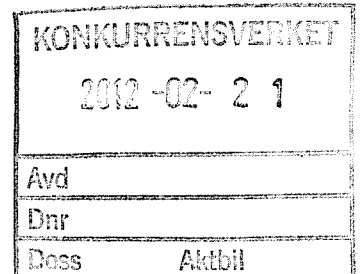




**SÖKANDE**

LäkarLeasing Sverige AB, 556678-4426

Ombud; Advokat Morvarid Dorkhan Nilsson  
Jur. kand. Magnus Stålmårker  
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB  
Box 180  
101 23 Stockholm



**MOTPART**

Landstinget i Uppsala län, Upphandlingsenheten  
Box 602  
751 25 Uppsala

**ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING**

Landstingets i Uppsala län upphandling av bemanningstjänster, UPPH2011-0083 i delarna distriktssköterskor, specialister 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 bifaller LäkarLeasing Sverige AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Landstingets i Uppsala län upphandling avseende bemanningstjänster, dnr UPPH2011-0083 i delområdena distriktssköterskor, specialister i akutsjukvård, specialister i allmänmedicin, specialister i geriatrik, specialister i medicinsk gastroenterologi och specialister i psykiatri ska göras om.

### 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 LäkareLeasing Sverige AB (härefter bolaget). Enligt tilldelningsbeslut den 25 oktober 2011 har bolaget avseende delområdet specialister i medicinsk gastroenterologi kommit på sjätte plats i rangordningen men inte antagits som leverantör avseende något av övriga delområden.

### 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.

Landstingets förfrågningsunderlag såvitt avser utvärderingen av kvalitets-kriteriet med användande av referenser innebär att landstinget, i strid med 11 kap. 1 § LOU och EU-domstolens dom i bl.a. mål C-532/06, sammanblandat omständigheter hänförliga till leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen. Upphandlingen har vidare skett i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att landstinget väsentligen har åsidosatt de grundläggande principerna om transparens och likabehandling under upphandlingen. Genom angivna brott mot LOU har bolaget avseende fem olika delområden inte tilldelats något ramavtal alls och avseende ett delområde endast tilldelats ramavtal som sista leverantör. Bolaget har därigenom lidit eller kan komma att lida skada.

Landstingets förfrågningsunderlag såvitt avser utvärderingen av kvalitets-kriteriet med användande av referenser uppvisar stora brister och är varken förenligt med bestämmelserna i LOU eller EU-domstolens praxis. Det är av stor vikt att om den upphandlande myndigheten använder sig av referenser inte sammanblandar leverantörskvalificeringen med anbudsutvärderingen. I 11 kap. 1 § LOU anges att innan kontrakt tilldelas enligt 12 kap. ska den upphandlande myndigheten kontrollera lämpligheten hos de leverantörer som inte har uteslutits enligt 10 kap. 1 och 2 §§. Bestämmelsen är ett uttryck för att kvalificeringsfasen, som avser krav på leverantören, och utvärderingsfasen, som avser krav på kriterier för bedömning av föremålet för upphandlingen, inte får sammanblandas. En sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen kan också utgöra ett sådant fel som kan möjliggöra ett ingripande enligt LOU (se bl.a. dom från Kammarrätten i Göteborg i mål nr 5910-08).

Vid genomgång av förfrågningsunderlaget och landstingets tilldelningsbeslut framgår att landstinget har avsett att använda sig av referenser i samband med endast utvärderingsfasen. Hela 60 procent av utvärderingen utgörs av kvalitet och i den delen är det enbart referenstagningen som ligger till grund för bedömningen. Det framgår av förfrågningsunderlaget att en betydande del av frågorna till referenserna egentligen är hänförliga till kvalificeringsfasen. När det gäller delkriterierna "Samarbete" samt "Produkter och tjänster", vilka tillsammans utgör 40 procent av utvärderingen, framgår uttryckligen att det är generella referenser, dvs. tre för anbudet gemensamma referenser, som landstinget avser att kontakta i den delen. Exempelvis kan det mycket väl bli på det sättet att landstinget vid utvärderingen av bolagets anbud avseende delområdet specialister i psykiatri väljer att kontakta tre referenser som bolaget har lämnat avseende andra delområden, vilket blir missvisande då det är den specifika tjänsten att tillhandahålla specialister i psykiatri som ska utvärderas. Det betyder alltså att det finns en betydande risk att landstingets utvärdering av kvalitet såvitt avser del-

