



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2016-04-06  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
1127-16  
1200-16



Ankomstdatum  
2016-04-06

**SÖKANDE**

NGS Group Aktiebolag, 556535-1128  
Holländargatan 13  
111 36 Stockholm

**MOTPART**

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

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

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

**BAKGRUND OCH YRKANDEN**

Landstingen genomför genom sin gemensamma inköpsavdelning en upphandling avseende ramavtal för bemanningstjänster läkare till område psykiatri, dnr DU-UPP15-0118. Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är ekonomiskt mest fördelaktigt anbud. Landstingen ämnade enligt förfrågningsunderlaget i upphandlingen att anta maximalt åtta anbud enligt rangordning. Landstingen meddelade den 16 februari 2016 ett tilldelningsbeslut enligt vilket åtta andra leverantörer än NGS Group Aktiebolag (Bolaget) tilldelades kontrakt i upphandlingen.

Dok.Id 244110

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	013-25 11 40	måndag – fredag 08:00-16:00

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten i första hand beslutar om rättelse med innebörden att en ny anbudsutvärdering ska genomföras varvid de anbudgivare som inte uppfyller kravet på referenspersoner i ledande ställning utesluts och Bolaget tilldelas kontrakt, samt i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Landstingen anser att ansökan om överprövning ska avslås.

### **VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT**

#### *Bolaget*

Punkten 3.6.2 i det aktuella förfrågningsunderlaget innehåller det obligatoriska kravet att referenspersonen ska vara en person i ledande ställning hos uppdragsgivare som leverantören förmedlat läkare till. En "person i ledande ställning" är en person med mandat att fatta beslut om aktuella tjänster, till skillnad från en samordnande funktion som inte har mandat att fatta dessa beslut. En "ledande ställning" även innebär mandat att godkänna kostnaden och ansvar för uppföljning av kvaliteten, dvs. det är verksamhetschefer eller övriga chefer man efterfrågar i denna upphandling och att det är dessa som ska anges som referenspersoner. Denna specificering av vilken typ av referenspersoner som ska anges är någonting som Bolaget välkomnar och i sak inte har några invändningar mot. Den ger en säkrare och allmänt bättre referenstagning där man minimerar referenstagning som bygger på "kamratrelationer" som lättare utvecklas med samordnare och sekreterarstaben som man har den dagliga kontakten med. Landstingen har utöver kravet om att "referensperson ska vara person i ledande ställning" även krävt att tjänstetitel skulle anges. Detta visar enligt Bolaget tydligt att man avsåg att godkänna endast vissa befattningar och att det fanns en medveten tanke bakom att formulera detta krav.

Landstingen har emellertid godkänt referenspersoner från anbudsgivare med titlar som "stabssekreterare", "kontaktkonsult" och "samordnare". Detta handhavande strider mot de obligatoriska krav som Landstingen själv formulerat i förfrågningsunderlaget. Dessa referenspersoner bör underkännas och anbudsgivare som uppgett dessa referenspersoner bör följaktligen diskvalificeras då de inte uppfyller ställda obligatoriska krav i aktuellt förfrågningsunderlag.

Ett antal av de referenspersoner som faktiskt finns angivna i denna upphandling anser sig även själva inte ha en ledande ställning, och uppger att de skulle ha avböjt medverkan om de känt till att de förutsattes inneha en sådan, någonting som i sig är anmärkningsvärt. Bolaget har självt kontrollerat detta efter tilldelningsbeslutet.

I och med att referenstagningen varit så pass utslagsgivande i denna upphandling anser Bolaget att alla anbudsgivare skulle ha getts samma förutsättningar. Bolaget hade gärna lämnat sina dagliga kundkontakter som referenspersoner (flera av dessa är lämnade av Bolagets konkurrenter) om man i förfrågningsunderlaget gett förutsättningar för det.

Om kravet på att referenten skulle inneha en ledande ställning inte hade funnits hade Bolaget använt sig av pålitliga och erfarna kontaktpersoner och alla hade garanterat insett vikten av att lämna in svar.

Bolaget angav referenspersoner med hänsyn till det krav som ställts. Begreppet "ledande ställning" är självklart och absolut och Bolaget har agerat därefter. Det kan inte anses vara i enlighet med principerna om transparens och likabehandling att Landstingen i efterhand kan välja att bortse från ett krav som de själva formulerat i förfrågningsunderlaget.

Landstingen hävdar att det “stod klart att den efterfrågade informationen även kan lämnas av en samordnare eller motsvarande “ vilket är direkt felaktigt och helt ologiskt. Om Landstingen menar att detta stod klart för anbudsgivarna är detta direkt felaktigt. Den här informationen, att referenten i praktiken inte alls behövde inneha en ledande ställning, nämns ingenstans i förfrågningsunderlaget. Inte heller i frågor/svar har det gått att utläsa någon vidare tolkning av begreppet. Om Landstingen istället menar att det inte alls är nödvändigt för referenten att inneha en ledande ställning så borde formuleringen naturligtvis inte ha funnits med i förfrågningsunderlaget från början.

