



SÖKANDE

Continuum AB, 556911-6295
Kistagången 12
164 40 Kista

Ombud: Advokat Johan Stern och jur.kand. Björn Bergström
Ramberg Advokater KB
Box 7531
103 93 Stockholm

MOTPARTER

1. Södermanlands läns landsting, 232100-0032
611 88 Nyköping

2. Västmanlands läns landsting, 232100-0172
721 89 Västerås

Ombud för 1-2: Inköpsjurist Birgitta Månsson
Södermanlands läns landsting
611 88 Nyköping

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att Upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om edition.

KONKURRENSVERK	
2018-01-12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Södermanlands läns landsting och Västmanlands läns landsting (Beställarna) genomför tillsammans upphandlingen *Sjuksköterskebemanning DU-UPP17-0174* (Upphandlingen). Upphandlingen avser ett ramavtal med högst tio leverantörer för senare avrop och genomförs genom ett urvalsförfarande enligt LOU. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt bästa förhållandet avseende kvalitet. Av tilldelningsbeslut kan utläsas att Beställarna ingått ramavtal med tio leverantörer och att Continuum AB (Bolaget) inte var en av dessa.

Bolaget ansöker nu om överprövning av Upphandlingen och yrkar i första hand att Upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs i enlighet med de i Upphandlingen angivna utvärderingskriterierna. I andra hand yrkas att Upphandlingen ska göras om. Bolaget har därtill yrkat edition omfattande de vinnande anbud som anges i Beställarnas tilldelningsbeslut.

Beställarna motsätter sig bifall såväl till bolagets ansökan som till dess yrkande om edition.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT

Bolaget

Bolaget anför inledningsvis att dess anbud inte har utvärderats på ett korrekt sätt i förhållande till de i Anbudsinbjudan angivna utvärderingskriterierna och att rättelse därmed bör ske.

Bolaget anför därefter att utvärderingsmodellen i Upphandlingen brister i transparens. Beställarna har i Anbudsinbjudan på ett flertal ställen samman-

fattat de kriterier som ska ligga till grund för utvärderingen av anbud (med hänvisning till respektive punkt i Anbudsinbjudan) enligt nedan.

3.4.1.2 Rekryteringsprocess

3.4.1.3 Efterfrågad kompetens

3.4.1.4 Tillgängliga sjuksköterskor

3.4.1.5 Kontinuitet

3.4.1.6 Ersättare vid frånvaro

3.4.1.7 Bemanning avropade arbetspass

3.6 Beskrivning problemlösning

3.7 Kvalitetssäkringsstandarder

Respektive kriterium ska bedömas enligt en poängskala från 0–3 där Beställarna under punkt 1.3.2.1 anger följande innehåll för de olika poängen:

3 poäng Utmärkt – Leverantören uppfyller kriteriet och visar sig vara på en utmärkt nivå, inga brister och ger ett betydande mervärde.

2 poäng Bra – Leverantören uppfyller nästintill kriteriet, mindre brister förekommer men ger ett stort mervärde.

1 poäng Mindre bra – Leverantören uppfyller i huvudsak kriteriet och ger ett mervärde.

0 poäng Bristfälligt – Leverantören uppfyller kriteriet i mindre omfattning, brister förekommer och bedöms inte tillföra något mervärde.

Samtidigt anger Beställarna under punkt 3.4.1.1 och punkt 3.5.1 att poängen bedöms med en annan grund:

3 poäng: Motsvarar mycket väl ställda krav. Leverantören har offererat en för uppdraget optimal lösning som helt och fullt är anpassad till köparens behov.

2 poäng: Motsvarar ställda krav – begränsning finns. Leverantören har offererat en för uppdraget god lösning som till stora delar är anpassad till köparens behov.

1 poäng: Icke tillförlitlig och bristfällig beskrivning. Leverantören har offererat en för uppdraget acceptabel lösning som till vissa delar är anpassad till köparens behov.

0 poäng: Icke tillförlitlig och mycket bristfällig beskrivning. Leverantören har offererat en för uppdraget bristfällig lösning som inte är anpassad till köparens behov.