kriterierna "Samarbete" samt "Produkter och tjänster" avseende ett visst delområde enbart baseras på vad referenser för andra delområden har lämnat för betyg om anbudsgivaren. En sådan generell modell tar sikte på kvalificeringsfasen, dvs. en anbudsgivare har tillräcklig förmåga och kapacitet att genomföra ett kontrakt, snarare än att utvärdera anbudsgivarens kvalitet avseende aktuellt delområde. När det gäller de konkreta frågor som ställs till referenserna avseende delkriterierna "Samarbete" samt "Produkter och tjänster" framgår det vidare tydligt att i vart fall flera av dessa totalt nio frågor tar sikte på förhållanden som ska bedömas inom ramen för kvalificeringsfasen. Det handlar vid dessa frågor om att slå fast den generella lämpligheten att som leverantör leva upp till de grundläggande krav som ställs och reda ut leverantörens erfarenhet, kvalifikationer och resurser. Alla dessa aspekter får endast beaktas i kvalificeringsfasen. De får därmed inte beaktas i utvärderingsfasen på sätt som landstinget nu har gjort. Dessutom ställer landstinget beträffande delkriteriet "Erfarenhet inom delområdet" endast en fråga till referensen. Den frågan är om företaget har bemannat inom det aktuella delområdet hos referensen. En sådan fråga tar uppenbart endast sikte på anbudsgivarens tidigare erfarenhet och är ett tydligt exempel på en omständighet som enbart kan beaktas inom ramen för kvalificeringsfasen. Tjugo procent av utvärderingen baseras på en fråga som avser kvalificeringsfasen och som överhuvudtaget inte ger något svar på frågan om kvaliteten. Den frågan kan alltså inte ligga till grund för någon utvärdering av leverantörens kvalitet inom ramen för utvärderingsfasen på sätt som nu har skett.

Avsikten med att utvärdera kvaliteten avseende ett visst delområde är självklart att det är just kvaliteten inom det specifika delområdet som utvärderas. Landstingets utvärderingsmodell innebär i stället att det mycket väl kan bli en generell bedömning av kvaliteten som ligger till grund för utvärderingen i stället för en specifik utvärdering av kvaliteten inom det aktuella delområdet. De referenser som landstinget lägger till grund för

utvärderingen av aktuellt delområde kanske inte alls har någon erfarenhet av leverantören inom det delområde som utvärderas utan endast erfarenhet inom andra delområden. Därtill kommer att landstinget mycket väl kan underlåta att inhämta svar från de referenser som faktiskt har angetts för aktuellt delområde. Detta skapar betydande osäkerhet och ger utrymme för betydande godtycklighet vid utvärderingen och utgör ett tydligt brott mot de grundläggande principerna om transparens och likabehandling. Varje delområde måste behandlas för sig vid utvärderingen. Det bolaget har invändningar mot är att landstinget i utvärderingsfasen har låtit referenserna svara på frågor som inte avser att utvärdera kvaliteten vad gäller det konkreta kontraktsföremålet utan att landstinget i stället har låtit referenserna svara på ett flertal frågor som tar sikte på kvalificeringsfasen. Av gällande praxis framgår att förekomsten av tilldelningskriterier ”smittar” vilket får till följd att samtliga kriterier i utvärderingsfasen bedöms som inte relevanta tilldelningskriterier. Det betyder att så länge som åtminstone en av landstingets frågor i utvärderingsfasen rätteligen hör hemma i kvalificeringsfasen så påverkas hela landstingets tilldelningskriterium såvitt avser frågan om kvalitet, varför hela kvalitetskriteriet inte kan anses utgöra något relevant tilldelningskriterium.

De tre generella referenserna i upphandlingen avseende delkriterierna ”Samarbete” och ”Produkter och tjänster” avser inte likvärdiga uppdrag i förhållande till det specifika delområde som landstinget avsåg att utvärdera. Vart och ett av de sex delområdena uppvisar betydande skillnaden i förhållande till varandra. Det finns bl.a. skillnader vad gäller uppdragens karaktär, önskemål vad gäller arbetstider, tillgänglighet, jourtjänstgöring, fackkunskaper, arbetsuppgifter m.m. Mot den bakgrunden är det viktigt att det faktiskt är referenser som har tidigare erfarenhet av aktuell leverantör inom just det aktuella delområdet som utvärderingen av kvaliteten avser. Det är ökad kvalitet av bemanningstjänster för respektive delområde som ska utvärderas.

