära skada för bolaget.

I modellen för anbudsprövning väger bedömningsgrunden "Kvalitet" orimligt tungt. Kvalitetskriteriet har samtidigt tillämpats på ett felaktigt sätt. Landstinget har ställt frågor som rör anbudsgivarens samarbetsförmåga,

kontaktpersonernas kompetens, hur väl företaget svarar upp i kontakten med er som uppdragsgivare, företagets system för överföring av information etc., vilka är att betrakta som kvalificeringskriterier snarare än utvärderingskriterier. Svaren på referensfrågor av denna karaktär är subjektiva och bolaget ser en risk i att ge denna s.k. "kvalitet" alltför stor vikt. Två olika referenspersoner kan i praktiken vara lika nöjda, men sätta olikartade betyg. Referensfrågorna är vidare formulerade på ett sådant sätt att vissa frågor sannolikt kan tillskrivas större betydelse än andra hos den kontaktperson som lämnar referens. "Bedöm den samlade kvalitén på företagets tjänster" är ett exempel på en sådan fråga. Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndighetens krav måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas, vilket ifrågasätts i detta fall. Bolaget anser vidare att det är fel att utgå från endast tre referenser och vikta detta till 60 procent. Detta kan medföra att goda personliga relationer snarare än faktiskt upplevd kvalitet får stor betydelse. Bolaget ställer sig frågande till att landstinget inte har fäst avseende vid den fjärde för anbudet gemensamma referensen.

Den formel som ligger till grund för beräkning av poäng avseende utvärderingskriteriet "Pris" ger mycket små skillnader i poäng. Det är ett svagt samband mellan den i förfrågningsunderlaget angivna viktningen och den faktiska betydelsen som landstinget tillmäter pris och kvalitet. Det strider mot kravet på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU. Inom delområdet specialister i allmänmedicin har bolaget lägst pris, men har rangordnats först som nr 11. Bolaget hade inte kommit med även om priset sänkts med 95 procent. Överdriften används för att visa att priset haft en mindre betydelse i denna upphandling. Det faktum att kvalitet redan som utgångspunkt väger orimligt tungt förstärks i och med den prisformel som använts.

Landstinget

Landstinget bestrider bifall till bolagets yrkande och anför bl.a. följande. En upphandlande myndighet väljer själv vilka kriterier som ska användas som utvärderingskriterier så länge dessa inte står i strid med LOU, dess grundläggande principer eller bakomliggande EG-rätt. Detta gäller förstås även den inbördes viktningen av de kriterier landstinget väljer att använda sig av. Landstinget kan inte se att den inbördes viktningen mellan kriterierna innebär att överträdelse skett. Den grundläggande tanken och idén bakom tilldelning i enlighet med ekonomiskt mest fördelaktiga anbud är att låta andra faktorer än pris vara avgörande för tilldelning. Det är landstingets uppfattning att de frågor som framförts är av sådan karaktär att de avser fastställa en ökad kvalitet för den tjänst som nu upphandlas. Frågorna som ställts till referenserna har avsett och syftat till kvaliteten på utförda uppdrag och om uppdraget utförts enligt överenskommelse. Referensupptagningen i anbudsutvärderingen har således syftat till att utröna hur anbudsgivaren tidigare har utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten, och inte till att bedöma anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. I vart fall har frågorna inte syftat till att fastställa risken för att anbudsgivaren inte kommer att genomföra det upphandlade uppdraget. Mot bakgrund av ovanstående anser landstinget att anbudsutvärderingen inte har påverkats av ovidkommande hänsyn i strid mot kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Anbudsgivarens pris har i utvärderingen poängsatts genom att det lägsta anbudspriset dividerats med det aktuella anbudspriset och därefter multiplicerats med fyrtio. Modellen är vedertagen på upphandlingens område. Med detta menar landstinget framför allt att modellen är förutsägbar. Landstinget kan inte se att vare sig LOU eller bakomliggande EU-rätt uppställer några krav innebärande att modellen kan betraktas som rättsstridig. Det är riktigt att bolaget var den anbudsgivare som lämnade lägst pris och därför erhöll 40 poäng. Landstinget är dock förvånat över bolagets påstå-

ende om hur mycket bolaget skulle behöva sänka priset för att bli antagen. En sänkning av priset med 7 procent av priset skulle innebära en sjundeplacering och en sänkning med 12 procent hade inneburit en förstaplacering. Att ett visst mått av subjektivitet ligger till grund för den bedömning referenten gör avseende anbudsgivaren ligger i sakens natur. Detta förhållande står emellertid inte i strid med LOU eller de principer som lagen vilar på, och går heller inte att helt undanröja.

