



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Lena Palmér

DOM
2012 -01- 23
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 11505-11E

SÖKANDE

Transmedica A/S
 Vesterbrogade 6 D, 6
 DK-1620 Köpenhamn
 Danmark

MOTPART

Region Skåne, 232100-0255
 291 89 Kristianstad

Ombud: Åsa Nordström
 Region Skåne
 Avdelningen för juridik
 291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) i dess lydelse mellan den 15 juli 2010 och den 1 november 2011.

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Transmedica A/S begäran om ingripande enligt LOU.

KONKURRENSVERKET	
2012 -01- 25	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktb#

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför upphandling avseende Bemanningstjänster – läkare och sjuksköterskor (dnr 1102135). Upphandlingen genomförs enligt reglerna om förenklat förfarande i LOU. Något tilldelningsbeslut har såvitt framkommit ännu inte fattats i upphandlingen.

Transmedica A/S (Transmedica) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till grund för talan anförs bl.a. följande. Region Skånes villkor om vite som strider mot proportionalitetsprincipen. Av kravspecifikationen avsnitt 8.2 framgår att en leverantör ådrager sig vite om han tackar nej till en faktisk avropsförfrågan eller ej kan leverera i enlighet med förfrågningsunderlaget. I kravspecifikationen avsnitt 7 framgår avropsrutin. Transmedica A/S tolkar den beskrivna proceduren som att Region Skåne kommer att skicka ut ett konkret avrop till samtliga valda leverantörer inom det relevanta området. Vite beräknas om leverantören tackar nej oavsett om en leverantör med högre placering utför leveransen. För att undvika en helt oförutsägbar hög nivå på vite måste leverantörer av lägre rangordning hålla en onödigt hög beredskap med stora kostnader som följd. Det är för lägre placerade leverantörer inte proportionalitet mellan den kostnadsnivå som leverantören är tvungen att upprätthålla för att kunna leverera och sannolikheten för att erhålla leverans. Leverantörernas möjlighet att kunna inräkna merkostnaderna i priset är ytterst begränsade med hänsyn till det lilla antal leverantörer som väljs i varje område. Den kortaste svarstiden för avropsförfrågan är 72 timmar. För att kunna hålla denna korta svarstid måste bemanningsföretagen ändra sina procedurer, vilket ökar omkostnaderna betydligt. Den anbudsgivare som rankas som nummer ett kommer att kunna leverera det mesta av Region Skånes löpande behov och de anbudsgivare som har lägre rangordning kommer endast att leverera i begränsad omfattning. Stockholms landsting har ändrat viteskravet i sin pågående upphandling av samma art till att ingen lägre rankad leverantör drabbas av vite om en högre rankad leverantör genomför uppdraget. Regi-

on Skåne har nu anfört att man är beredda att acceptera högre timpriser på grund av de uppställda kraven. Detta är väsentligt för upphandlingen och borde ha framgått. Detta strider mot principen transparensprincipen.

Utvärderingsmodellen uppfyller inte kraven på förutsebarhet och transparens. Av specifikationerna för varje enskilt område framgår att anbudsgivarna skall beskriva leveransförmåga, kontinuitet, kontroll av vikarier, uppföljning av uppdrag samt referenser. Beskrivningarna bedöms efter en poängskala och de tilldelade poängen ingår i utvärderingsmodellen på så sätt att den timkostnad som har offererats ökas med belopp motsvarande poängen. Tilläggen är väsentliga för det slutliga jämförelsevärdet och därmed den enskilda leverantörens rangordning. Beskrivningarna skall vara mellan 2 500 och 4 500 tecken. Maximal poäng erhåller man för ”Tillfredsställande svar för samtliga tre förmågor A-C. Resonemanget är dessutom utförligt, väl underbyggt och övertygande”. Region Skåne anger vad beskrivningarna ska innehålla för att vara ”tillfredsställande” men det har inte någonstans beskrivits hur Region Skåne ska besluta om ett svar är ”utförligt, underbyggt och övertygande”. Detta ger Region Skåne ett oacceptabelt utrymme för godtyckliga bedömningar. Det framstår som om det är anbudsgivarnas beskrivningar som kommer att utvärderas och inte, vilket vore mer adekvat, processerna som sådana. Det hänvisas till Förvaltningsrättens i Malmö dom i mål 14 642-10E gällande Region Skånes upphandling av bemanningstjänster läkare/sjuksköterskor 2010

Region Skåne bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Något tilldelningsbeslut har ännu inte meddelats, varför varken Transmedica A/S eller någon annan anbudsgivare kan anses ha lidit eller komma att lida skada. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Det bestrids att användandet av vite på det sätt som Region Skåne valt strider mot proportionalitetsprincipen. Hälso- och sjukvårdens verksamheter innebär att det ställs stora krav på Region Skåne att bevara en konstant hög kvalitet

och patientsäkerhet. Att sluta ramavtal med leverantörer som kan erbjuda god leveransförmåga av läkare respektive sjuksköterskor vid interna brist-situationer anses vara en viktig del i detta. Användande av vite är ett veder-taget incitament för att främja god leveransförmåga i avtalsförhållanden. I förfrågningsunderlaget finns inga oklarheter beträffande hur avropen ska ske eller när rätt till vite infaller. Region Skåne bedömer att det är av yt-tersta vikt att leveransförmågan säkerställs och att det finns sanktioner i händelse av brister i detta avseende. Således har ett krav på leveransskyldighet ställts upp för samtliga antagna leverantörer. Utvärderingsmodellen och viktningen visar Region Skånes vilja att acceptera ett högre timpris för att erhålla ett sådant resultat. Region Skåne har under tidigare avtalsperio-der inom detta område erfarit brister i leveransförmåga. Vitesvillkoret är relevant, lämpligt och nödvändigt för det syfte som det är utformat för att främja. Utformningen av vitesklausuler är främst en avtalsfråga och den gäller för samtliga antagna leverantörer. Region Skåne har betraktat vites-klausulen som varande av stor symbolisk betydelse. Vitets storlek har såle-des satts till en symbolisk summa av 1 000 kr per avrop. Detta bör jämfö-ras med att den beräknade kostnaden för en läkare via bemanningsföretag är 1 000 – 1 200 kr per timme. Det reella antalet avrop är begränsat. Even-tuell kostnad för vite kan således knappast i sig utgöra en betydande risk för leverantören. Anbudsgivarna är fria att anpassa sina priser till de krav som ställs i förfrågningsunderlaget.