Vidare framgår av svaret på fråga 6 i landstingets komplettering att det kan vara fall där landstinget har egna referenser på grund av att anbudsgivaren tidigare har utfört uppdrag inom landstinget och att det i sådana fall endast blir två andra referenser som landstinget kontaktar. För det fall en anbudsgivare har utfört uppdrag åt landstinget kan det alltså, men behöver tydligen inte, bli så att landstinget använder egna referenser. Det är således upp till landstinget att godtyckligt avgöra detta från fall till fall. Detta är otydligt och utgör bristande transparens. Exempelvis är bolaget en stor leverantör till landstinget sedan tidigare och har bemannat där sedan 2006 inom flera olika delområden. Landstinget har dock inte använt någon egen referens i det fallet. Om så hade skett skulle bolaget med stor sannolikhet ha fått ett högt betyg. Landstingets val i detta avseende har följaktligen haft stor påverkan på utgången av utvärderingen. Bolaget har utgått från att landstinget skulle använda sig av egna referenser i de fall detta var möjligt.

När det gäller utvärderingen av delkriteriet ”Erfarenhet inom delområdet”, vilket utgör 20 procent av utvärderingen, framgår det visserligen av förfrågningsunderlaget att landstinget endast tillfrågar referenser inom det aktuella delområdet, men det är endast en referens som tillfrågas. Därmed blir underlaget tämligen tunt och utrymmet för godtycke blir betydande. Det framgår inte heller hur landstinget väljer ut den enda referens som ska tillfrågas avseende det här delkriteriet.

Av förfrågningsunderlaget framgår att landstingets utvärderingsmodell i praktiken innebär att det är referenserna som utvärderar anbudsgivarna avseende kvalitetskriteriet. Landstinget gör ingen egen utvärdering av anbudsgivarna. Det enda som landstinget gör är att välja ut ett antal av de angivna referenserna och sedan skicka frågorna till dessa för att sedan mota svaret på frågorna som enligt en matematisk modell strikt omvandlas till poäng vilka ligger till grund för hela utvärderingen i den delen. En så-

dan modell framstår som godtycklig och slumpmässig och saknar helt transparens. För det första saknas i princip instruktioner till referenserna hur de ska förfara vid betygssättningen från 1 till 5. Det blir helt upp till varje enskild referens att tillämpa sin egen måttstock. I och med att det endast handlar om tre referenser som avgör 40 procent av utvärderingen blir effekten för varje avvikelse stor. Om en enstaka referens ger betyget 4 eller 5 kan vara helt avgörande för om ett anbud ska antas eller inte. För det andra har samma referens lämnat olika betyg avseende samma anbudsgivare inom loppet av endast några månader. Vid en jämförelse mellan de betyg som referenser lämnade inom ramen för landstingets tidigare upphandling som skulle göras om och de betyg som lämnats av samma referens avseende samma anbudsgivare inom ramen för upphandlingen har det framkommit att betygen varierar. Detta visar att landstingets utvärderingsmodell inte är tillförlitlig utan godtycklig. Det är fråga om en betydande skönsmässig bedömning som inte är förenlig med LOU och dess grundläggande principer.

När det gäller referenser är det vidare viktigt att det är den angivna referensen i form av exempelvis en vårdcentral som faktiskt avger utlåtande. Bolaget har uppmärksammat fall inom ramen för upphandlingen där det är medarbetare som sedan lång tid tillbaka har slutat hos referensen som ändå avgett betyg i referensens namn. Som exempel på detta kan nämnas att anbudsgivaren Läkarakademien har angett Gävle sjukhus som referens men där det framgår att det är en person som slutade där redan 2009 har svarat på frågorna. En person som har slutat hos referensen flera år tidigare kan inte uttala sig å referensens vägnar. Som exempel kan vidare nämnas att en av de referenser som bolaget angett, Sture Roos, tidigare har gett bolaget höga betyg vid utvärderingen men vid upphandlingen har han gett bolaget lägre betyg än tidigare. Även detta visar att landstingets utvärderingsmodell inte är tillförlitlig. Ytterligare ett exempel på tveksamheter rör anbudsgivaren Vårdassistans Sverige AB:s anbud. För delområdet specia-

lister i akutsjukvård har angiven referens själv angett att bolaget bemannat med ST-läkare inom internmedicin samt anesthesiologi. Detta är emellertid inte samma sak som att ha bemannat med en specialist i akutsjukvård. Vårdassistans borde därmed inte ha tilldelats något kontrakt avseende aktuellt delområde. Som sista exempel kan nämnas att anbudsgivaren Svensk Näringsssjukvård som referens har angett den vårdcentral där bolagets verkställande direktör arbetar.