Landstingens påstående att Bolaget inte lidit skada av annat än det uteblivna svaret från sin egen referensperson är en förvrängning av sanningen. Bolaget har lidit skada på grund av att utvärderingen gjorts på otydliga grunder. Om Bolagets referensperson lämnat in sina svar hade Bolagets poäng visserligen räckt till en plats bland de åtta upphandlade leverantörerna. Det som är av yttersta vikt här är emellertid att Bolaget även hade fått denna plats – med eller utan svaren från referenten – om utvärderingen av övriga bolag gjorts enligt de regler och villkor som stipulerats i förfrågningsunderlaget. Om de bolag som angett referenter utan ledande befattning hade blivit diskvalificerade hade Bolagets slutliga poäng räckt till kontrakt. I detta fall hade Bolaget fått högre poäng trots de uteblivna svaren från sin ena referent. Genom att tillåta vissa anbudsgivare att delta i utvärderingen trots att de inte uppfyller ställda krav har Landstingen gagnat dessa bolag och missgynnat Bolaget. Dessa bolag har getts en orättvis fördel och Bolaget lider en uppenbar skada.

Mot bakgrund av det anförda borde Bolaget tillåtas att gå vidare och teckna avtal med Landstingen i upphandlingen. Antingen för att övriga bolags referenter underkänns i de fall de inte innehar ledande befattning, eller för att Landstingen ges möjlighet att justera sin egen kravspecifikation. Till exem-

pel kan Landstingen justera den ursprungliga planen att handla upp endast åtta leverantörer och istället besluta sig för att upphandla alla leverantörer som kvalificerade sig. Det skulle innebära att även Bolaget, som i dagsläget är kvalificerat enligt alla kriterier men som hamnade på plats nummer tio, skulle kunna tillfogas listan över upphandlade leverantörer.

### *Landstingen*

Landstingen har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Bolaget har inte lidit eller riskerar att lida skada.

I punkten 2.2.4.3 *Referensuppdrag* i förfrågningsunderlaget finns ett s.k. kvalificeringskrav på två godkända referensuppdrag. Överprövningen rör inte detta kvalificeringskrav utan ett utvärderingskriterium i punkten 3.6.2 i förfrågningsunderlaget. I kriteriet anges bl.a. att “referensperson ska vara person i ledande ställning hos uppdragsgivare som leverantören förmedlat läkare till”. Eftersom det är fråga om ett utvärderingskriterium kan knappast dess formulering ha medfört att någon leverantör avstått från att lämna anbud.

Vid genomgången av anbuderna kunde konstateras att ett antal leverantörer lämnat samordnare eller motsvarande som referenspersoner. Referenstagningen utgör en del av utvärderingen och syftar till att bedöma kvaliteten på tjänsten. Eftersom det stod klart att den efterfrågade informationen även kan lämnas av en samordnare eller motsvarande skulle det enligt Landstingens uppfattning, utifrån dessa förutsättningar, vara oproportionerligt att inte beakta den enbart på grund av referenspersonens befattning. Landstingen har i detta sammanhang inte heller haft anledning att betvivla att referenspersonernas poäng har grundats på någonting annat än respektive leverantörs utförande av tjänsten. Landstingen bedömde därför att referenstagningen med

beaktande av proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen, trots formkravets ordalydelse vad avser befattning, måste omfatta även andra befattningar med motsvarande insyn i leverantörens utförande av tjänsten.

I den här typen av upphandling är det vanligt med många anbud. För att avtalet inte ska bli för administrativt tungrott samt då Landstingen önskar ett nära samarbete mellan köpare och säljare under avtalstiden valde Landstingen att begränsa antalet leverantörer till åtta. Hade Landstingen vetat att upphandlingen skulle resultera i tio kvalificerade leverantörer hade antalet leverantörer lika gärna kunnat bestämmas till just tio. Landstingen motsätter sig således inte en sådan rättelse om förvaltningsrätten skulle finna att det finns utrymme för det samt att ingen leverantör kan antas lida skada.

Bolaget har lämnat två referenspersoner i ledande ställning varav svar har uteblivit från den ena. I upphandlingen har även samordnare uteblivit med svar varför Landstingen gjort bedömningen att inget anbud hamnat i ett sämre läge till följd av att samordnare eller motsvarande godtagits i referenstagningen. Förutsättningarna för hur referenstagningen skulle gå till har framgått av förfrågningsunderlaget och Bolaget har haft möjlighet att självt kontrollera att referenspersonerna svarat. Detta bör kunna förväntas av en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare, särskilt i en upphandling med denna omsättning.

