



KLAGANDE

Region Jönköpings län

Ombud: Advokat Björn Lind och biträdande jurist Evelina Stein
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB
Box 684
551 19 Jönköping

MOTPARTER

1. Rett Bemanning Sverige AB, 556998-1185 (mål nr 795-17)
Ekonomikompentens
Box 364
651 09 Karlstad

2. Oy Doratone AB, Finland filial, 516404-6517 (mål nr 796-17)

Ombud för 2: Advokaten Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 27 februari 2017 i
mål nr 4880-16 och 4885-16, se bilaga A

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (ÄLOU)

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten beslutar, med ändring av förvaltningsrättens dom såvitt avser delområde 2, att avslå Oy Doratone AB:s ansökan om överprövning och att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har skett genom en ny utvärdering, i vilken anbudet från Rett Bemanning Sverige AB ska ingå.

BAKGRUND

Region Jönköpings län (regionen) genomför en upphandling som avser ramavtal för bemanning med inhyrda läkare för regionen. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande och är uppdelad på åtta olika delområden. Det har varit möjligt att lämna anbud på ett, flera eller samtliga delområden. Utvärdering sker separat för respektive delområde. Inom varje delområde kommer ett i förfrågningsunderlaget angivet antal leverantörer att antas och framtida avrop kommer att ske genom förnyad konkurrensutsättning mellan de leverantörer som antagits inom aktuellt delområde. Tilldelningsgrund är de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden utifrån en fastställd mervärdesmodell. Mervärdesmodellen innebär att de kvalitativa egenskaper som regionen beaktar tillmäts ett värde i kronor, dvs. ett fiktivt prisavdrag. Kvalificerade anbud utvärderas enligt kriterierna (i) *anbudspris*, (ii) kvalitet avseende *leveransförmåga* och (iii) kvalitet avseende *kontinuitet* i uppdragens genomförande.

Rett Bemanning Sverige AB (Rett Bemanning) har lämnat anbud avseende delområde 2–8 och Oy Doratone AB (Doratone) har lämnat anbud avseende delområde 2. Genom tilldelningsbeslut den 4 oktober 2016 antogs andra leverantörer inom aktuella delområden.

Rett Bemannings anbud avseende delområde 2–8 förkastades med motiveringen att det obligatoriska kravet på kreditvärdighet på minst 60 poäng enligt Creditsafes (eller motsvarande kreditinstituts) riskklassning vid tidpunkten för anbudsöppningen inte uppfyllts och det inte heller på annat sätt styrkts att anbudsgivaren har en stabil ekonomi motsvarande den efterfrågade.

Doratones anbud ansågs inte varit ett av de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden avseende delområde 2 och Doratone tilldelades därför inte kontrakt inom det delområdet.

Både Rett Bemanning och Doratone ansökte hos förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen. Rett Bemanning åberopade att bolagets anbud felaktigt har förkastats eftersom bolaget har lämnat fullgoda uppgifter för att samtliga obligatoriska krav ska anses uppfyllda. Doratone åberopade att regionen har brutit mot de grundläggande principerna om transparens, förutsägbarhet, öppenhet, likabehandling och proportionalitet genom att bortse från delar av bolagets anbud och därvid inte ha utvärderat hela anbudet, genom att i sin bedömning utvärdera andra faktorer än de som anges i förfrågningsunderlaget samt genom att utvärdera samma omständigheter under olika kriterier. Både Rett Bemanning och Doratone anförde att de har lidit skada till följd av regionens agerande.

Förvaltningsrätten har med anledning av Doratones ansökan förordnat om att upphandlingen avseende delområde 2 ska göras om på den grunden att förfrågningsunderlagets utformning av tilldelningskriterierna leveransförmåga och kontinuitet står i strid med de krav som följer av proportionalitetsprincipen.