#### 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. Det finns inte några som helst hinder att i utvärderingsfasen använda referenser så länge dessa huvudsakligen syftar till att fastställa det ekonomiskt med fördelaktiga anbudet. 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 referenterna 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 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 ovanstående bakgrund anser landstinget att anbudsutvärderingen inte har påverkats av ovidkommande hänsyn i strid mot kraven i LOU eller bakomliggande EU-rätt.



Landstinget är av den bestämda uppfattningen att det är en tjänst, bemanningstjänsten, som upphandlas och därmed ett kontraktsföremål. Denna tjänst omfattar förvisso olika delområden, dvs. olika kompetenser. Detta innebär dock inte att upphandlingen omfattar olika kontraktsföremål. Landstingets bestämda uppfattning är således att generella referenser avseende de två delkriterierna "Samarbete" och "Produkter och tjänster" är fullt godtagbart. Landstinget har efterfrågat kvaliteten på utförda uppdrag. Med utfört uppdrag avses bemanningsuppdraget som sådant, dvs. inte hur den bemannande läkaren/sköterskan genomfört sitt uppdrag. Det är således bolagets kompetens såsom bemanningsföretag som efterfrågas och inte den enskilde läkarens/sköterskans kompetens. Referens på respektive specialistområde avseende delkriterierna "Samarbete" respektive "Produkter och tjänster" vore aktuellt endast om landstinget sökte fastställa bolagets personalkompetens. Referenterna behöver inte besitta kunskap inom varje aktuellt delområde för att lämna referens för bolaget såsom bemanningsföretag. Landstinget har inhämtat referenternas svar i precis den ordning som följer av förfrågningsunderlaget. Tillvägagångssättet är därmed helt transparent och likabehandlande. Eftersom det är bolaget självt som lämnat referenserna finns det heller inget som helst utrymme för godtycklighet i val av referenser. Vid bedömning av huruvida de utvärderade frågorna är att betrakta såsom tillåtna, dvs. huruvida de är att betrakta såsom huvudsakligen hemmahörande i utvärderingsfasen eller inte samt huruvida de syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eller inte, måste självklart hänsyn tas till vad kontraktsföremålet i sig är för något. Av vad som framkommit i rättstillämpningen förstås att visst utrymme lämnats för undantag och brister avseende förfrågningsunderlagets utformning liksom utvärderingsmodeller. Av bolaget anförda omständigheter har inte begränsat bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Landstinget är av uppfattningen att såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingen är så klart och tydligt utformat att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden antagits. Landstinget har gjort bedömningen att vid refe-

renstagnning på delkriteriet ”Erfarenhet inom området”, bör sådan utföras på varje delområde separat. Det bakomliggande syftet med det valda tillvägagångssättet är att erfarenhet i hög grad bedöms komma att inverka på kvaliteten på slutresultatet på respektive delområde. Enligt landstingets uppfattning skulle kravet kunnat få oproportionerliga konsekvenser i förhållande till den upphandlade tjänsten som helhet om det uppställts redan i kvalificeringsfasen. Eftersom frågan avser huruvida anbudsgivaren har erfarenhet av bemanning på det aktuella delområdet eller inte, räcker det i denna del med en referens. Påstående om hur något godtycke skulle kunna göra sig gällande i detta sammanhang ställer sig landstinget frågande till. Landstinget ställer sig också frågande till bolagets kryptiska meddelande om att det inte framgår hur landstinget väljer denna enda referens inom delområdet. Bolaget har ju själv angett referens för varje delområde.

Det är riktigt att det angivits att landstinget självt kan agera referens. Även om landstinget inte kan se att detta på något sätt kan betraktas som rättsstridigt, har denna möjlighet inte nyttjats avseende någon anbudsgivare. Huruvida bolaget skulle erhålla högre betyg om landstinget agerat referent än om annan tidigare uppdragsgivare lämnat betyg är inget annat än ren spekulation. Men om detta är bolagets bestämda uppfattning kan man fråga sig varför bolaget inte lämnade landstinget som referens.

