



SÖKANDE

1. Dedicare AB, 556516-1501

Ombud:
Tenders Sverige AB
Att: Therese Olausson
Nygatan 34
582 19 Linköping

2. Conscriptor AB, 556557-3846

Ombud:
Advokaten Robert Liljeson
Skarp Stockholm Advokatbyrå AB
Box 7467
103 92 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen

Ombud:
1. Lina Kolsmyr (mål nr 10582-13)
2. Roy Svensson (mål nr 10759-13)
Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) har genom förenklat förfarande genomfört en upphandling av ett ramavtal för "Bemanning av Läkarsekreterare", dnr SN 420-2011.

Av tilldelningsbeslut den 24 september 2013 framgår att andra leverantörer än Dedicare AB och Conscriptor AB vunnit upphandlingen. Av tilldelningsbeslutet framgår även att Dedicare AB inte har lämnat något anbud och att Conscriptor AB inte har kvalificerat sig till utvärderingen.

YRKANDEN M.M.

Mål nr 10582-13 Dedicare AB ./ Västra Götalandsregionen

Dedicare AB

Dedicare AB (Dedicare) har ansökt om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Dedicare anför i huvudsak följande.

VGR har i förfrågningsunderlaget angett ett karensvillkor som strider mot reglerna för upphandling. VGR har även gjort väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget. Med anledning av dessa krav har Dedicare inte lämnat något anbud.

Karenskravet

Enligt förfrågningsunderlaget gäller att "*Engagerade läkarsekreterare får ej vara eller ha varit anställda inom Västra Götalands läns landsting de senaste 6 mån före ett uppdrag hos beställaren.*"

Karenskravets lydelse strider mot upphandlingsreglerna och de grundläggande principerna om upphandling, framförallt principerna om proportionalitet och likabehandling. Dessutom strider det mot de skyldigheter som följer av artikel 4.1 respektive artikel 4.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2008/104/EG om arbetstagare som hyrs ut av bemanningsföretag (bemanningsdirektivet). Att det i svensk lagstiftning saknas motsvarighet till artikel 4.1 i bemanningsdirektivet får inte hindra dess genomslag, se C-106/77 och C-221/89. Trots detta och att lagstiftaren avskaffat den tidigare karensbestämmelsen i svensk lag då den stred mot direktivet, tillämpas kravet av VGR. Enligt artikel 4.1 i bemanningsdirektivet får begränsningar eller förbud endast motiveras av allmänintresset, arbetstagarens skydd, krav på hälsa och säkerhet i arbetet eller behovet av att garantera att arbetsmarknaden fungerar väl och att missbruk förhindras. Även den nationella arbetsgivarorganisationen anser att ett liknande karenskrav strider mot gällande regler.

Syftet med upphandlingen är att vid bristsituationer tillgodose behovet av läkarsekreterare inom VGR. Karenskravet torde endast syfta till att säkerställa att leverantörer inte konkurrerar med landstinget om dess arbetskraft. Kravet får dock som effekt att det utesluter delar av den arbetskraft som är bäst lämpad att utföra tjänsten. Om leverantören vid en bristsituation inte kan erbjuda arbetskraft på grund av det aktuella karenskravet kommer bristen att kvarstå hos VGR med sannolik påverkan på patientsäkerhet och vård-kvalitet. Kravet är således inte lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet. Kravet inskränker på upphandlingens syfte och är därmed ingen nödvändig åtgärd för att uppnå syftet med upphandlingen. Upphandlingens syfte kan uppnås utan nu aktuellt krav. VGR riskerar även att dra på sig onödiga kostnader till följd av kravet. Karenskravet är inte proportionerligt. Kravet strider även mot likabehandlingsprincipen eftersom leverantörer med nyanställd personal från VGR missgynnas.

Kravet strider även mot principerna om fri rörlighet för varor och tjänster. Dessa principer gäller även vid offentlig upphandling. Karenskravet skapar en inlåsnings effekt. VGR är en mycket stor arbetsgivare och i dagsläget är ca 3 100 läkarsekreterare anställda inom landstinget. Det är således mycket sannolikt att en läkarsekreterare vill byta en arbetsplats mot en annan men inom samma landsting. Med tanke på landstingets geografiska storhet är det vidare svårt för arbetstagaren att pendla till ett arbete i ett annat landsting. Det aktuella kravet hindrar således både arbetstagarens yrkesutövning och bemanningsföretagens verksamhet. VGR har inte heller visat att det föreligger en verklig risk för en strömning av anställda från VGR till bemanningsföretagen.