Beställarna anger dessutom under punkt 3.4.1.1 och 3.5.1 att:

Högre poängtal uppnås genom att beskrivningarna är

- väl genomarbetade, tydliga och konkret beskrivna*
- väl avpassade för att tillgodose köparens behov och ställda krav*
- väl underbyggda och tillförlitliga*

Det är i högsta grad oklart vilken av bedömningsgrunderna som är korrekt och som anbudsgivarna ska förhålla sig till. Som framgår av de olika bedömningsgrunderna har Beställarna dessutom uttryckt sig oklart kring vad som ska uppnås för respektive kriterium. Vidare får konstateras att Beställarna inte närmare preciserat vad som ska ingå i ”behov” eller vad som ska uppnås i övrigt med respektive utvärderingskriterium.

Bolaget har följt de instruktioner som lämnats och har avgett svar för respektive utvärderingskriterium som svarar mot de behov som Bolaget, i egenskap av befintlig leverantör, vet att Beställarna har. Beställarna har inte beskrivit sina behov på något närmare sätt och man kan därmed inte avvika från de faktiska behov som Bolaget idag levererar sina tjänster mot. Eftersom detta inte gett full poäng (90 poäng) i utvärderingen måste Beställarna ha utvärderat och tagit hänsyn till andra parametrar än de som framgår av respektive utvärderingskriterium.

Som framgår av det ovan angivna avseende utvärderingsmodellen finns en betydande osäkerhet kring vad som i praktiken ska bedömas. Det framgår varken av Beställarnas upphandlingsprotokoll eller av tilldelningsbeslutet vilken av bedömningsgrunderna man använt, eller hur man tillämpat underkriterierna i punkt 3.4.1.1 och 3.5.1.

Om utvärderingskriterierna ska förstås på något annat sätt än vad Bolaget gjort, är modellen behäftad med så allvarliga otydligheter att det inte finns någon annan utgång i målet än att Upphandlingen ska göras om.

Slutligen menar Bolaget att Beställarna sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen i Upphandlingen. Av punkt 3.7 i Anbudsinbjudan framgår att den anbudsgivare som innehar ett tredjepartskontrollerat kvalitetsledningssystem, ISO 9001 eller likvärdigt, erhåller 3 poäng. Den som inte har ett sådant system erhåller 0 poäng.

Beställarna har i och med detta kriterium sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen. Detta är inte tillåtet och innebär ett klart och samtidigt allvarligt brott mot gällande lagstiftning. Detta framgår på ett tydligt sätt i rättspraxis, bl.a. genom EU-domstolens dom i mål C-532/06 *Lianakis*, men har också bekräftats i svensk rättspraxis genom t.ex. Kammarrättens i Sundsvall domar i mål nr 2197-15 och mål nr 268-15.

Beställarnas krav på kvalitetsledningssystem är ett klart och tydligt krav som anges på leverantörer, se 15 kap. 14 § LOU. Konsekvensen av att blanda samman kvalificerings- och utvärderingsfasen är att det konkurrensuppsökande skedet skadats, vilken i sin tur får som följd att i enlighet med redovisad praxis så måste Upphandlingen göras om.

Beställarna

Beställarna har under 2017 genomfört en upphandling av sjuksköterskebe-
manning. I upphandlingsdokumentet punkt 3.4.1.1 anges de kriterier som
har legat till grund för utvärderingen.

3.4.1.2 Rekryteringsprocess

3.4.1.3 Efterfrågad kompetens

3.4.1.4 Tillgängliga sjuksköterskor

3.4.1.5 Kontinuitet

3.4.1.6 Ersättare vid frånvaro

3.4.1.7 Bemanning avropade arbetspass

3.6 Beskrivning problemlösning

Beställarna har därefter under respektive rubrik angett vad man kommer att beakta. Skrivningarna i punkt 1.3.2.1 samt 3.4.1.1 och 3.5.1 i upphandlingsdokumentet har samma innebörd och Bolaget kan inte anses ha lidit skada av att formuleringarna skiljer sig åt.

Bolaget hävdar att det skett en sammanblandning av krav och kriterier samt att poängsättningen av de olika kraven är felaktig. I upphandlingsdokumentet framgår tydligt vad som är kvalificeringskrav och vad som kommer att utvärderas. De aktuella kraven i Upphandlingen är utformade på ett transparent sätt och anbuden är bedömda utifrån ställda krav i upphandlingsdokumentet. Vidare framgår det av upphandlingsdokumentets punkt 3.5.2 samt

3.7 att kvalitetssäkringsstandard är ett utvärderingskrav vilket ger mervärde vid utvärderingen.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

När en anbudsgivare som i förevarande fall har gjort gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör domstolens prövning i första hand avse de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede (se Kammarrättens i Sundsvall dom i mål nr 1225-12).

