



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

Enhet 1

**DOM**  
2016-11-16  
Meddelad i Uppsala

Mål nr  
2653-16 E

**SÖKANDE**

Personalhuset Agito Healthcare AB, 556745-7121

Ombud: Maria Krantz och Denise Malmström  
Tenders TED Law AB  
Artillerigatan 6  
114 51 Stockholm

**MOTPART**

Uppsala kommun

Ombud: Stadsjurist Lena Grapp  
Uppsala kommun  
753 75 Uppsala

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2016-11-17	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

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

Dok.Id 192959

Postadress  
Box 1853  
751 48 Uppsala

Besöksadress  
Kungsgatan 49

Telefon  
018-431 63 00  
E-post: [forvaltningsratteni uppsala@dom.se](mailto:forvaltningsratteni uppsala@dom.se)  
[www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se](http://www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se)

Telefax  
018-10 00 34

Expeditionstid  
måndag-fredag  
08:00-16:00

## BAKGRUND

Uppsala kommun (kommunen) genomförde en upphandling avseende bemanningstjänster av sjuksköterskor för avrop när ordinarie personal inte är tillräcklig (diarienummer KSN-2015-2176). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande. Personalhuset Agito Healthcare AB (bolaget) var en av anbudsgivarna. Enligt kommunens tilldelningsbeslut, daterat den 9 maj 2016, har anbud från andra än bolaget antagits. Bolagets anbud kvalificerade sig inte då de inte uppfyllde i förfrågningsunderlaget uppställt ska-krav. Ska-kravet innebar att anbudsgivaren skulle uppge två referenser för att bekräfta att bolagets personal innehade efterfrågad kompetens och erfarenhet.

## YRKANDEN M.M

**Bolaget** ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske på så sätt att bolagets anbud kvalificeras och utvärderas. Bolaget anför till stöd för sin ansökan huvudsakligen följande. Kommunen har vid utvärderingen av upphandlingen förkastat bolagets anbud trots att anbudet uppfyller förfrågningsunderlagets samtliga uppställda ska-krav. Kommunen har genom sitt förfarande handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU och principerna om proportionalitet, öppenhet och transparens. Bolaget har på grund av detta lidit skada då bolaget skulle ha antagits som förstahandsleverantör om anbudet kvalificerats och utvärderats i enlighet med de i förfrågningsunderlaget ställda utvärderingskriterierna.

Bolaget har i enlighet med förfrågningsunderlaget uppgett två olika referenser. En av referenserna var kommunen själv och kontaktperson som uppgavs var vid tillfället anställd hos kommunen. Bolaget angav i anbudet att kontaktpersonen var anställd vid kommunen fram till den 22 april 2016 samt att referensen skulle kunna vidimeras även om anbudet granskades därefter.

Bolaget fick aldrig information om vem som skulle efterträda den uppgivna kontaktpersonen men förutsatte att kommunen skulle kunna vidimera uppställda referenskrav. Skälet till att referensen inte kunde vidimeras var en brist i upphandlande myndighets organisation. Någon ersättare fanns inte på plats i samband med att anbudet lämnades och referensen var avgörande för att bolaget skulle kunna lämna anbud.

Kommunen har haft möjlighet att avgöra huruvida bolaget besitter tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet för att genomföra tjänsten på ett tillfredställande sätt, antingen genom att begära ett förtydligande eller genom att kontrollera med någon annan i organisationen.

Det är i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta bolagets anbud eftersom avvikelserna är irrelevanta och bolaget de facto visat på att de uppfyller det ställda kravet. Kommunen borde ha gett bolaget tillfälle att förtydliga eventuella oklarheter istället för att förkasta bolagets anbud, särskilt när oklarheten, som i detta fall, kan hänföras till myndighetens organisation.

**Kommunen** bestrider bifall till bolagets ansökan och anför följande. Bolagets anbud har inte innehållit fullständiga och riktiga uppgifter beträffande angivna referenser och kunde således inte kvalificeras. Kommunen har utan framgång kontaktat den verksamhet i vilken den av bolaget uppgivna referensen arbetade för att undersöka om någon annan kunde intyga att bolaget innehade efterfrågad utbildning och kompetens.