Förvaltningsrätten har med anledning av Rett Bemannings ansökan funnit att det saknas grund för att utesluta Rett Bemanning från utvärderingen och har därför förordnat om att upphandlingen avseende delområde 3–8 inte får avslutas innan rättelse har skett genom ny anbudsprövning varvid anbudet från Rett Bemanning ska anses kvalificerat och prövas i sak i anbudsprövningen.

YRKANDEN M.M.

Regionen yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslår Doratones yrkande om att upphandlingen såvitt avser delområde 2 ska göras om och att kammarrätten i stället förordnar om rättelse varvid

anbudet från Rett Bemanning tillåts delta i utvärderingen i enlighet med förvaltningsrättens dom avseende delområde 3–8.

Regionen anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Doratone har i förvaltningsrätten angett att det i målet är tre frågor som är underställda domstolens bedömning: (i) om regionen i sin utvärdering har bortsett från information som Doratone har lämnat i sitt anbud och inte tagit med denna i sin bedömning, (ii) om regionen i sin utvärdering av Doratones anbud har beaktat andra bedömningsgrunder än de som anges i förfrågningsunderlaget och (iii) om regionen uppställt samma parametrar för utvärdering i flera utvärderingskriterier. På samtliga dessa punkter konstaterade förvaltningsrätten att Doratone inte förmått göra sannolikt att regionen brutit mot ÄLOU. Förvaltningsrätten har dock därutöver prövat om regionen i upphandlingen uppställt föreskrifter som strider mot proportionalitetsprincipen – trots att detta inte varit ett påstående som framförts av Doratone – och funnit att så var fallet. Förvaltningsrätten har därmed gått utöver vad som åberopats av Doratone i målet samt felaktigt tolkat förfrågningsunderlaget och däri angivna utvärderingskriterier. Genom att i sin dom gå utöver vad som åberopats av Doratone har förvaltningsrätten även förvägrat regionen möjligheten att påvisa att uppställda krav är proportionerliga.

Rett Bemanning medger bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Bolaget har inga synpunkter i fråga om Doratones ansökan om överprövning, men välkomnar regionens inställning i fråga om att Rett Bemannings anbud tillåts delta i utvärderingen.

Doratone motsätter sig bifall till överklagandet. För det fall kammarrätten överväger att bifalla överklagandet begär Doratone att målet återförvisas till förvaltningsrätten för prövning i sak av de grunder som åberopats av bolaget men som inte är en del av förvaltningsrättens avgörande, alternativt att kammarrätten prövar Doratones övriga invändningar mot upphandlingsförfarandet i sak och bifaller Doratones ansökan om överprövning.

Doratone anför i huvudsak följande. Det sätt på vilket regionen har genomfört upphandlingen strider mot dels de i 1 kap. 9 § ÄLOU stadgade grundläggande principerna om transparens, förutsebarhet, öppenhet, likabehandling och proportionalitet, dels de i 9 kap. 9 och 10 §§ ÄLOU stadgade reglerna om kommunikation och informationsskyldighet. Doratone har åberopat de omständigheter som förvaltningsrätten har grundat sitt avgörande på. Doratone har på ett omfattande och tydligt sätt redogjort för och visat att den aktuella upphandlingen på ett osedvanligt stort antal punkter har skett på ett sätt som strider mot ÄLOU. En av de invändningar som Doratone har framfört mot upphandlingen är det sätt på vilket tilldelningskriterierna kontinuitet och leveransförmåga har utformats i just de avseenden som förvaltningsrätten har lagt till grund för sin dom. Doratone har beskrivit och visat på vilket sätt regionen i utvärderingen har premierat att leverantörerna i anbudet namngivit läkare som ställs till förfogande för enskilda uppdrag, ett kriterium som förvaltningsrätten har ansett alltför betungande med hänsyn till osäkerheten och tidsaspekten och därmed stridande mot proportionalitetsprincipen. Doratone har därtill åberopat att upphandlingen i dessa delar strider mot de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. Förvaltningsrätten har inte redovisat de övriga invändningar som Doratone framförde mot upphandlingen, utan har bara domskälsvis kommenterat dessa. Om kammarrätten kommer fram till att förvaltningsrättens dom vilar på felaktig grund, bör därför målen återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av dessa invändningar. Alternativt bör invändningarna prövas av kammarrätten.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att förvaltningsrätten har tagit ställning till samtliga de invändningar mot aktuell upphandling som framförts i Doratones ansökan om överprövning.

