



Avd. 3

SÖKANDE

Läkarleasing Sverige AB, 556678-4426
Sankt Görans gatan 57
112 38 Stockholm

Ombud: Advokaten Malin Albert och Jur.kand. Lorentz Reige
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 1050
101 39 Stockholm

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Box 1111
405 23 Göteborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2016-09-29	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag (Upphandlingsbolaget) har genomfört en upphandling av ramavtal avseende inhyrning av legitimerade sjuksköterskor, dnr 368/15. Upphandlingen är uppdelad i två delområden, ”Hemsjukvård och särskilda boenden” respektive ”Skolhälsovård”. Läkarleasing AB (Läkarleasing) lämnade anbud på delområde ”Hemsjukvård och särskilda boenden”. Av tilldelningsbeslutet framgår att andra anbudsgivare än Läkarleasing Sverige AB tilldelats kontrakt i upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Läkarleasing ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Läkarleasing anför i huvudsak följande. Upphandlingsbolaget har genomfört upphandlingen i strid mot de grundläggande principerna om proportionalitet och likabehandling i LOU. Enligt den utvärderingsmodell som tillämpas kan anbud tilldelas upp till 1000 poäng uppdelade på ett antal kriterier. En anbudsgivare som är auktoriserad tilldelas 360 poäng. Detta kriterium har således en avgörande betydelse för utgången i utvärderingen, motsvarande ett obligatoriskt krav. Trots att det inte har varit bestämt i förväg hur många anbudsgivare som kommer att tilldelas kontrakt har Upphandlingsbolaget använt sig av omvänd utvärdering av anbuderna och därvid som det första steget beslutat att inte utvärdera anbud som inte uppfyllt kravet på auktorisation. Det kan noteras att endast anbudsgivare som saknat auktorisering bedömts vara inaktuella för kontraktstilldelning och att samtliga anbudsgivare som uppfyllt kravet på auktorisation bedömts vara aktuella för kontraktstilldelning. Detta bekräftar den avgörande betydelsen av kriteriet och det är uppenbart att kriteriets använts i syfte att utesluta anbudsgivare som inte är auktoriserade.

Det aktuella kravet på auktorisation strider mot LOU, bl.a. eftersom en anbudsgivare för att vara auktoriserad måste vara ansluten till kollektivavtal. Krav på kollektivavtalsanslutning anses strida mot principerna om proportionalitet, likabehandling och icke-diskriminering eftersom det är mer långtgående än vad som krävs för att uppnå det eftersträvade syftet och eftersom det verkar konkurrensbegränsande. Dessutom saknar ett krav på kollektivavtal koppling till upphandlingsföremålet om kollektivavtalet är tillämpligt på andra arbetstagare än de som ska utföra det upphandlade kontraktet eller om det innehåller villkor som inte direkt berör arbetsförhållanden. Dessutom innehåller Bemanningföretagarnas kriterier för auktorisation även andra krav som saknar koppling till kontraktsföremålet t.ex. krav på viss marknadsföring. Vidare får anbudsgivaren inte vara ett nystartat företag, utan måste ha varit etablerat under minst tolv månader för att kunna bli auktoriserat. Det är uppenbart att dessa villkor inte har med syftet med kravet att göra. Att vara auktoriserad kan inte ha ett värde i sig och är inget självändamål. Om syftet med kravet är att premiera viss kvalitet skulle detta kunna styrkas på fler sätt än genom auktorisation. Det aktuella kriteriet går utöver vad som krävs för att uppfylla sitt syfte och är således oproportionerligt. Det råder stor skillnad mellan att bestämma vilka egenskaper upphandlingsföremålet bör ha för att bäst uppfylla den upphandlande myndighetens behov och att ställa krav på den leverantör som ska tillhandahålla upphandlingsföremålet. I förevarande fall rör det sig om ett krav på leverantören och målet rör därmed inte frågan om upphandlingsföremålets förenlighet med LOU

Vidare är Bemanningföretagarna den enda organisationen i Sverige som genomför auktorisering av bemanningföretag vilket medför att en svensk leverantör utan kollektivavtal tvingas ansöka om auktorisation utomlands. Detta är orimligt och kriteriet kan ifrågasättas i proportionalitetshänseende även av detta skäl.