Trots att bolaget har varit medvetna om att referenspersonen skulle sluta på Uppsala kommun har de ändå uppgett personens mailadress och telefonnummer hos kommunen i anbudet. Bolaget hade enkelt kunnat kontakta referenspersonen och be om dennes nya kontaktuppgifter.

Kommunen har genom att undersöka om någon annan kunde intyga det som referensen avsåg intyga gjort vad de har möjlighet till inom ramen för LOU. Om kommunen hade vidtagit ytterligare åtgärder, såsom t.ex. godkänt endast en referens, själva eftersökt referenspersonens nya kontaktuppgifter eller gett bolaget en möjlighet att ändra sitt anbud hade agerandet varit i strid med LOU. Kommunen bestrider att den angivna bristen var oväsentlig och att det var oproportionerligt att förkasta bolagets anbud. Kommunen bestrider vidare att det var en brist i kommunens organisation att det inte fanns någon som i referenspersonens frånvaro kunde fungera som referensperson.

**Bolaget** tillade bl.a. följande. Sista dag att lämna anbud var den 11 april 2016. Enligt telefonsamtal med upphandlaren påbörjades referenstagningen runt den 25 april 2016, dvs. tre dagar efter att referensen avslutat sin anställning. Av samtalet framgick att kommunen försökt kontakta andra anbudsgivares referenser vid upprepade tillfällen då dessa inte var anträffbara. Kommunen har alltså gett andra anbudsgivare flera möjligheter att uppfylla ställda krav och kunde således även gett bolaget ytterligare möjlighet att uppfylla kravet genom att bolaget själva, alternativt kommunen, efterforskat ersättare, utan att handlandet skulle strida mot likabehandlingsprincipen.

Av förfrågningsunderlaget punkt 3.8 och 3.2 framgår att referenten ska intyga att sjuksköterskorna som kommer bemanna uppdraget innehar en i Sverige godkänd legitimation som sjuksköterska, har varit verksamma inom sitt yrke de två senaste åren, kan förstå talad och skriven svenska, har datorvana och grundläggande kunskaper i word, excel och Internet samt har körkort för personbil och god körvana. Det är enligt bolaget uppenbart att ingen referent sanningsenligt kan intyga att samtliga sjuksköterskor som bemanats på uppdrag uppfyller samtliga krav. Kravet kan således inte styrkas av referenten. Med hänvisning till 11 kap. 2 § och 11 kap. 10 § LOU anser bolaget att de har uppfyllt kravet på teknisk kapacitet i den mån sådant krav kan ställas och styrkas enligt LOU.

Om grund för rättelse saknas yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om då ingen av de tillfrågade referenspersonerna sanningsenligt kan intyga att samtliga sjuksköterskor som bemannar uppdraget uppfyller samtliga ställda krav. Exempelvis kan ingen referent intyga att samtliga sjuksköterskor som bemannar uppdraget har god körvana eller god datorvana. Kravet är på denna grund otydligt och inte förenligt med 11 kap. 2 § LOU, dvs. att omfattningen av informationen ska ha samband med kontraktsföremålet och stå i proportion till detta. Referenser ska därutöver användas till att styrka redan utfört arbete och kravet är formulerat som att det avser kontrollera framtida arbete. Kravet är därmed i strid med både principen om likabehandling, öppenhet, transparens och proportionalitet såsom de kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Denna brist har gjorts vid utformningen av förfrågningsunderlaget varför upphandlingen ska göras om.

**Kommunen** tillade i yttrande i huvudsak följande. Kravet syftar till att garantera sjuksköterskornas yrkesmässiga kvalifikationer och har därför en tydlig och adekvat koppling till det som upphandlas. Syftet med referenserna var att bedöma hur väl anbudsgivarna uppfyllde det ställda kravet. Kommunen bestrider att det inte skulle vara möjligt för referenspersonerna att uttala sig om det som anges i förfrågningsunderlaget, för att detta är möjligt talar även att andra anbudsgivare har uppfyllt kravet.