Försäkringskrav

VGR har även under annonseringstiden vidtagit åtgärder som innebär att nya obligatoriska krav har tillförts underlaget vilket medför att förfrågningsunderlaget har ändrats i väsentlig omfattning.

I förfrågningsunderlaget anges att *"Leverantören ska under hela avtalsperioden vidmakthålla erforderligt försäkringsskydd för sina åtaganden. När det gäller patientförsäkringen omfattas den aktuella verksamheten av den som tecknas av Västra Götalandsregionen."*

Under tiden för frågor och svar kom följande in:

Fråga: *"Eftersom ansvaret inte är reglerat i Avtalsvillkoren så kan det tolkas som obegränsat. Ett obegränsat ansvar har varken vi eller något företag i den bransch vi verkar täckning för. Vi undrar därför om ett kommande avtal kan innehålla ett beloppsbegränsat ansvar ..."*

Svar: *"Försäkringsskyddet får ej understiga 10 miljoner."*

Förfrågningsunderlaget innehöll inte något krav på försäkringsskyddets omfattning. Svaret innebär att ett nytt skall-krav har tillkommit under an-

nonseringstiden. Förändringen får anses vara väsentlig och den har en betydande kostnadsdrivande faktor för anbudssumman. Förändringar av väsentlig karaktär får inte göras under pågående upphandlingsprocess.

Skada

Dedicare har till följd av utformningen av kraven i förfrågningsunderlaget inte kunnat utforma ett optimalt konkurrenskraftigt anbud och därmed avstått från att lämna anbud. Dedicare är en av de största aktörerna inom vårdbemanning och hade med största sannolikhet tilldelats uppdrag om optimalt anbud hade kunnat lämnas. Dedicare lider därmed stor ekonomisk skada genom VGR:s agerande.

Västra Götalandsregionen

VGR anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

VGR har inte brutit mot reglerna i LOU eller de grundläggande principerna för upphandling. Det saknas därmed skäl att göra om upphandlingen. Dedicare har inte heller riskerat att lida sådan skada som avses i LOU. Det är även Dedicare som har att visa att det föreligger skäl att göra om upphandlingen.

Karenskravet

VGR:s behov av läkarsekreterare tillgodoses i allra största utsträckning genom anställning. Det är först vid bristsituationer som inhyrd personal är tänkt att användas. En sekreterare som hyrs in kostar betydligt mer än en anställd sekreterare. Det är ett väl övervägt val att uppställa det aktuella karenskravet för att undvika att en anställd sekreterare säger upp sig från VGR för att omedelbart ta anställning hos ett bemanningsföretag som VGR tecknat avtal med och därefter fortsätta samma arbetsuppgifter för VGR. I en sådan situation kan VGR tvingas köpa tjänster på ett sätt som inte varit

avsett. Ett slopat karenskrav riskerar således att motverka syftet med upphandlingen. Att man överhuvudtaget valt att upphandla läkarsekreterare är för att det är ett bristyrke och att VGR har svårt att rekrytera läkarsekreterare i den omfattning som behövs. Det är således reella risker som VGR har försökt att motverka genom det aktuella kravet. Avtalet löper vidare på två år med en möjlig förlängning på ytterligare två år. Karenskravet på sex månader kan således inte anses utgöra ett hinder för Dedicare att utföra upphandlade tjänster.