Dessutom har förfrågningsunderlaget varit otydligt eftersom det inte framgår hur många leverantörer som kommer att tilldelas kontrakt i upphandlingen. Vidare har det inte framgått i förfrågningsunderlaget att medlemskap i andra organisationer tillåts under förutsättning att villkoren för medlemskap är jämförbara med villkoren för auktorisation. Inte heller är det tydligt vilka krav som ska prövas vid en sådan jämförelse. Detta utgör en uppenbar brist i transparens hänseende.

Upphandlingsbolagets tillämpning av kravet på auktorisation har inneburit skada för Läkarleasing eftersom det medfört att Läkarleasing inte tilldelats kontrakt i upphandlingen.

Upphandlingsbolaget anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Att det aktuella utvärderingskriteriet har avgörande betydelse i den bemärkelsen att det i stor utsträckning premierar anbudsgivare som kan uppfylla det och därmed gör det svårare för anbudsgivare som inte uppfyller kriteriet står inte i strid med LOU eller upphandlingsprinciperna. Snarare är själva syftet med utvärderingskriterier att den upphandlande myndigheten ska kunna särskilja anbud åt i kvalitativt avseende och därmed identifiera det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Att vissa anbudsgivare inte uppfyller kriteriet och därmed missgynnas gör inte att det aktuella kriteriet utgör ett obligatoriskt krav. Auktorisationen innebär ett kvalitetsbevis för bemanningstjänsten och är ett lämpligt och effektivt kriterium för att premiera en hög kvalitet och seriösa leverantörer för tjänstens utförande. Såvida kriteriet inte är godtyckligt eller uppenbart osakligt ligger Upphandlingsbolagets preferenser av vad som ska premieras inom ramen för en upphandlande myndighets bestämmanderätt. Det ska därför inte ens prövas om kriteriet är proportionerligt (jfr RÅ 2010 ref. 78). Det kan dock noteras att Upphandlingsbolaget genom att välja auktorisation som ett utvärderingskriterium och inte ett obligatoriskt krav har valt det minst

ingripande alternativet i förhållande till kriteriets syfte. Därmed strider inte kriteriet mot proportionalitetsprincipen i och för sig.

Utvärderingskriteriet avseende auktorisation utgör inte ett krav på kollektivavtal eftersom det är ett utvärderingskriterium. Dessutom avser kriteriet auktorisation som sådan och inte kollektivavtalsanslutning. Kriteriet har inte angivit att anbudsgivaren måste vara auktoriserad genom en specifik aktör, även om Bemanningsföretagen användes som ett exempel i punkten 1.3.1.6 i förfrågningsunderlaget. En anbudsgivare har därför kunnat vara auktoriserad genom annan aktör som inte kräver kollektivavtalsanslutning för att auktorisation ska ges. Auktorisationen tillför ett mervärde eftersom beställarna vet att de företag som är auktoriserade är granskade och granskas återkommande för kontroll av bl.a. seriositet och affärsmässighet. Det är dessa kvalitativa värden som Upphandlingsbolaget avsåg att premiera, inte att anbudsgivaren är kollektivavtalsansluten.

Kriteriet har inte heller haft den av Läkarleasing påstådda effekten vilket är tydligt genom det faktum att det för området "Hemsjukvård och särskilda boenden" var tre leverantörer som erhöll mervärde för kriteriet auktoriserat bemanningsföretag men trots detta inte erhöll ramavtal. Utvärderingen har strikt följt de i underlaget angivna förutsättningarna.

Att en omvänd utvärdering har använts saknar betydelse i detta avseende. De anbudsgivare som varit de ekonomiskt mest fördelaktiga har kvalificerats, en efter en, till dess att bedömt behov av tjänsterna täcktes av leverantörerna. Antalet anbudsgivare som kommer att tilldelas ramavtal kan fastställas först sedan inkomna anbud har prövats i enlighet med utvärderingsmodellen eftersom antalet leverantörer är avhängigt kapaciteten i anbudet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Utredningen

Av förfrågningsunderlaget kan bl.a. annat utläsas följande.

