



RÄTTEN

Kammarrättsrådet Peter Lihuvudh, ordförande
Kammarrättsrådet Evalotta Grip, referent

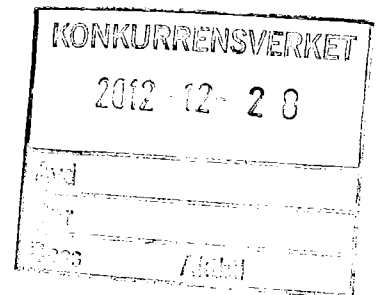
FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE

Referenten.

KLAGANDE

Kalmena Rek AB
Kungsgatan 13
352 31 Växjö

Ombud: Advokat Magnus Wennerholm
Advokatfirman Glimstedt Växjö AB
Box 124
351 04 Växjö



MOTPARTER

1. Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

2. MediCarrera SL
Balmes 191
08006 Barcelona
Spanien

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö's dom den 13 december 2012 i mål nr 2862-12,
se bilaga A

SAKEN

Prövningstillstånd i mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig
upphandling (LOU); nu fråga om avvisande av talan

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen
- Konkurrensverket

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning
-

Referenten anmäler följande.

Landstinget Blekinge har genomfört en upphandling avseende Rekryteringsstöd av
utländska specialistläkare och tandläkare. Landstinget beslutade den 27 juli 2012 att
anta Kalmena Rek AB (Kalmena) som leverantör.

MediCarrera SL (MediCarrera) ansökte om överprövning av upphandlingen och yrkade att Kalmenas anbud inte skulle kvalificeras till utvärderingsfasen. MediCarrera anförde till stöd för sin talan i huvudsak att Kalmena inte uppfyllde två obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten har genom det överklagade avgörandet beslutat att upphandlingen ska rättas på så sätt att den får avslutas först sedan Landstinget Blekinge genomfört en ny anbudsutvärdering.

Kalmena har nu överklagat förvaltningsrättens dom.

Målet föredras i erforderliga delar.

Kammarrätten fattar därefter följande

BESLUT

I LOU finns inte några särskilda bestämmelser om överklagande. Reglerna i förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL, blir därför tillämpliga.

Enligt 33 § andra stycket FPL får en förvaltningsrätts beslut överklagas av den som det angår, om det gått honom emot.

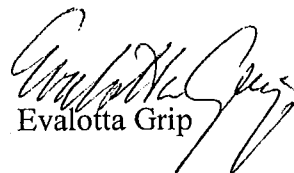
Högsta förvaltningsdomstolen har i ett antal avgöranden prövat frågor om talerätt i mål om offentlig upphandling. Bl.a. uttalades i rättsfallet HFD 2011 ref. 29 att när en domstol förordnat att en leverantör ska uteslutas från det vidare förfarandet eller mista ett tilldelat uppdrag genom att en annan leverantör ska utpekas som vinnande, ska avgörandet anses ha en sådan betydelse för ställningen som anbudsgivare att det angår leverantören och går denne emot i den mening som krävs för talerätt. I HFD 2011 ref. 85 slogs fast att det förstnämnda rättsfallet inte kunde utsträckas till att förstås så, att en leverantör som inte begärt överprövning hade rätt att föra talan mot domstols förordnande om rättelse genom en ny utvärdering. Det ansågs därvid sakna bety-

delse vad utfallet blev eller kunde bli vid en ny, rättad värdering. Högsta förvaltningsdomstolen har vidare i en dom den 13 februari 2012, mål nr 3129-11, uttalat att det av hittillsvarande praxis framgår att det för talerätt krävs att det överklagade beslutet i sig har en precis och påtaglig betydelse för klaganden, oavsett vad utfallet blir eller kan bli av den åtgärd som domstolen väljer. Frågan om talerätt måste avgöras med utgångspunkt i omständigheterna i det enskilda fallet.

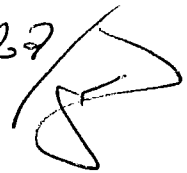
Kammarrätten konstaterar att förvaltningsrätten, i det överklagade avgörandet, i domslutet förordnat att upphandlingen får avslutas först sedan en ny anbudsutvärdering har genomförts. Kammarrätten anser inte att förordnandet har en sådan precis och påtaglig betydelse för Kalmena att bolaget har talerätt.

Kammarrätten avvisar därför Kalmenas överklagande.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Evalotta Grip

Protokollet uppvisat och beslut meddelat 2012-12-27





**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2012-12-13
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2862-12

SÖKANDE

MediCarrera SL
Balmes 191
08006 Barcelona
Spanien

MOTPARTER

1. Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

2. Kalmena Rek AB
Advokat Magnus Wennerholm
Advokatfirman Glimstedt Växjö AB
Box 124
351 04 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att den får avslutas först sedan Landstinget Blekinge genomfört en ny anbudsutvärdering.