Genom den nya lagen (2012:854) om uthyrning av arbetstagare (uthyrningslagen) som trädde ikraft den 1 januari 2013, genomfördes bemanningsdirektivet i Sverige. Samtidigt upphävdes bl.a. bestämmelsen i 4 § arbetsförmedlingslagen som innebar ett generellt krav på bemanningsföretag om att en arbetstagare som sagt upp sig från en anställning och tar anställning hos en arbetsgivare som hyr ut arbetskraft inte får hyras ut till sin förra arbetsgivare tidigare än sex månader efter det att anställningen hos denne upphörde. Någon bestämmelse som reglerar frågan om karenstid finns varken i uthyrningslagen eller i bemanningsdirektivet. Att lagstiftaren valt att upphäva det generella kravet på bemanningsföretag om karenstid innebär inte på något sätt ett hinder för en upphandlande myndighet att själv fortsätta att på frivillig väg ställa motsvarande krav vid upphandling av bemanningstjänster. Inte heller strider ett sådant frivilligt krav mot bemanningsdirektivets artikel 4.1 eller EUF-fördraget.

Kravet om karens står i proportion till syftet med kravet. Något annat och mindre ingripande sätt att uppnå kravets syfte finns inte. Kravet gäller lika för alla leverantörer och alla leverantörer har fått exakt samma förutsättningar. Kravet på likabehandling är därför uppfyllt.

Försäkringskrav

I förfrågningsunderlaget anges att oklarheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget gärna kan bemötas skriftligt under den tid det finns möjlighet för leverantörerna att ställa frågor. Det anges också att om förfrågningsunderlaget behöver förtydligas/kompletteras med anledning av inkomna frågor lämnas skriftligt förtydligande/komplettering senast sex dagar före angiven sista anbudsdag till alla som begärt förfrågningsunderlaget. Den aktuella frågan och svaret har således redovisats till samtliga leverantörer som har begärt ut förfrågningsunderlaget, inklusive Dedicare. Dedicare har således fått del av de aktuella uppgifterna innan anbudstidens utgång. Några reaktioner med anledning av svaret har inte kommit, vare sig från Dedicare eller från någon annan leverantör.

Svaret innebär vidare inte någon väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Inget obligatoriskt krav har vare sig tillförts eller tagits bort. Svaret har inte heller inneburit någon väsentlig skillnad för leverantörernas anbudslämnande. Informationen är ett förtydligande av redan angett krav i förfrågningsunderlaget. I den mån det är fråga om en förändring framstår den som helt oväsentlig i förhållande till upphandlingen som helhet. Att göra om upphandlingen på denna grund skulle vara orimligt och det skulle sannolikt inte heller utgöra saklig grund för att avbryta upphandlingen. VGR kan under inga omständigheter se att informationen om att försäkringsskyddet inte får understiga 10 miljoner kan ha avhållit Dedicare från att lämna anbud.

Skada

Dedicare har inte riskerat att lida sådan skada som avses i LOU. Bolaget har inte lämnat anbud i upphandlingen. VGR ifrågasätter även om den kritik som Dedicare har riktat mot upphandlingen påverkat bolagets möjligheter att lämna anbud.

Mål nr 10759-13 Conscriptor AB ./ Västra Götalandsregionen

Conscriptor AB

Conscriptor AB (Conscriptor) har ansökt om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Conscriptors anbud ska tas med vid utvärderingen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Conscriptor anför i huvudsak följande. Conscriptors anbud har inte ansetts uppfylla kompetenskravet på två års erfarenhet av bemanning av läkarsekreterare och har därmed uteslutits från utvärderingen. Conscriptor har i sitt anbud beskrivit fem års erfarenhet av bemanning av läkarsekreterare och uppfyller därmed ställt krav om två års erfarenhet. Conscriptor har även – i enlighet med ställt krav – lämnat två referenser. Det är således visat att Conscriptor uppfyller ställt krav. Två av de godkända anbuden har dessutom godkänts trots brister i referenser. Eftersom övriga leverantörer inte har uteslutits på grund av bristande kravuppfyllelse avseende kompetenskravet har likabehandlingsprincipen inte upprätthållits. Det har inte heller av förfrågningsunderlaget framgått att det skulle föreligga skillnader på privata och offentliga referenser. Om så är fallet har VGR inte heller uppfyllt transparensprincipen. Om kravet ska tolkas som att endast offentliga referenser godtas strider kravet dessutom mot proportionalitetsprincipen. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att den efterfrågade beskrivningen skulle utformas på ett särskilt sätt. Bolaget har lidit skada på grund av VGR:s agerande.