1.3 KVALIFICERINGSKRAV

1.3.1 Krav på leverantören

...

1.3.1.6 Organisation och utförande

Leverantör ska bedriva verksamhet inom efterfrågat område.

Beskrivning av Leverantörens organisation för utförande ska anges i bilaga "Leverantörens organisation".

Beskrivningen ska vara max en (1) A4 sida och följa punkterna nedan.

Av företagsbeskrivningen ska framgå:

- Leverantörens huvudsakliga verksamhetsinriktning
- Organisation och ägarförhållande
- Hur länge Leverantören har bedrivit verksamhet inom efterfrågat område
- Om leverantören är auktoriserad av en branschorganisation - exempelvis Bemanningsföretagen i Almega.

...

1.6 GRUNDER FÖR TILLDELNING AV KONTRAKT

...

1.6.2 Beskrivning av utvärderingsmodellen

Upphandlingsbolaget begränsar utvärderingen till de Leverantörer som är aktuella för kontraktstilldelning.

...

5. Auktoriserat bemanningsföretag

Ja = 360 poäng

Nej = 0 poäng

...

För kriterie 1-6 kan Leverantören maximalt erhålla 1 000 poäng. Antagna blir de anbud med högst poäng för kvalitet.

...

Av utdrag från Bemanningsföretagens hemsida framgår bl.a. följande.

För att bli auktoriserad medlem måste företaget uppfylla följande villkor:

1. Utövar verksamhet inom bemanningsområdet sedan minst 12 månader.
2. Följer Bemanningsföretagens stadgar. Det betyder att företagen bland annat är skyldiga att följa svensk lagstiftning, lämna statistik och andra uppgifter till Bemanningsföretagen och Svenskt Näringsliv som vi behöver för att kunna göra vårt bästa för branschen.
3. Auktorisation i Bemanningsföretagen förutsätter att aktuell verksamhet bedrivs i juridisk person.
4. Visar upp den senaste årsredovisningen med revisionsberättelse och i övrigt styrker ordnad ekonomi.
5. Är bunden av kollektivavtal för det avtalsområde inom vilket företaget verkar.
6. Tillämpar minst Bemanningsföretagens Allmänna Leverensvillkor (Standardavtal).
7. Omfattas av Bemanningsföretagens Ansvarsförsäkring eller motsvarande.
8. Har fastställd jämställdhetsplan (om det krävs enligt lag).
9. Säkerställer att underleverantör är momsregistrerad, betalar skatter och avgifter, omfattas av underleverantörsförsäkring och är bunden av kollektivavtal för anställd personal.

10. Minst en person i ledande ställning i företaget har genomgått Bemanningsföretagens särskilda Auktorisationsutbildning.
11. Synliggör att det är ett auktoriserat medlemsföretag i sin marknadsföring och platsannonsering.
12. Genomgår auktorisationsnämndens årliga granskning.

Förvaltningsrättens bedömning

Läkarleasing har bl.a. anfört att kriteriet avseende auktorisation har en sådan avgörande betydelse för utgången i utvärderingen att det motsvarar ett obligatoriskt krav. Läkarleasing har vidare gjort gällande att kravet på auktorisation strider mot LOU och principerna om proportionalitet, likabehandling och icke-diskriminering, bl.a. eftersom en leverantör för att vara auktoriserad måste vara ansluten till kollektivavtal.

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. I punkt i 1.6.2 i förfrågningsunderlaget anges att auktorisation ger 360 poäng vid utvärderingen. Även om det aktuella kriteriet har viktats högt kan det inte anses medföra att det är att likställa med ett obligatoriskt krav. Det faktum att Upphandlingsbolaget använt en omvänd utvärdering innebär inte heller att kriteriet utgör ett obligatoriskt krav. Det aktuella kriteriet avseende auktorisation är enligt förvaltningsrättens mening alltså ett utvärderingskriterium och inte ett obligatoriskt krav i upphandlingen.