Förvaltningsrätten konstaterar att det i upphandlingsdokumentet anges två olika grunder för poängsättning. I punkt 1.3.2.1 anges att följande poängskala med däri angivna kriterier ska gälla.

3 poäng Utmärkt – Leverantören uppfyller kriteriet och visar sig vara på en utmärkt nivå, inga brister och ger ett betydande mervärde.

2 poäng Bra – Leverantören uppfyller nästintill kriteriet, mindre brister förekommer men ger ett stort mervärde.

1 poäng Mindre bra – Leverantören uppfyller i huvudsak kriteriet och ger ett mervärde.

0 poäng Bristfälligt – Leverantören uppfyller kriteriet i mindre omfattning, brister förekommer och bedöms inte tillföra något mervärde.

Därefter kan av upphandlingsdokumentets punkt 3.4.1.1 och punkt 3.5.1 utläsas att poängen ska sättas i enlighet med nedan angivna kriterier vilka skiljer sig från de som angivits i punkt 1.3.2.1:

3 poäng: Motsvarar mycket väl ställda krav. Leverantören har offererat en för uppdraget optimal lösning som helt och fullt är anpassad till köparens behov.

2 poäng: Motsvarar ställda krav – begränsning finns. Leverantören har offererat en för uppdraget god lösning som till stora delar är anpassad till köparens behov.

1 poäng: Icke tillförlitlig och bristfällig beskrivning. Leverantören har offererat en för uppdraget acceptabel lösning som till vissa delar är anpassad till köparens behov.

0 poäng: Icke tillförlitlig och mycket bristfällig beskrivning. Leverantören har offererat en för uppdraget bristfällig lösning som inte är anpassad till köparens behov.

Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framgått av upphandlingsdokumentet enligt vilka kriterier ingivna anbud kommer att bedömas, vilket

kan ha inverkat på anbudsgivarnas möjlighet att avge konkurrenskraftiga anbud. Det framstår dessutom som oklart vad som krävs för att erhålla poäng. Upphandlingsdokumentet brister därmed i transparens i detta hänseende och strider således mot 4 kap. 1 § LOU.

Förvaltningsrätten prövar därefter Bolagets invändning om att Beställarna sammanblandat kvalificerings- och utvärderingsfasen i Upphandlingen.

Av EU-domstolens praxis framgår att sammanblandning av kvalifikationsfasen och utvärderingsfasen inte får ske (jfr EU-domstolens dom i mål nr 532/06 *Lianakis*). Kriterier som huvudsakligen avser vilken erfarenhet samt vilka kvalifikationer och resurser som anbudsgivaren förfogar över för att säkerställa ett gott utförande av projektet i fråga utgör inte kriterier för tilldelning (jfr EU-domstolens dom i mål C-199/07 *Kommissionen mot Republiken Grekland*).

Av punkten 3.7 i Anbudsinbjudan kan utläsas att den anbudsgivare som innehar ett tredjepartskontrollerat kvalitetsledningssystem, ISO 9001 eller likvärdigt, erhåller 3 poäng. Den som inte har ett sådant system erhåller 0 poäng. Ett krav på kvalitetsledningssystem utgör ett kriterium för kvalitativt urval med avseende på anbudsgivarnas förmåga att utföra projektet och kan därmed inte vara en del av utvärderingsfasen. Beställarnas förfarande att låta kravet på ett tredjepartskontrollerat kvalitetsledningssystem ingå i utvärderingsfasen strider således mot LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att de brister som enligt ovan föreligger i Upphandlingen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Förvaltningsrätten finner vidare att det är sannolikt att Bolaget genom det sätt på vilket upphandlingsprocessen genomförts lidit eller riskerat att lida skada. Därtill kan bristerna ha medfört att potentiella leverantörer avstått

från att lämna anbud. Någon annan åtgärd än att Upphandlingen ska göras om kan inte komma ifråga. Ansökan ska i enlighet härmed bifallas.

Vid denna utgång saknas anledning för förvaltningsrätten att pröva de övriga grunderna för ingripande enligt LOU som Bolaget har gjort gällande. Därmed finner förvaltningsrätten att det inte föreligger skäl för att inhämta de handlingar som omfattas av Bolagets yrkande om edition då dessa inte krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Yrkandet om edition ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D LOU).

Magnus Wickström
Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.