Med stöd av Högsta förvaltningsdomstolens två avgöranden HFD 2016 ref. 37 (I och II) anser kommunen att de gjort rätt när de förkastat anbudet då anbudet inte uppfyllde ett obligatoriskt krav. Det ställda kravet var rimligt i förhållande till upphandlingsföremålet och adekvat och referenspersonerna har möjlighet att uttala sig om uppfyllande av kravet.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta om ingripande mot upphandlingen om upphandlande myndighet har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som utgångspunkt att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter parten grundar sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

### Utredningen i målet

Av punkt 3.1 och 3.2 i förfrågningsunderlaget framgår att leverantörerna ska garantera att aktuell personal uppfyller kraven på utbildning och erfarenhet, dvs. personalen ska

- ”Minst inneha en i Sverige godkänd legitimation som sjuksköterska.
- Ha varit verksam inom sitt yrke de senaste två (2) åren.
- Kunna förstå talad och skriven svenska och kunna tala och skriva svenska.
- Ha datorvana och grundläggande kunskap i word, excel och Internet.
- Ha körkort för personbil och god körvana.”

Av punkt 3.8 i förfrågningsunderlaget framgår följande. ”Anbudsgivaren ska ange två (2) referenser avseende bemanning av sjuksköterskor i liknande uppdrag. De två (2) referenserna ska ha anlitat anbudsgivaren någon gång

under de tre (3) senaste åren. Referenten ska kunna intyga att de sjuksköterskor som kommer att bemanna uppdraget innehar angiven utbildning och erfarenhet i enlighet med punkten 3.2 i FFU. I de fall anbudsgivaren tidigare utfört uppdrag för kommunens räkning avseende liknande tjänst får egen referens användas som en av de två (2) referenserna. Referenstagning kommer att ske muntligen per telefon och då endast avse ett intygande av punkten 3.2 i FFU. De två (2) referenserna ska anges i bilagan ”Företags och verksamhetsuppgifter”.

#### **Är ska-kravet avseende referenser i strid med LOU?**

Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformat får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga regelverket. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Gällande erfarenhetskrav får en upphandlande myndighet anses ha ett betydande utrymme vid bedömning av om en leverantör kan anses uppfylla kravet (jfr Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 13 oktober 2014 i mål nr 1011-14).

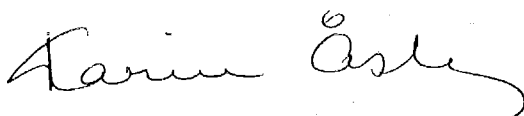
Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av förfrågningsunderlaget framgår att referenserna ska kunna intyga att de sjuksköterskor som kommer att bemanna uppdraget innehar angiven utbildning och erfarenhet i enlighet med punkt 3.2 i förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte en referens från ett tidigare uppdrag generellt intyga att personal som *kommer* att bemanna ett framtida uppdrag innehar viss erfarenhet eller utbildning eftersom detta rimligen står utanför referentens kontroll. Referenten kan enbart uttala sig om personal som arbe-

tat på dennas uppdrag, och inte om personal som kommer att arbeta på framtida uppdrag, såvida inte referenten har kännedom om vilken personal som ska arbeta på kommande uppdrag. Varken av förfrågningsunderlaget eller handlingarna i övrigt framgår att referenten vet om vilken personal som kommer att bemanna det kommande uppdraget. Det uppställda kravet har således inte kunnat intygas av referenten och inte heller kontrolleras av kommunen.

En upphandlande myndighet får enligt fast praxis inte ställa krav i en upphandling som inte kan kontrolleras då detta anses strida mot likabehandlingsprincipen (jfr t.ex. punkt 51 och 52 i EU domstolens avgörande den 4 december 2003 i mål C-448/01). Kommunens förfrågningsunderlag och uppställda ska-krav gällande referenser har därmed inte varit förenligt med principerna i 1 kap. 9 § LOU och bolaget har till följd av detta lidit, eller riskerat att lida, skada. Grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger således. Eftersom felet är hänförligt till upphandlingens konkurrens-sökande skede ska upphandlingen göras om (jfr RÅ 2005 ref 47 och RÅ 2008 not 26). Med denna utgång saknas det skäl för förvaltningsrätten att pröva om det även finns skäl för ingripande med hänsyn till vad bolaget anfört i övrigt. Ansökan ska på dessa grunder bifallas.

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



Karin Åsberg  
rådman





## 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.