Upphandlingsbolaget har angett att syftet med kriteriet auktorisation bl.a. är att premiera en hög kvalitet och seriösa leverantörer för tjänstens utförande. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att ett av kraven för att bli auktoriserad genom Bemanningsföretagen i Almega är att företaget ska genomgå en årlig granskning. Dessutom krävs att man följer Bemanningsföretagens stadgar och villkor. Kollektivavtalsanslutning är således endast ett av totalt tolv krav

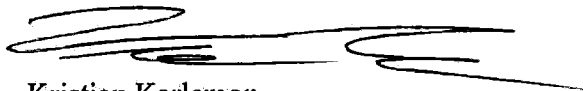
som måste vara uppfyllda vid auktorisation genom Bemanningsföretagen i Almega. Med hänsyn till dessa krav och det syfte Upphandlingsbolaget uppgett för kriteriet auktorisation får det aktuella kriteriet anses ha till syfte att mäta kvaliteten på den aktuella tjänsten. Förvaltningsrätten bedömer således att det aktuella utvärderingskriteriet kan anses vara kopplat till den aktuella tjänstens kvalitetsnivå och ge ett mervärde i upphandlingen. Utvärderingskriteriet är mot denna bakgrund ägnat att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Att använda det aktuella kriteriet och vikta det högt framstår, enligt förvaltningsrättens bedömning, som ett lämpligt och effektivt medel för att uppnå det eftersträvade syftet. Vidare har Läkarleasing inte visat att det går att uppnå samma sak med mindre ingripande åtgärder. Visserligen kunde Upphandlingsbolaget ha uppställt kriterier som motsvarar de som gäller för auktorisation, men detta hade rimligen inte inneburit samma prövning och kontroll som vid en auktorisation. Den negativa effekten framstår inte som oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Även om Bemanningsföretagen i Almega är den enda organisationen i Sverige som genomför auktorisering av bemanningsföretag så har det aktuella kriteriet utformats så att en leverantör kan erhålla poäng i upphandlingen genom att vara auktoriserad via annan aktör som inte kräver kollektivavtalsanslutning för att auktorisation ska ges. Mot bakgrund av ovanstående strider inte det aktuella utvärderingskriteriet mot proportionalitetsprincipen. Vad Läkarleasing anfört innebär inte heller att kriteriet kan anses strida mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

Läkarleasing och också anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt och brister i transparens. Av förfrågningsunderlaget framgår enligt förvaltningsrättens mening med tillräcklig tydlighet att antalet leverantörer som ramavtal kommer att tecknas med är avhängigt kapaciteten i anbudet. Då upphandlingen gäller ramavtal avseende inhyrning av sjuksköterskor, innebär det såsom Upphandlingsbolaget anfört att det inte går att förutse den

exakta omfattningen av behovet hos beställarna. Den omständigheten att antalet anbudsgivare som kommer att antas kan fastställas först sedan inkomna anbud har prövats i enlighet med utvärderingsmodellen medför inte i sig att förfrågningsunderlaget brister i transparens. Vidare anges i punkt 1.3.1.6 i förfrågningsunderlaget att det av företagsbeskrivningen ska framgå om leverantören är auktoriserad av en branschorganisation – exempelvis Bemanningsföretagen i Almega. I punkt 1.6.2 i förfrågningsunderlaget anges att auktorisation ger 360 poäng vid utvärderingen. Förvaltningsrätten anser att det aktuella kriteriet är tillräckligt väl beskrivet. Mot denna bakgrund konstaterar förvaltningsrätten att det tydligt framgår av förfrågningsunderlaget vad som krävs för att erhålla poäng avseende det aktuella kriteriet. Läkarleasing har således inte visat att utformningen av förfrågningsunderlagen brister i transparens.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att Läkarleasing inte har visat att Upphandlingsbolaget har överträtt någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Mot denna bakgrund har Läkarleasing inte heller visat att bolaget på grund av några brister i den aktuella upphandlingen har lidit eller riskerat att lida någon skada. Därmed saknas förutsättningar för ett ingripande enligt LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Kristian Karlemon

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Ingeli Lindell.



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. 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, 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

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. Btt 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.