Utvärderingsmodellen i aktuell upphandling uppfyller de krav på öppenhet förutsebarhet och transparens som ställs enligt LOU, gemenskapsrätten och förvaltningsdomstolarnas praxis. Det finns en tydlig definition av vilka egenskaper den beskriva metoden ska besitta för att uppnå en viss poäng. Utvärderingsmodellen visar på ett tydligt sätt vad som kommer att tillmätas betydelse. Kriteriet ”Övertygande” ska inte tolkas som att avser redogörel-sen som sådan. Kriteriet avser att Region Skåne gör bedömningen att det är trovärdigt att den beskriva arbetsmetoden kommer att fungera för att upp-

fylla uppställda krav. Utvärderingsmodellen är utformad att leda till ett rättvisande resultat och innebär att ovidkommande hänsyn inte tas.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

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

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. - Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

Transmedica A/S gör gällande att Region Skåne brutit mot LOU genom att tillämpa ett oproportionerligt villkor i kravspecifikationen samt att använda ett förfrågningsunderlag som vad avser beskrivningen av utvärderingsmodellen inte uppfyller kravet på transparens.

Av proportionalitetsprincipen följer att alla krav och villkor som den upphandlande myndigheten ställer måste ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlas. Dessutom måste kraven vara ägnade att leda till att den upphandlande myndighetens syfte med att ställa dem uppnås.

I aktuell kravspecifikation anges under punkten 8.2 *Vite med anledning av bristande leveransförmåga* bl.a. följande.

Beställaren har rätt till vite motsvarande 1 000 kr för varje ställd Avropsförfrågan under tertialperioden som Leverantören inte har kunnat täcka i enlighet med samtliga ställda krav. Beställaren har rätt till ytterligare vite motsvarande 1 000 kr för varje ställd Avropsförfrågan enligt ovan, då Leverantören inte kunde erbjuda något alternativ alls. Om Anbudsgivaren inte svarar på Avropsförfrågan har Beställaren rätt till vite motsvarande om Leverantören inte kunnat erbjuda något alternativ alls, dvs. 2 000 kr.

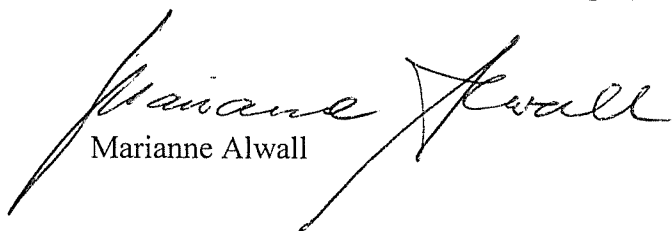
Region Skåne har redogjort för skälen till att det aktuella vitesvillkoret har ansetts behövt. Transmedica A/S invändningar mot villkoret är primärt hänförliga till att villkoret kommer att leda till ökade kostnader för leverantörerna. En anbudsgivare har dock att beräkna sitt anbudspris utifrån i upphandlingen ställda krav och villkor. Det har inte framkommit att villkoret har försvårat Transmedica A/S möjligheter att lämna anbud eller att tilldelas uppdraget. Vad Transmedica A/S anfört och åberopat i denna fråga visar enligt förvaltningsrättens mening inte att Region Skåne genom att i upphandlingen ställa upp det aktuella villkoret har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de principer som bär upp lagen på ett sådant sätt att Transmedica A/S därigenom har lidit eller riskerat att lida skada. Skäl för ingripande mot upphandlingen föreligger därmed inte på denna grund.

Vad gäller bristande transparens hos utvärderingsmodellen anför Transmedica A/S att det inte framgår hur Region Skåne ska bedöma om ett svar är utförligt, underbyggt och övertygande samt att det framstår som om det är anbudsgivarnas beskrivningar som kommer att utvärderas och inte processerna som sådana. Transmedica A/S har härvid hänvisat till det av förvaltningsrätten underkända förfrågningsunderlaget gällande Region Skånes upphandling av bemanningstjänster läkare/sjuksköterskor 2010. Förvaltningsrätten noterar att det förfrågningsunderlag som används i nu förevarande upphandling är ändrat i förhållande till det förfrågningsunderlag som var föremål för rättens prövning i det åberopade målet.

Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget och dess bilagor i nu aktuell upphandling, i de delar som angripits av Transmedica A/S, får anses ge anbudsgivarna en tillräckligt god bild av vad Region Skåne kommer att lägga vikt vid vid sin utvärdering för att kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Vad Transmedica A/S anfört visar enligt förvaltningsrättens mening inte att utvärderingsmodellen i sådan mån brister i transparens eller ger utrymme för godtycklighet att den strider mot LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att vad Transmedica anført och åberopat inte visar att Region Skåne i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de principer som bär upp lagen på ett sådant sätt att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger därmed inte. Transmedica A/S ansökan ska således avslås.

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



Marianne Alwall



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. 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 var till 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 uppge 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 3109/1B LOU