Bolaget

Bolaget anför i yttrande bl.a. följande. En sänkning av priset med 7 procent skulle mycket riktigt innebära en sjundeplacering och en sänkning av priset med 12 procent en förstaplacering. Med det finns sannolikt ingen leverantör som kan erbjuda allmänspecialister till dessa prisnivåer. Förstaplaceringen skulle ha inneburit att leverantör nr 2 skulle haft cirka 17 procent högre pris och kan därmed ge läkarna högre ersättning, vilket i sin tur innebär att förstaplaceringen ger ett rejält handikapp med den här utvärderingsmodellen. Landstinget bör säkerställa en grundläggande hög kvalitetsnivå men välja en annan utvärderingsmodell. Under 2011 genomförs andra upphandlingar av bemanningstjänster vilka är utformade på ett sådant sätt att dylika subjektiva bedömningar i form av ett fåtal referenser ges ingen eller väsentligt mindre vikt vid utvärdering. Landstingets tidigare upphandling framförde krav på ett större antal referenser vilket är mer rättvisande i den händelse att referenser ska kunna användas vid utvärdering.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 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. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 15 kap. 16 § första och andra styckena LOU anges att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket.

I 12 kap. 1 § andra stycket LOU anges att 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.

Bestämmelser om överprövning finns i 16 kap. LOU, vilket har ändrats den 1 november 2011. Av övergångsbestämmelserna framgår att äldre bestämmelser gäller för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

I 16 kap. 1 § LOU, i tillämplig lydelse, anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU, i tillämplig lydelse, anges att 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

De administrativa föreskrifterna samt kompletteringar

I de administrativa föreskrifterna punkt 1.2.4.3 "Anbudsgivarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet" under punkt 1.2.4 "Krav på anbudsgivaren (Kvalificeringsfas)" anges bl.a. följande. Anbudsgivaren ska ha kompetens och erfarenhet av uppdrag av liknande art (bemanningstjänst till sjukhus, vårdhem och liknande). I punkten 1.2.4.3.5 anges att uppgift om minst fyra referenser för anbudsgivaren avseende uppdrag av liknande art ska lämnas. Dessa referenser är gemensamma för anbudet i sin helhet, oavsett antalet delområden som anbudet omfattar. Dessa referenser kan vara samma som under 1.2.4.3.5. Ange referensperson, adress och telefonnummer samt e-

postadress. I punkten 1.2.4.3.5 anges att anbudsgivaren bör ha erfarenhet av bemanning inom de delområden som anbudet avser. En referens bör lämnas för varje delområde som anbudet avser. Referensen ska kunna verifiera att anbudsgivaren har erfarenhet inom delområdet. Denna/dessa referens/-er kan vara samma som under 1.2.4.3.4. Ange referensperson, adress och telefonnummer samt e-postadress. I punkt 1.2.4.3.6 anges att landstinget kommer att, genom referenstagning enligt bilaga 1C och 1D - referensfrågor, bedöma anbudsgivarens kompetens och erfarenhet. Landstinget kan komma att använda egna referenser. Observera att referensformulären ej ska fyllas i av anbudsgivaren utan endast är med för att visa vilka frågor som kommer att ställas till referenspersonerna.

I de administrativa föreskrifterna punkt 1.2.9.2 "Utvärderingsfas" anges bl.a. följande. Kvalificerade anbudsgivare utvärderas inom respektive delområde var för sig. De anbud som uppfyller de krav, som ställts ovan, kommer i steg 2 att utvärderas med avseende på följande viktade kriterier:

- Kvalitet, 60 poäng (Samarbete 15 poäng, Produkter och tjänster 25 poäng samt Erfarenhet inom delområdet 20 poäng)
- Pris, 40 poäng

Kvalitet bedöms genom referenstagning. Referensfrågorna framgår av bilaga 1C Referensfrågor – allmänt, samt bilaga 1D Referensfrågor - delområde. Tre för anbudet gemensamma referenser kommer att användas vid utvärderingen av samarbete samt produkter och tjänster nedan. En referens per delområde kommer att användas vid utvärderingen av erfarenhet inom delområdet. Vid referenstagningen kan referenser komma att införas från fler än tre angivna referenser. Om svar inkommer från fler än tre referenser kommer de som står angivna överst i anbudet att beaktas i utvärderingen. Erhållna kvalitetspoäng för de tre delområdena summeras och utgör anbudets totala kvalitetspoäng.