Risken för godtycklighet när det gäller betygssättning har landstinget svårt att se. Det givna alternativet vore att i stället låta referenterna med ord ge omdöme åt anbudsgivaren. Även om det sistnämnda är vanligt förekommande vill landstinget påstå att det alternativet innebär en större risk för godtycke och tolkningsutrymme för landstinget. Att omdömet måste överföras på en skala är en ren nödvändighet för utvärderingen, något annat låter sig inte göras. Att så skulle ske är också meddelat bolaget genom förfrågningsunderlaget och därför helt förutsägbart och transparent. Vad bolaget anfört om att gradskillnader i betygssättningen kan vara av helt avgö-

rande betydelse för en anbudsgivare inser också landstinget. Detta är ju själva idén med ett skal-/betygssystem. Att ett visst mått av skönsmässig bedömning ligger till grund för det betyg referenten lämnar anbudsgivaren ligger i sakens natur. Detta står emellertid inte i strid med LOU och går heller inte att helt undanröja. Oavsett om landstinget inte har specificerat vad som avses med ett, två, tre o.s.v. måste det stå helt klart att exempelvis värdet ett kommer att tilldelas lägre poäng än värdet två osv. Den utvärderingsmodell som landstinget valt i denna del är med god marginal tillräckligt tydliggjord för att varje referent med visst kunnande ska kunna lämna ett rättvisande omdöme.

Anledningen till det inträffade avseende Läkarakademien är den att personen var anbudsgivarens kontaktperson vid tillfället då de utförde uppdrag åt Gävle sjukhus. Det förhållandet att han numer inte är anställd hos Gävle sjukhus men ändå agerat referent står inte i strid med LOU. Vad bolaget anfört angående S Roos är en omständighet som landstinget inte kan råda över. Värt att nämna är dock att S Roos har lämnat omdöme åt tre anbudsgivare och ger maxbetyg till en anbudsgivare åt vilken han inte har några nuvarande kopplingar. Vad bolaget anför angående Vårdassistans Sverige AB:s anbud är korrekt och kommer föranleda rättelse av tilldelningsbeslutet. Denna påtalade brist kan inte föranleda annat än rättelse av tilldelningsbeslutet inom delområdet specialister i akutsjukvård. Den uppgift som bolaget lämnat angående Svensk Närsjukvård har landstinget kontrollerat. Uppgiften stämmer och landstinget inser att denna omständighet kan anses utgöra en otillbörlig jävsituation. Dock kan denna omständighet inte föranleda annat än rättelse av tilldelningsbeslutet på så sätt att Svensk Närsjukvård inte får använda sig av denna referens, och därmed möjligen får poängavdrag. Noterbart är dock att Svensk Närsjukvård inte tilldelats kontrakt.

## 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 1.2.4.3.4 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 1.2.5 "Helt eller delat anbud" anges att anbud kan lämnas på hela eller delar av förfrågan. Vi förbehåller oss rätten att anta anbudet helt eller delvis.

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. Referenstagningen kommer företrädesvis att genomföras via e-post. Kvalitetskriteriet, som är uppdelat i tre delområden, bedöms enligt följande.

- Samarbete 15 poäng. Består av sex delfrågor som vardera ger 1-5 poäng. Erhållen poängsumma divideras med 2. Medelvärdet av erhållna poäng från referenserna blir anbudets erhållna poäng på detta delområde.
- Produkter och tjänster 25 poäng. Består av fyra delfrågor som vardera ger 1-5 poäng. Erhållen poängsumma multipliceras med 1,25. Medelvärdet av erhållna poäng från referenserna blir anbudets erhållna poäng på detta delområde.
- Erfarenhet inom delområdet 20 poäng. Anbudsgivare som har erfarenhet av bemanning inom delområde som anbudet omfattar ska ha en referens som verifierar denna erfarenhet. Verifierad erfarenhet ger för aktuellt delområde 20 poäng. Saknas verifierad erfarenhet ger det noll poäng.

Erhållna kvalitetspoäng för de tre delområdena summeras och utgör anbudets totala kvalitetspoäng. 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 1D "referensfrågor" anges bl.a. följande.*

Erfarenhet inom delområdet (20 poäng)

Har företaget bemannat inom det aktuella delområdet (tjänsteområdet) hos Er? [kryssa i ja eller nej-ruta]

#### **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.

Bolaget har bl.a. gjort gällande att den generella modell som landstinget använt sig av vad gäller underkriterierna "Samarbete" och "Produkter och tjänster" och den fråga som ställts vad gäller underkriteriet "Erfarenhet inom delområdet" tar sikte på kvalificeringsfasen. Härutöver har bolaget bl.a. gjort gällande att det saknas instruktioner till referenserna hur de ska förfara vid betygssättningen vilket medför att utvärderingen blir godtycklig.

Förvaltningsrätten gör inledningsvis bedömningen att något generellt förbud mot att använda referenser i utvärderingsfasen inte finns, så länge dessa är ägnade att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av EU-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.

