



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1
Anna Aktermo

DOM
2012 -06- 2 1
Meddelad i
Malmö

Mål nr
1389-12 E

SÖKANDE

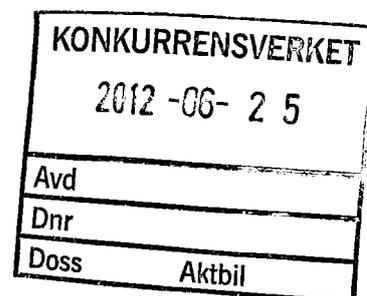
Medixx European APS
Nørregade 7 B
1165 Köpenhamn K

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Medixx European APS:s yrkande om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 104267

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför, med ett förenklat förfarande, en upphandling av "Bemannings tjänster, läkare och sjuksköterskor till Region Skåne" (dnr 1102135). I beslut om tilldelning den 3 februari 2012 anges vilka företag Region Skåne beslutat att teckna avtal med för respektive område och yrkeskategori.

Medixx European APS (Medixx) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att den ska göras om. Som grund för sin talan anför Medixx bl.a. följande.

Antal leverantörer

Region Skåne ska enbart utse tre till fyra leverantörer att leverera samtliga hyrläkare till samtliga specialiteter. Det framgår inte i förfrågningsunderlaget varför. Nischade, högkompetenta företag diskrimineras härigenom från möjligheten att leverera kvalificerade läkartjänster till konkurrenskraftigt pris och god leveranssäkerhet. Det är givetvis möjligt för regionen att öppna upp för flera leverantörer att lämna anbud på de olika specialiteterna och därigenom på ett mindre ingripande sätt säkerställa tillgången på kvalificerade hyrläkartjänster. Av förarbetena till LOU framgår det klart att lagstiftaren mycket tydligt markerar att upphandlande myndigheter måste överväga hur ramavtal ska utformas för att uppnå maximal konkurrens. Vidare framgår att det är olämpligt att teckna ramavtal med en eller få leverantörer för myndigheters räkning vilket kan medföra monopolliknande situationer. Beslutet att enbart utse så få leverantörer innebär att en monopolsituation skapas och att upphandlingen därigenom utestänger en stor del av potentiella leverantörer att medverka i konkurrensen. Landstingen ska i linje med reglerna i lagstiftningen och regeringens nationella upphandlingsmål sörja för utveckling av sin egen administrativa kompetens och effektivitet så att maximal konkurrens tillvaratas på marknaden genom att

underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar så att skattemedlen används på bästa sätt till nytta för medborgarna, den offentliga sektorn och näringslivet. I föreliggande upphandling där regionen inte garanterar några avropsvolymmer kan med fördel ramavtal med ett större antal leverantörer tecknas.

Erfarenhet

Region Skåne ställer som krav att anbudsgivaren ska ha flera års erfarenhet, ända sedan år 2008, av läkarförmedling till offentlig sektor och bifoga förteckning över de viktigaste tjänsteuppdragen som utförts de senaste fyra åren. Dessa krav står inte på något sätt i proportion till den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för att leverera hyrläkartjänster med hög kvalitet och till en konkurrenskraftig kostnad. Kravet är diskriminerande mot nystartade företag som har den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten och begränsar därmed möjligheterna för mindre leverantörer att konkurrera om avropen, helt i strid med regler och riktlinjerna för den offentliga upphandlingen.

Transparens och förutsägbarhet

Enligt LOU ska kriterierna för hur anbud ska godkännas och utvärderas vara transparenta och förutsägbara. Anbudsgivarna ska på förhand veta hur olika dokument och underlag ska bedömas. Så är inte fallet i denna upphandling. Bedömning av de olika kriterierna som syftar på kvalitet ger ett avsevärt utrymme för subjektivt godtycke. Det är omöjligt att på förhand exakt avgöra vad som ger 3 poäng, 2 poäng osv. Referensernas betygsättning rörande olika frågeställningar ger likaså utrymme för subjektivitet och godtycke där det stora antalet referensers tyckande utgår ifrån subjektiva preferenser och egna referenspunkter. I redovisningen av utvärderingen framgår inte hur anbudsgivarna har svarat och kopplingen till betygsättningen. Bedömningen blir därmed skev, partisk och subjektiv. Detta är oacceptabelt med utgångspunkt från reglerna om transparens och förutsäg-

barhet. Utvärderingsmodellen är utformad så att poängsättningen blir ett resultat av en relativ värdering mellan anbudsgivarna. Graden av tydlighet, struktur m.m. blir beroende av hur andra anbudsgivare har svarat.

Region Skåne bestrider bifall till yrkandet och anför bl.a. följande.