Västra Götalandsregionen

VGR anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

VGR har inte brutit mot reglerna i LOU eller de grundläggande principerna för upphandling. Conscriptor har inte heller lidit eller riskerat att lida sådan skada som avses i LOU.

I förfrågningsunderlaget anges att leverantören ska ha minst två års erfarenhet av bemanning av läkarsekreterare. För att styrka detta ska bl.a. en beskrivning av anbudsgivaren lämnas. Det får anses vara uppenbart att denna beskrivning ska vara kopplad till upphandlingsobjektet dvs. bemanning av läkarsekreterare. Conscriptor har visserligen lämnat en beskrivning av bolaget men beskrivningen synes närmast handla om digital journalhantering och inte bemanning av läkarsekreterare. Det går av de lämnade referenserna inte heller att utläsa att Conscriptor uppfyller ställt kompetenskrav. Det har dock inte varit något krav att referenserna ska vara offentliga aktörer.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i den lagen. Om så är fallet och detta har 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 § samma lag ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska enligt samma paragraf principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Förvaltningsrättens bedömning

Mål nr 10582-13 Dedicare AB ./ Västra Götalandsregionen

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att den upphandlande myndigheten har stor frihet att formulera kraven i förfrågningsunderlaget utifrån sina behov så länge dessa är transparenta och inte strider mot de grundläggande principerna i LOU. Ett förfrågningsunderlag ska dock vara så klart och tydligt utformat och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Kraven ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Även den upphandlande myndigheten ska tolka kraven på samma sätt under hela förfarandet. Detta följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Ställda krav ska även vara proportionerliga till det föremål eller den tjänst som upphandlas.

Skada

Eftersom Dedicare enligt uppgift inte har kunnat lämna anbud på grund av de nu aktuella kraven om försäkringsskydd och karens anser förvaltningsrätten att Dedicare har eller kan ha lidit skada på det sätt som avses i LOU.

Karensvillkor

VGR har upphandlat bemanning av läkarsekreterare. I den aktuella upphandlingen har det angetts ett karenskrav som innebär att engagerade läkarsekreterare inte får vara eller ha varit anställda inom VGR de senaste sex månaderna före ett uppdrag. Det är detta krav som bolaget i första hand anser vara felaktigt och stå i strid med proportionalitetsprincipen.

Bemanningsdirektivet (2008/104/EG) har införlivats i svensk lag genom lag (2012:854) om uthyrning av arbetstagare som trädde ikraft den 1 januari 2013. I samband med införlivandet togs även den s.k. karensregeln bort ur lagen (1993:440) om privat arbetsförmedling och uthyrning av arbetskraft. I samband med utredningen inför införlivandet av bemanningsdirektivet (SOU 2011:5) konstaterades att karensregeln försvårade uthyrning av arbetskraft och följaktligen utgjorde ett hinder mot sådan verksamhet i strid med artikel 4.1 bemanningsdirektivet. Det konstaterades även att regeln om karens inte var nödvändig för att tillgodose allmänintresset och att det inte fanns skäl att tro att den behövdes för att garantera att arbetsmarknaden fungerar väl eller att missbruk förhindras. Utredningen föreslog därför att regeln skulle avskaffas, vilket sedermera även skedde.

Mot bakgrund av ovanstående resonemang samt med hänsyn till den generella utformning kravet har getts i nu aktuellt förfrågningsunderlag menar förvaltningsrätten att det aktuella karensvillkoret får anses stå i strid med proportionalitetsprincipen. Enligt förvaltningsrättens mening hade kravet kunnat formuleras mindre generellt, och därmed mindre ingripande, utan att dess syfte hade gått förlorat. Eftersom VGR därmed har brutit mot de grundläggande principerna för upphandling föreligger det skäl att ingripa mot upphandlingen. Eftersom det aktuella kravet har påverkat det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

Mot bakgrund av utgången i målet saknas det skäl att pröva Dedicares invändning avseende försäkringsskydd.

Mål nr 10759-13 Conscriptor AB ./ Västra Götalandsregionen

Med hänsyn till att förvaltningsrätten ovan har funnit att upphandlingen har sådana brister att den ska göras om saknas det skäl att pröva Conscriptors yrkande om rättelse.

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målen har varit Lena Rehnberg.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.