I nu aktuellt fall har landstinget upphandlat bemanningstjänster avseende sex olika delområden. Anbud har kunnat lämnas för ett eller flera områden och delområdena ska enligt förfrågningsunderlaget utvärderas var för sig. Grunden för tilldelning är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet där pris är viktat till 40 poäng och kvalitet till 60 poäng. Bedömningen av kvaliteten görs utifrån referenstagning. Av 60 poäng utgörs 40 poäng av underkriterierna "Samarbete" och "Produkter och tjänster" där underlaget utgörs av betyg från tre referenser som är gemensamma, oavsett vilket/vilka delområden som offererats. Resterande 20 poäng avser underkriteriet "Erfarenhet inom delområdet" där underlaget utgörs av ett ja- eller nej- svar från en referens.

Enligt förfrågningsunderlaget ska således de sex olika delområdena utvärderas var för sig. Som utvärderingsmodellen är utformad innebär den emellertid att huvuddelen av de referenser som lämnas inte nödvändigtvis är att hänföra till det eller de delområden som ska utvärderas. Enligt förvaltningsrättens mening kan det inte uteslutas att en anbudsgivares kvalitet i bemanningen av ett delområde skiljer sig från dess kvalitet inom ett annat. Att vid sådana förhållanden använda tre för samtliga delområden gemensamma referenser, så att referenser som har erfarenhet av anbudsgivaren inom ett delområde kommer att ligga till grund för utvärderingen inom ett annat område, är enligt förvaltningsrättens mening inte ämnat att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet inom respektive delområde. Utvärderingen har således i denna del, dvs. avseende kvalitetskriterierna "Samarbete" och "Produkter och tjänster", påverkats av ovidkommande hänsyn varför den strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.

När det gäller kvalitetskriteriet "Erfarenhet inom delområdet" gäller frågan till referensen huruvida anbudsgivaren bemannat inom det aktuella delområdet eller inte. Som kriteriet är utformat syftar det enligt förvaltningsrättens mening typiskt sett till att avgöra anbudsgivarnas förmåga att utföra det aktuella uppdraget, således ett kvalificeringskrav. Som sådant kan det inte anses utgöra ett utvärderingskriterium. Även i denna del har således utvärderingen påverkats av ovidkommande hänsyn och strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.

I den bilaga 1C som ska fyllas i av referenterna avseende "Samarbete" och "Produkter och tjänster", anges att bedömningarna ska göras genom en markering i en poängskala 1-5, där 1 poäng representerar det lägsta betyget och 5 det högsta betyget. Förfrågningsunderlaget ger inte någon närmare ledning för vad referenterna ska väga in för att anbudsgivarens kvalitet vad gäller "Samarbete" och "Produkter och tjänster" ska anses vara värd ett högt betyg respektive ett lågt betyg eller vilken poängnivå som motsvarar



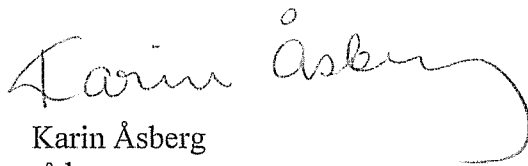
gränsen för en godkänd leverans. Den utvärderingsmodell landstinget valt innebär att utfallet av upphandlingen till stor del är beroende av referenternas betygssättning. Med hänsyn till detta finner förvaltningsrätten att det sätt på vilket landstinget utformat kvalitetskriterierna ”Samarbete” och ”Produkter och tjänster” lämnar ett så stort utrymme för godtycklighet hos referenterna att leverantörerna saknat tillräcklig möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid anbudens prövning. En sådan bristfälligt formulerad utvärderingsmodell strider enligt förvaltningsrättens mening mot principen om transparens (jfr Kammarrättens i Stockholm dom den 1 oktober 2009, mål nr 3582-09).

Bolaget riskerar till följd av bristerna i upphandlingen att lida skada. Eftersom bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan de inte rättas på annat sätt än att upphandlingen görs om.

Eftersom förvaltningsrätten kommit till detta slut redan genom vad bolaget anfört ovan saknas det därmed anledning att pröva de omständigheter i övrigt som bolaget har anfört som grund för ingripande i upphandlingen.

Upplysningsvis har förvaltningsrätten denna dag meddelat dom i mål nr 5671-11, 5687-11, 5688-11 samt 5700-11 rörande samma upphandling. I mål nr 5687-11 samt 5688-11 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 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 3109/1A LOU