Antal leverantörer

Av förfrågningsunderlaget under rubrikerna ”1.1.5. Upphandlingsobjekt och omfattning” samt ”1.2.13. Bedömningskriterier” framgår att upphandlingen avser totalt sex delområden och att för vardera delområde kommer avtal tecknas med mellan tre till fyra leverantörer. Det kan redan mot denna bakgrund konstateras att Medixx påstående att Region Skåne enbart ska utse tre till fyra leverantörer att leverera samtliga hyrläkare till samtliga specialiteter är direkt felaktigt. Region Skåne har i stället delat upphandlingen i flera delområden, en uppdelning som har gjorts just med avsikten att även mindre – och i många fall nischade leverantörer, dvs. sådana som enbart levererar läkare och sjuksköterskor med en viss inriktning – ska kunna komma ifråga för uppdrag. Av tilldelningsbeslutets bilaga 1 ”Upphandlingsrapport” framgår också att totalt sett så mycket som 17 leverantörer har inkommit med anbud. Med stöd av det anförda kan konstateras att konkurrenssituationen är god och att upphandlingen har utformats på ett sätt som innebär att även nischade samt små och medelstora företags konkurrenskraft tillvaratas.

Erfarenhet

Region Skåne har i upphandlingen valt att lägga relativt stor vikt vid sådana omständigheter som leveranssäkerhet, kvalitet och erfarenhet. Detta har gjorts helt avsiktligt då tidigare erfarenheter har visat att många leverantörer av bemanningstjänster inte förmått att de facto genomföra efterfrågade leveranser. Region Skånes viktning framgår klart och tydligt av upphandlingsunderlaget och det är därefter upp till anbudsgivarna att an-

passa sina anbud, däribland anbudspriser, till den i upphandlingen valda viktningen och även i övrigt uppställda krav. Tilläggas kan att under anbudstiden har i fråga/svars-rutinen följande kommunicerats.

Fråga avseende punkt 2 respektive delområdes bilaga:

I punkten står det "anbudsgivaren skall ha levererat specialistläkare inom aktuella områden sedan minst år 2008". Vår fråga är om det är tillräckligt att det inom företaget finns personal som levererat specialistläkare inom aktuella områden sedan minst år 2008?

Svar från 11-11-18:

Ja. Detta bör dock lämpligen framgå i anbudet.

Av det anförda framgår att det krav på erfarenhet som uppställs är ytterst modest. Det uppställda kravet utgör därmed inte något hinder för nystartade företag. Det är således fullt tillräckligt att det hos anbudsgivaren finns en enda anställd som har den efterfrågade erfarenheten av att leverera. Det kan därmed konstateras att inte heller det av Medixx ifrågasatta kravet på erfarenhet kan sägas begränsa små och medelstora företags möjligheter att delta i upphandlingen.

Transparens och förutsägbarhet

Den aktuella upphandlingen har redan innan Region Skånes tilldelningsbeslut överprövats av Förvaltningsrätten i Malmö, mål nr 11505-11, efter ansökan av Transmedica A/S. I det målet ifrågasatte Transmedica A/S utvärderingsmodellen. Förvaltningsrätten i Malmö har genom dom den 23 januari 2012 avgjort den nu aktuella frågan om utvärderingsmodellens utformning och funnit att denna inte strider mot LOU. Av förfrågningsunderlagets punkt 1.2.13., särskild punkt i kravspecifikation för respektive område samt "Bilaga 9 Referensblankett" framgår att i upphandlingen har referenstagning skett med avseende på uppdragets utförande. Mer i detalj vad referenstagningen avser kan utläsas av de frågor som Region Skåne ställer till referenspersonerna, vilka frågor således har utgjort del i det annonserade upphandlingsunderlaget. Varje anbudsgivare har vidare på egen hand avgjort vilka referenspersoner som ska kontaktas, vilket innebär att

anbudsgivaren givits mycket goda möjligheter att anpassa referenstagningen utifrån de krav som ställs för det delområde som anbudet avser. Vid utvärderingen redovisas poängsättning på det sätt som angivits. Den valda modellen har varit klar och tydlig och uppfyller därmed högt ställda krav på transparens och likabehandling.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

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

Förvaltningsrättens bedömning

Antal leverantörer

Medixx anför att Region Skåne enbart ska utse tre till fyra leverantörer att leverera samtliga hyrläkare till samtliga specialiteter, och menar att upphandlingen därmed inte blir tillräckligt konkurrensutsatt samt att nischade, högkompetenta företag härigenom diskrimineras. Av upphandlingsunderlaget framgår att upphandlingen är uppdelad i tre olika delområden avseende läkare för vilka separata anbud lämnas, nämligen Sjukhusen inom