Pris angivet i prisbilaga 1E kommer att utvärderas enligt följande formel.
$$\text{Lägst anbudspris/aktuellt anbudspris} \times 40 \text{ poäng} = \text{anbudets prispoäng}$$

De anbud som är för köparen mest ekonomiskt fördelaktiga med hänsyn till ovanstående kommer att antas. Erhållna poäng för kvalitet och pris summeras och är anbudets totala poäng. För respektive delområde gäller att det anbud som erhåller högst poäng kommer att antas som nr 1. Det anbud som erhåller näst högst poäng kommer att antas som nr 2 o.s.v.

I Bilaga 1C "referensfrågor" anges bl.a. följande.

Samarbete (30 poäng/2 = 15 poäng)

Bedöm företagets samarbetsförmåga [kryssa i betyg 1-5]

Bedöm företagets förmåga att sätta sig in i och förstå olika uppdrag [kryssa i betyg 1-5]

Bedöm hur väl företaget uppfyllde era förväntningar med avseende på kontinuitet i bemanning av uppdraget [kryssa i betyg 1-5]

Anser ni att kontaktpersonerna är kompetenta för sina arbetsuppgifter? [kryssa i betyg 1-5]

Bedöm hur väl företaget svarar upp i kontakten med er som uppdragsgivare [kryssa i betyg 1-5]

Bedöm företagets system för överföring av information (fakturerering, statistik etc. [kryssa i betyg 1-5]

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om landstinget, i något av de avseenden som bolaget påstått, har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och om det därför finns grund för att ingripa mot landstingets upphandling. För ingripande krävs vidare att bolaget har, eller i vart fall riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

I LOU saknas beträffande förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller detaljerade regler i fråga om utformning av desamma. En upphandlande myndighet har således stor frihet att utforma dessa på sätt som den bedömer lämpligt. Förfrågningsunderlaget ska dock vara så klart och tydligt formulerat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara utformad på så sätt att den leder till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas.

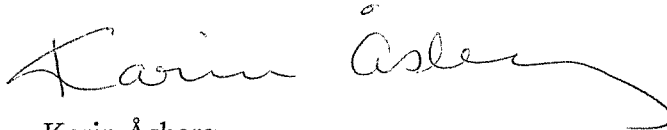
När det gäller vad bolaget anfört angående viktningen av utvärderingskriteriet "Kvalitet" är förvaltningsrätten av den meningen att det inte fram-

kommit att viktningen är sådan att den strider mot LOU. Inte heller har bolaget genom vad det anfört om att antalet referenstagningar skulle kunna leda till att personliga relationer blir avgörande visat att upphandlingen strider mot LOU. Förvaltningsrätten finner inte heller att den omständigheten att vissa frågor kan tillskrivas större betydelse än andra strider mot proportionalitetsprincipen. Inte heller har framkommit att modellen för beräkning av utvärderingskriteriet "Pris" är behäftad med sådana brister att den strider mot LOU. Det finns således inte skäl att ingripa i upphandlingen med anledning av vad bolaget anfört i dessa delar.

När det gäller vad bolaget anfört om sammanblandning av kvalificerings- och utvärderingskriterier gör förvaltningsrätten följande bedömning. Något generellt förbud mot att använda referenser i utvärderingsfasen finns inte, så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EG-domstolens avgörande i mål C-532/06 Lianakis, framgår att kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet och vilka kvalifikationer och resurser anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga inte kan anses utgöra utvärderingskriterier. Bolaget har redogjort för fyra frågor som det anser utgör kvalificeringskriterier i stället för utvärderingskriterier; anbudsgivarens samarbetsförmåga, kontaktpersonernas kompetens, hur väl företaget svarar upp i kontakten med uppdragsgivaren och företagets system för överföring av information. Enligt förvaltningsrättens mening syftar frågorna till att bedöma hur anbudsgivaren tidigare har utfört sin tjänst och hur nöjda tidigare kunder varit med tjänsten och inte till att bedöma anbudsgivarens erfarenhet, kvalifikationer och resurser som sådana. Frågorna är således ämnade att identifiera och fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det finns därför inte heller på denna grund skäl att ingripa i upphandlingen (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 7 juni 2011 i mål nr 4851-10). Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

Upplysningsvis har förvaltningsrätten denna dag meddelat dom i mål nr 5671-11, 5687-11, 5688-11 samt 5695-11 rörande samma upphandling. I mål nr 5687-11, 5688-11 samt 5695-11 har förvaltningsrätten förordnat att upphandlingen, i olika delar, ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a LOU)



Karin Åsberg
rådman

Målet har handlagts av Christina Kans.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1A LOU