Enligt Landstingens uppfattning har referenstagningen hanterats i enlighet med proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen och Bolaget har inte lidit skada av annat än det uteblivna svaret från sin egen referensperson. Skulle förvaltningsrätten finna att Landstingen brutit mot LOU och att Bolaget lidit skada av detta ser Landstingen, bl.a. mot bakgrund av avtalets omsättning, en stor risk för ytterligare processer. Landstingen yrkar därför att förvaltningsrätten vid eventuellt förordnande om rättelse av handläggningen av referenserna även prövar hur begreppet "ledande ställning"

ska tolkas i förhållande till syftet med kravet och tjänstetitlar som “konsultläkarsamordnare”, “kontaktkonsult”, “läkarsamordnare”, “hyrläkarsamordnare”, tidigare verksamhetschef, “stabssekreterare” och “verksamhetskoordinator” samt att förvaltningsrätten därutöver prövar om formkravet som sådant är förenligt med LOU och de grundläggande principerna. En rättelse i enlighet med Bolagets, som det får förstås, förstahandsyrkande (att inga samordnare eller motsvarande beaktas i referenstagningen) skulle medföra att avtal fortfarande kan tilldelas åtta stycken leverantörer.

## FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

Av **avsnitt 1.3 *Prövning och utvärdering av anbud*** framgår, såvitt här är aktuellt följande.

### *1.3.2 Leverantörens lämplighet – kvalificering av leverantör*

*Leverantören prövas mot kraven avseende kontroll av leverantörens lämplighet. Detta omfattar bl.a. leverantörens ekonomiska ställning, teknisk och yrkesmässig kapacitet och beskrivs i dokumentet Uteslutning och kvalificering av leverantör.*

### *1.3.3 Prövning av krav*

*Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller krav på leverantören, anbudet och efterfrågad tjänst. Anbudet prövas mot vart och ett av dessa krav. Om något av kraven inte uppfylls kan anbudet komma att förkastas.*

### *1.3.4 Tilldelning av kontrakt*

*Av de anbud som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget kommer de anbud antas som är de ekonomiskt mest fördelaktiga för köparen. Maximalt åtta anbud kommer att antas enligt rangordning. Det anbud som har lägst jämförelsevärde rangordnas som nummer 1, det anbud som har näst lägst jämförelsevärde rangordnas som nummer 2 och så vidare.*

*Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet definieras genom att de utvärderingskriterier, utöver pris, som ska bedömas vid utvärderingen på förhand värderas och ges ett mervärde i kronor. Varje kriterium värderas för sig och*

*anges i dokumentdel Uppdragsbeskrivning/Kravspecifikationen. Kriteriet kan uppfyllas helt eller delvis och bedöms utifrån en poängskala [...].*

*Bedömningen av kriterierna görs utifrån leverantörens svar i anbudet samt resultat av referenstagning.*

Av **avsnitt 2.2 Kontroll av leverantörens lämplighet – kvalificering av leverantör** framgår, såvitt här är aktuellt, följande.

#### *2.2.4 Leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet*

*Leverantören ska ha tillgång till teknisk och yrkesmässig kapacitet som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll.*

##### *2.2.4.3 Referensuppdrag*

###### **Krav**

*Leverantören ska ha erfarenhet av minst två liknande uppdrag inom bemanningsområdet som utförts med godkänt resultat inom den senaste 12-månadersperioden räknat från sista anbudsdag.*

###### **Bevis**

*Referenspersonen ska vara person i ledande ställning hos aktuell uppdragsgivare.*

Av **avsnitt 3.6 Utvärderingskriterier** framgår, såvitt här är aktuellt, följande.

#### *3.6.2 Referenser – kvalitet på erbjuden tjänst*

*Leverantören ska leverera god kvalitet på erbjuden tjänst och bör därför ha goda referenser. Kontroll av kvalitet görs med hjälp av referenstagning vilket sker genom att referenten ska svara på frågorna i bilaga 13.*

*[...]*

*Leverantören ska nedan namnge två referenspersoner samt uppge aktuell e-postadress, titel och kontaktuppgifter. [...] Referensperson ska vara person i ledande ställning hos uppdragsgivare som leverantören förmedlat läkare till.*



**SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET***Tillämpliga bestämmelser*

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

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

*Förvaltningsrättens bedömning*

I mål om ingripande enligt upphandlingslagstiftningen gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Bolaget har i målet gjort gällande att Landstingen inte iakttagit principerna om likabehandling och transparens när Landstingen i strid med vad som angetts i förfrågningsunderlaget för upphandlingen har låtit anbudsgivare som angett referenspersoner som inte har ledande ställning delta i anbudsutvärderingen istället för att diskvalificera dem. Vilken eller vilka av de åtta leverantörer som tilldelats kontrakt i upphandlingen som inte borde ha kvalificerats har Bolaget inte preciserat. Bolaget kan inte sägas ha ifrågasatt förfrågningsunderlagets utformning.