Dok.Id 58908

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 E-post: fva@dom.se	0470-255 02	måndag – fredag 08:00-16:30

YRKANDEN M. M.

Landstinget Blekinge (landstinget) har genomfört en upphandling avseende Rekryteringsstöd av utländska specialläkare och tandläkare. Landstinget beslutade den 27 juli 2012 att anta Kalmena Rek AB (Kalmena) som leverantör.

MediCarrera SL (MediCarrera) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske på så sätt att ny utvärdering ska göras och att Kalmenas anbud inte ska kvalificeras till utvärderingsfasen. MediCarrera anför bl.a. följande. Kalmenas anbud uppfyller inte två obligatoriska skall-krav. Kalmena uppfyller inte skall-kravet om minst fyra rekryterade specialläkare eller tandläkare till minst tre uppdragsgivare, dvs minst 12 avslutade rekryteringar per uppdragsgivare med olika organisationsnummer under perioden den 2 juli 2010 till 2 juli 2012. I årsredovisningen för 2010 och 2011 framgår att Kalmena under perioden den 2 juli 2010 till 2 juli 2012 språkutbildat sammanlagt högst 15 läkare som kan anses levererade, dvs läkare som har avslutat språkundervisningen och påbörjat anställning under aktuell period. Kalmena har inför den sista kursen som räknas med under referensperioden, kurs 13, rekryterat en läkare till fyra landsting och två läkare till ett landsting. Kurs 13, juli 2011 – januari 2012 har nio deltagare. Det saknas information om de nio läkarna i kurs 13 har börjat arbeta, då denna information är sekretessbelagd i upphandlingen. Den upphandlade tjänsten består av tre delar, rekrytering, språkutbildning och relocation. Rekryteringsfasen kan uppskattas till högst en fjärdedel av projektet, räknat i tid och arbetsinsats. Det är orimligt att uppdrag som ännu inte är avslutade kan godkännas som "levererade". Oavsett om det är rekrytering med eller utan språkkurs är enda rimliga tolkningen att specialistläkarna eller tandläkarna ska ha påbörjat anställningen för att kunna anses som levererade. Två av fyra läkare, kirurgen och barnläkaren, som Kalmena presenterar som levererade har ännu inte påbörjat anställning vid

Landstinget i Jönköpings län. Kalmena genomförde inte rekryteringen av dessa två läkare och språkundervisningen påbörjades den 13 augusti 2012. Vid Landstinget i Jämtlands län har tre av läkarna påbörjat anställning under den aktuella perioden men radiologen påbörjade språkundervisning i augusti 2012 och anställningen är planerad till januari 2013. MediCarrera anser att Landstinget i Kalmar län inte kan vara referent eftersom en av Kalmenas medarbetare är personaldirektör vid Landstinget i Kalmar län. Kalmena uppfyller inte heller skall-kravet på en kurs som är på B-nivå för partners och barn från 6 år. Landstinget har inte visat den sekretessbelagda utbildningsplanen som beskriver hur Kalmena planerar att genomföra språkutbildningen för dessa. I de tre referensprojekten som MediCarrera presenterat så efterfrågades inte någon annan språknivå än B2, vilken också levererades. Referenterna uttalar sig därför om hur väl MediCarrera uppfyllde den avtalade nivån för det specifika uppdraget. Det ställs inte några krav från Landstinget Blekinge i upphandlingen på att referensprojekten ska ha uppnått språknivån C1.

Landstinget medger, såsom landstinget slutligen anför sin talan, bifall till MediCarreras ansökan om rättelse genom ny utvärdering av upphandlingen utan deltagande från Kalema och anför följande. Landstinget delar MediCarreras bedömning att det är först när leverantören levererat en klar anställd kandidat som kan börja arbeta som det är helt säkert att man har förmågan och kapaciteten att utföra den efterfrågade tjänsten. Efter kontakt med Kalmena och de två aktuella landstingen har konstaterats att kirurgen och barnläkaren som skulle ha levererats till Landstinget i Jönköpings län och radiologen som skulle ha levererats till Jämtlands läns landsting vid juni månads utgång ännu inte har påbörjat sin språkutbildning och än mindre börjat arbeta hos sin arbetsgivare. Kalmenas anbud kan därmed inte anses vara kvalificerat eftersom de inte uppfyller skall-kravet om att den senaste 24-månadersperioden ha levererat minst fyra styck kandidater till respektive referent.