Frågan som kammarrätten har att pröva är om förvaltningsrätten genom Doratones ansökan om överprövning har getts utrymme att förordna om ingripande enligt ÄLOU på den grunden att utvärderingskriterierna leveransförmåga och kontinuitet, så som de utformats i förfrågningsunderlaget, ställer för långt gående krav vad gäller utfästelser på individnivå och därmed står i strid med de krav som följer av proportionalitetsprincipen.

I mål om ingripande enligt ÄLOU 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 (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Doratone yrkade i sin ansökan om överprövning i första hand att förvaltningsrätten skulle förordna om rättelse genom ny utvärdering, varvid Doratone skulle tilldelas avtal, och i andra hand att upphandlingen skulle göras om. Som grund för förstahandsyrkandet åberopades att regionen dels hade bortsett från delar av Doratones anbud och därför inte hade utvärderat hela anbudet, dels hade använt sig av en bedömningsfaktor ("konkret förfrågan ställd") som inte fanns angiven i förfrågningsunderlaget. Som grund för andrahandsyrkandet åberopades att regionen hade handlat i strid med de grundläggande principerna om transparens och förutsebarhet genom att låta en och samma omständighet påverka ett flertal bedömningar, eftersom utvärderingsfaktorerna matchning, urval, bemanningssystem och bemanningspool hade utvärderats såväl i kriteriet leveransförmåga som i kriteriet kontinuitet.

Förvaltningsrätten har funnit att Doratone inte förmått göra sannolikt att regionen har prövat Doratones anbud på ett sätt som strider mot förfrågningsunderlaget eller mot de krav som följer av ÄLOU samt att det förhållandet att samma faktorer har beaktats inom ramen för två olika tilldelningskriterier inte innebär att förfrågningsunderlaget strider mot ÄLOU.

Förvaltningsrätten har emellertid, genom en egen tolkning av förfrågningsunderlaget, kommit fram till att det visserligen inte innehåller något uttryckligt krav på utfästelser eller andra bindande uppgifter på individnivå vad avser kriterierna leveransförmåga och kontinuitet, men att utformningen av vissa konkreta bedömningspunkter ändå talar för att så är fallet. Förvaltningsrätten har konstaterat att utformningen av förfrågningsunderlaget i den delen strider mot proportionalitetsprincipen.

Kammarrätten kan emellertid inte ur Doratones i förvaltningsrätten åberopade grunder och omständigheter eller argumentation i övrigt utläsa något påstående om att förfrågningsunderlaget innehåller brister på den punkten. Doratone anförde tvärtom att det av förfrågningsunderlaget inte kunde utläsas att det ställdes några krav på utfästelser på individnivå, men att det skulle strida mot proportionalitetsprincipen om så var fallet. Sistnämnda uttalande kan enligt kammarrättens mening inte anses utgöra ett sådant klart och tydligt angivande av brister i förfrågningsunderlaget att förvaltningsrätten kunde lägga detta till grund för sin prövning av om ett ingripande skulle göras. Förvaltningsrättens prövning har således gått utöver vad prövningsramen medger i detta fall.

Med hänsyn härtill ska överklagandet bifallas och förvaltningsrättens dom, såvitt avser delområde 2, ändras på så sätt att Doratones ansökan om överprövning avslås och att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse har skett genom en ny utvärdering, i vilken även anbudet från Rett Bemanning ska ingå.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Kammarrättsråden Bodil Stelzer (ordförande), Evalotta Grip (referent)
och Anders Davidson har deltagit i avgörandet.

Föredragande: Kammarrättsfiskalen Jenny Ulfsson