Landstingen har i sin tur hävdad att Landstingen inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och påpekat att det krav som Bolaget hänvisat till (i punkten 3.6.2 i förfrågningsunderlaget) är ett s.k. utvärderingskriterium och således inget obligatoriskt krav som anbudsgivarna var tvungna att uppfylla för att kvalificeras.

Förvaltningsrätten konstaterar att Landstingen på två ställen i det aktuella förfrågningsunderlaget har ställt krav på att de referenspersoner som en anbudsgivare ska ange i sitt anbud ska vara personer ”i ledande ställning”, dels beträffande kvalificeringskravet på minst två referenser från liknande uppdrag enligt punkten 2.2.4.3 och dels beträffande referenstagningar som underlag för bedömning av utvärderingskriterierna beträffande kvaliteten av erbjuden tjänst i punkten 3.6.2.

Förvaltningsrätten finner att det av punkten 2.2.4.3 klart och tydligt framgår att Landstingen har ställt ett obligatoriskt krav för att en anbudsgivare ska kvalificera sig till anbudutvärderingen, nämligen att anbudsgivaren lämnar referenser från referenspersoner ”i ledande ställning”. Att detta krav även framgår av punkten 3.6.2 förändrar enligt förvaltningsrätten inte kravets karaktär som ett obligatoriskt kvalificeringskrav i den aktuella upphandlingen. Att Bolaget i ansökan om överprövning hänvisat till ”fel” punkt i förfrågningsunderlaget är enligt förvaltningsrätten inte relevant då det av ansökan klart och tydligt framgår att det Bolaget gör gällande är att anbudsgivare som inte uppfyller obligatoriska kvalificeringskrav har tillåtits delta i anbudutvärderingen.

Frågan som uppkommer är då om Landstingen har brutit mot principerna om likabehandling och transparens på sätt som Bolaget gjort gällande genom att tillåta anbudsgivare som lämnat referenspersoner som har tjänstetit-

lar som "stabssekreterare", "kontaktkonsult" och "samordnare" att delta i anbudsutvärderingen.

Även om förfrågningsunderlaget inte innehåller någon definition av begreppet "person i ledande ställning" talar ordalydelsen för att det avser andra än "stabssekreterare", "kontaktkonsult" och "samordnare". Landstingen kan inte sägas ha motsagt Bolagets påstående om att personer som inte är "i ledande ställning" har godtagits som referenspersoner utan har istället fört ett resonemang om proportionalitet. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Landstingen frångått ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Att godkänna en leverantör trots att dennes anbud inte uppfyller kraven i upphandlingen är inte tillåtet (principen om likabehandling). I rättspraxis finns emellertid exempel på när avvikelser från ett obligatoriskt krav inte medfört att ett anbud förkastats (bl.a. Kammarrätten i Stockholms mål 2391-12 och Kammarrätten i Jönköpings mål 897-14). I sistnämnda avgörande uttalar kammarrätten att proportionalitetsprincipen, som ska upprätthållas genom hela upphandlingen, innebär att den uppgift som medför diskvalificering måste vara relevant för upphandlingen och inte rimligen vara av oväsentlig betydelse.

Bolaget framhåller att referenspersoner "i ledande ställning" ger en säkrare och allmänt bättre referenstagning där man minimerar referenstagning som bygger på "kamratrelationer" som lättare utvecklas med samordnare och sekreterarstaben som man har den dagliga kontakten med. Landstingen menar att den efterfrågade informationen även har kunnat lämnas av "samordnare eller motsvarande".

Förvaltningsrätten finner att kravet avseende referenspersoner är relevant och av sådan betydelse för upphandlingen att Landstingen inte har kunnat frångå kravet. Genom att ändå göra det har Landstingen vid prövningen av

anbudet i upphandlingen brutit mot bestämmelse i LOU. Eftersom Bolagets anbud utan detta upphandlingsfel hade antagits har felet medfört att Bolaget lidit skada. Det finns därmed grund för åtgärd enligt 16 kap. 6 § LOU. Felaktigheten i upphandlingen är sådan att åtgärden ska bestå i en rättelse, ny anbudsprövning.

Förvaltningsrätten finner inte skäl att därutöver yttra sig med anledning av vad parterna yrkat och anfört.

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

Magnus Wickström

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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, midsommarafteon, julafton eller nyårsafteon 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.