Kalmena anser att MediCarreras ansökan ska lämnas utan bifall och anför följande. Vad gäller skall-kravet i punkt 3.3.5 är det Kalmenas bedömning att en kandidat måste anses levererad så snart överenskommelse träffats om anställning efter genomförd språkutbildning. Denna tidpunkt inträffar före det att språkutbildningen påbörjats och definitivt före anställningens påbörjande. Någon annan tolkning skulle avvika från ordalydelsen i förfrågningsunderlaget. MediCarreras tolkningar av Kalmenas årsredovisningar är vidlyftiga. Skall-kravet på svenskundervisning motsvarande B-nivå för medföljande partners och barn ska uppfyllas först vid genomförandet av uppdraget, dvs det är en avtalsfråga. Landstinget ställer inte krav på att anbudsgivarna i sitt anbud ska visa att det uppfyller kravet utan kravet ska uppfyllas först vid utförandet av uppdraget. Enligt Kalmenas anbud förpliktar sig Kalmena att tillhandahålla språkundervisning på B-nivå för partners och barn enligt de förutsättningar som följer av förfrågningsunderlaget. MediCarreras anbud uppfyller inte skall-kravet i punkt 3.3.5 i förfrågningsunderlaget. MediCarreras angivna referensläkare har inte genomgått utbildning på C1 nivå eller planerats att genomgå utbildning på C1 nivå inom den angivna tidsfristen. MediCarreras referenspersoner uttalar sig inte om uppdrag motsvarande Landstingets krav. Mot bakgrund av att MediCarreras anbud inte uppfyller ett i förfrågningsunderlaget ställt skall-krav kan de inte anses uppfylla skaderekvisitet i LOU. Även av denna anledning ska MediCarreras ansökan om överprövning lämnas utan bifall. - Kalmena har talerätt i målet och har rätt att kommentera påstådda brister i dess anbud. Kalmena har dessutom pekat på brister i MediCarreras anbud som medför att MediCarreras anbud inte uppfyller ställda skallkrav och därmed inte ska utvärderas. En prövning som bör ske om inte annat än av ett processekonomiskt och tidsmässigt perspektiv.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

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

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.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är således principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Av punkt 3.3.5 i förfrågningsunderlaget framgår följande. Anbudsgivaren skall lämna 3 (ej fler eller färre) referenser från olika organisationer/sjukhus/landsting (dvs de skall ha olika organisationsnummer) som be styrker anbudets uppgifter om förmåga och kapacitet. Angivna referenser skall referera till anbudsgivarens utförda uppgifter avseende rekryterings-

stöd av utländska specialistläkare/tandläkare. Anbudsgivaren skall under den senaste 24-månadersperioden (räknat från sista anbudsdagen) levererat minst 4 kandidater till respektive referent (organisationsnummer).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Först får ställning tas till prövningsramen i målet. Kalmena har yrkat att MediCarreras anbud ska avslås på den grunden att dess anbud inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget angivna skall-krav och att MediCarrera därför inte lidit eller kan komma att lida någon skada.

Överprövningsprocessen i mål enligt LOU skiljer sig från de flesta andra förvaltningsrättsliga mål i det avseendet att upphandlingsmålen har karaktär av tvistemål där starka motstående intressen kan göra sig gällande. Utgångspunkten torde vara att det är sökanden och den upphandlande myndigheten som är parter i denna process (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 24 oktober 2012 i mål nr 2742--2751-12) Högsta förvaltningsdomstolen har visserligen i rättsfallet HFD 2011 ref. 29 slagit fast att en leverantör ska beredas tillfälle att yttra sig över en ansökan om överprövning när domstolen överväger att lägga i ansökningen påstådda brister i leverantörens anbud till grund för att förordna att anbudet inte får beaktas vid en ny utvärdering. Enligt samma avgörande har också en leverantör som utesluts från förnyad anbudsutvärdering på grund av brister i anbudet rätt att överklaga beslutet. Enligt förvaltningsrättens mening kan dock HFD:s avgörande inte anses innebära att Kalmena intar en sådan partsställning att bolagets invändningar rörande MediCarreras anbud kan prövas i förvarande process (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 23 april 2012 i mål nr 1301-12 och Kammarrätten i Stockholms dom den 10 augusti 2012 i mål nr 5293-12). Förvaltningsrätten har således inte att i nu aktuellt mål bedöma huruvida MediCarreras anbud brustit i fråga om skall-kraven.

Frågan blir härfter i vad mån Kalmenas anbud uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna skall-kraven.

Skall-krav är obligatoriska, dvs. de måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna utvärderas. Landstinget har medgett att Kalmenas anbud inte uppfyller skall-kravet om att den senaste 24- månadersperioden ha levererat minst fyra stycken kandidater till respektive referent. Det får således anses klarlagt att landstinget har brutit mot bestämmelserna i LOU genom att anta Kalmenas anbud trots att det inte uppfyllt aktuellt skall-krav. Redan på denna grund får därmed vad MediCarrera anfört anses visa att landstinget har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Mot den nu angivna bakgrunden finner förvaltningsrätten att då Kalmenas anbud utvärderats trots ovan redovisad brist har MediCarrera lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Det finns därför grund för åtgärd enligt LOU genom att upphandlingen ska rättas på så sätt att Landstinget Blekinge genomför en ny anbudsutvärdering.

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



Elisabeth Lewin

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.