Region Skåne, Primärvården Skåne och Psykiatri Skåne. Vidare framgår att tre till fyra leverantörer ska utses för varje delområde, vilket också har skett genom beslut om tilldelning den 3 februari 2012. För Sjukhusen Region Skåne gäller att anbudsgivaren ska tillhandahålla specialistläkare inom ett antal uppräknade områden (Internmedicin, Ögon, Patologi m.fl.), för Primärvården Skåne att anbudsgivaren ska tillhandahålla specialistläkare inom allmänmedicin och för Psykiatri Skåne specialistläkare i psykiatri (punkten 1.2.2 i de särskilda kravspecifikationerna för respektive delområde). Såvitt förvaltningsrätten kan förstå menar Medixx att Region Skåne borde ha delat upp upphandlingen vad avser läkartjänster i ännu fler delar/områden, så att t.ex. enbart läkare med specialistkompetens Internmedicin skulle kunna offereras avseende området Sjukhusen Region Skåne, för att tillgodose det upphandlingsrättsliga kravet på konkurrens. Även om det är möjligt att ett sådant upplägg hade kunnat leda till fler anbudsgivare anser förvaltningsrätten emellertid inte att Region Skånes utformning av upphandlingsunderlaget kan anses vara konkurrensbegränsande på ett sätt som skulle strida mot den upphandlingsrättsliga regleringen. Upphandlingen har alltså enligt förvaltningsrättens bedömning varit öppen för konkurrens.

Erfarenhet

Medixx anför vidare att kravet på att "anbudsgivaren skall ha levererat specialistläkare inom aktuella områden sedan minst år 2008" är oproportionerligt och diskriminerande mot nystartade företag som har den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten. Mot bakgrund av det förtydligande/den uppmjukning av kravet som framgår av frågor och svar, nämligen att det är tillräckligt att det inom företaget finns personal som levererat specialistläkare inom aktuella områden sedan minst år 2008, anser förvaltningsrätten inte att kravet kan anses oproportionerligt och diskriminerande mot nystartade företag. Upphandlingen strider därmed inte heller i detta avseende mot LOU.

Transparens och förutsägbarhet

Medixx anför slutligen att utvärderingsmodellen brister i transparens och förutsägbarhet eftersom bedömningen av de olika kriterier som syftar på kvalitet ger ett avsevärt utrymme för subjektivt godtycke samt att referensernas betygsättning rörande olika frågeställningar likaså ger utrymme för subjektivitet och godtycke.

Förvaltningsrätten har i dom den 23 januari 2012 i mål nr 11505-11 efter ansökan om överprövning av Transmedica A/S, i ett tidigare skede av samma upphandling, prövat utvärderingsmodellen såvitt avser kvalitetskriterierna i delar som då angreps av Transmedica A/S. Rätten har därvid funnit att förfrågningsunderlaget och dess bilagor får anses ge anbudsgivarna en tillräckligt god bild av vad Region Skåne kommer att lägga vikt vid vid sin utvärdering för att kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud och att vad Transmedica A/S anført inte visade att utvärderingsmodellen i sådan mån brister i transparens eller ger utrymme för godtycklighet att den strider mot LOU. Av domen framgår att Transmedica A/S anført att Region Skåne inte beskrivit hur man ska bedöma om ett svar är ”utförligt, underbyggt och övertygande” och att detta ger Region Skåne oacceptabelt utrymme för godtyckliga bedömningar. Förvaltningsrätten har vidare i domar denna dag i mål nr 1398-12, 1417-12 respektive 1432-12 – efter ansökningar om överprövning av Vårdassistans Sverige AB, Proffice Care Läkarbemanning AB respektive Agito Sverige AB – gjort bedömningen att förfrågningsunderlaget och dess bilagor i nu aktuell upphandling får anses ge anbudsgivarna en tillräckligt god bild av vad Region Skåne kommer att lägga vikt vid vid sin utvärdering för att kunna utforma ett konkurrenskraftigt anbud även beträffande vad som avses med ”tillfredsställande” svar när det gäller kvalitetskriterierna. Medixx har inte anført något nytt angående de kvalitetskriterier i utvärderingsmodellen som Region Skåne ska bedöma som ger anledning till en annan bedömning än att underlaget inte brister i transparens i sådan mån att det skulle strida mot LOU.

Vad gäller av Medixx påstådda brister i transparens samt godtycklighet vad avser referenspersonernas betygsättning konstaterar förvaltningsrätten att det av upphandlingsunderlaget framgår vilka frågor för respektive område som ska ställas till referenspersonerna, dvs. vad som ska betygsättas, att betygsättning ska göras med poäng mellan 0-3 för respektive fråga samt vilken bedömning varje poäng mellan 0-3 ska motsvara. Enligt förvaltningsrätten är förfrågningsunderlaget med bilagor därmed tillräckligt transparent även i detta avseende. Att svaren i viss mån är subjektiva ligger i sakens natur.

Vad Medixx anfört visar alltså enligt förvaltningsrättens bedömning sammanfattningsvis inte att utvärderingsmodellen brister i transparens eller ger utrymme för godtycklighet i sådan mån att den strider mot LOU. Medixx yrkande om ingripande enligt LOU ska följaktligen avslås.

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



Ola Brändström



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU