



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2016-05-03
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
5951-15 E

SÖKANDE

Kalmena Rek AB, 556568-6697

Ombud: Martin Göransson
Prosent AB
Kungsgatan 13 B
352 31 Växjö

MOTPART

Landstinget i Uppsala län, 232100-0024
Box 602
751 25 Uppsala

KONKURRENSVERKET	
2016-05-11	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 177748

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget i Uppsala län (landstinget) genomför en upphandling av rekrytering av utländska sjuksköterskor inom EU/EES, dnr UPPH2015-0187. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande. Landstinget fattade tilldelningsbeslut den 6 oktober 2015 där Kalmena Rek AB (bolaget) rangordnades på första plats. Den 2 november 2015 fattades nytt tilldelningsbeslut där bolagets anbud inte togs upp för utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas i enlighet med det första tilldelningsbeslutet, som meddelades den 6 oktober 2015, där bolaget vann upphandlingen genom att ha nummer ett i rangordningen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Upphandlingen avser uppdrag att rekrytera sjuksköterskor inom EU och EES. Leverantören ska ombesörja leverans av anställningsbara utbildade sjuksköterskor med svensk legitimation och kunskaper i svenska språket motsvarande nivå B2.

Enligt det nya tilldelningsbeslutet gick bolaget inte vidare till utvärdering på grund av att bolaget inte uppfyllde kravet i förfrågningsunderlaget punkten 2.6. Landstinget har ansett att för bolaget pågående uppdrag inte ska kunna godtas och har därefter förkastat bolagets anbud.

Det ord som landstinget uteslutit bolagets anbud för är ordet "utförda" då bolaget angett konsulter pågående uppdrag som kompetens och erfarenhet inom anbudsområdet. För de angivna konsulternas uppdrag är rekryteringen av sjuksköterskorna klar och anställningsavtalen är påskrivna. Det är endast viss utbildning som kvarstår.

Ett pågående uppdrag är också utfört, i vart fall till viss del. Hade det varit viktigt att uppdragen var slutförda borde landstinget särskilt ha angett detta. Det är inte heller ovanligt att en särskild tidsrymd anges som exempelvis uppdrag utförda inom fem år från sista anbudsdagen eller liknande. Någon sådan tidsgräns finns inte i den aktuella upphandlingen vilket talar för att det är viktigt att uppdragen är slutförda. Bolagets pågående uppdrag borde därför inte ha föranlett att anbudet uteslutits.

Bolagets konsulter håller på att genomföra uppdrag där huvuddelen av uppdraget är avslutat, det vill säga sjuksköterskorna är anställningsbara och har kunskaper i svenska språket motsvarande nivå B2. Uppdragen är utförda eftersom rekryteringen av sjuksköterskorna är gjord. Sjuksköterskorna har undertecknat anställningsavtal och kommer att på distans läsa svenska på en mer avancerad vidarenivå till C1. Kravet på B2 som anges i förfrågningsunderlaget är uppfyllt och rekryteringen är klar. Bolaget anser att sjuksköterskorna ska kunna svenska till nivå C1 eftersom språket är viktigt för vårdpersonal. Det är bolaget som på egen hand valt att lägga utbildningsnivån betydligt högre för sina sjuksköterskor. Tveklöst är uppdragen utförda till den nivå som landstinget önskar, vilket är B2.

I kravet 2.6 i förfrågningsunderlaget anges inte att anställningen måste ha påbörjats. Eftersom rekryteringen är klar och anställningsbevisen påskrivna uppfylls ska-kravet. Det av landstinget åberopade e-postmeddelandet åsyftar bolagets tidigare uppdrag och inte konsulternas. Man måste noga skilja på vilket krav som är ett kvalificeringskrav, som nu bolaget felaktigt underkändes på, och de utvärderingskrav som finns i förfrågningsunderlaget. Det aktuella kravet gäller konsulternas tidigare erfarenhet och kompetens och inte bolagets som är ett annat subjekt. Konsulterna utför även uppdrag åt andra uppdragsgivare inom branschen. De åberopade konsulterna uppfyller ska-kravet om tidigare erfarenhet och kompetens. Det åberopade e-postmeddelandet är därför inte relevant.

Förfrågningsunderlaget måste vara väldigt tydligt och exakt ange vad som krävs för att de obligatoriska kraven ska vara uppfyllda annars bryter Landstinget mot principen om transparens. Det faktum att landstinget ändrade sitt tilldelningsbeslut under pågående prövning i förvaltningsrätten innebär att inte ens landstinget vet riktigt säkert hur förfrågningsunderlaget ska tolkas i detta fall. Det framgår tydligt att förfrågningsunderlaget i så fall inte är utformat på ett sätt att en anbudslämnare kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse i upphandlingen. Otydliga förfrågningsunderlag innebär ofta att upphandlingen måste göras om, jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 24 juni 2010 i mål 1805-10 och Kammarrätten i Jönköpings dom den 8 december 2010 i mål 2235-10.

Landstinget verkar blanda ihop bolaget och de aktuella konsulternas kompetens och vilka krav som gäller för vilket subjekt. Detta visar med all önskvärd tydlighet att förfrågningsunderlaget är otydligt och i vart fall att landstinget har svårt att tolka vad man egentligen menar och kräver.

Då det i denna upphandling endast angetts ordet utförda och inte specifikt slutförda eller avslutade referensuppdrag måste bolagets anbud godtas. Landstingets egna första bedömning som medförde att bolaget vann upphandlingen talar också för att inte ens landstinget vet riktigt säkert vad som exakt avses i punkten 2.6. i förfrågningsunderlaget. Det är inte uppenbart vad som exakt menas med kravet och vad som ska ingå i leverantörskravet på kompetens och erfarenhet. Upphandlingen måste därför rättas eller göras om.

Bolaget lider skada eftersom bolaget hade vunnit upphandlingen om inte landstinget ändrat sitt tilldelningsbeslut på felaktiga grunder. Hade förfrågningsunderlaget tydligare angett att det var utbildningsnivå B2 som åsyftades och inte C1 så hade bolagets anbud aldrig förkastats. Att bolaget på eget

beväg önskar kvalitetssäkra sina tjänster genom att leverera en högre nådd språknivå ska inte rendera i uteslutning.

Landstinget bestrider bolagets yrkanden och anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning. Landstinget har inte brutit mot LOU eller dess grundläggande principer. Landstingets utvärdering av inkomna anbud har varit korrekt och har följt i förfrågningsunderlaget uppställda förutsättningar och samtliga anbudsgivare har behandlats lika. Förfrågningsunderlaget har vidare varit tillräckligt tydligt och således uppfyllt kravet på öppenhet. Uppställda krav har varit proportionerliga. Då bolagets anbud bedömts inte uppfylla samtliga obligatoriska krav föreligger det grund att inte kvalificera bolagets anbud för vidare utvärdering.

I upphandlingen har uppställts krav om att leverantören ska ha kompetens och erfarenhet av utrikes rekrytering av sjuksköterskor och att detta ska styrkas genom ingivande av förteckning över utförda uppdrag för de konsulter som kommer att utföra uppdragen. Bolaget har i sitt anbud genom ett kryss i anbudsformuläret angett att kravet är uppfyllt. Landstinget har genom överprövning av upphandlingens första tilldelningsbeslut fått anledning att ifrågasätta riktigheten i bolagets anbud. Vid närmare kontroll av den av bolaget lämnade uppgiften om rubricerat krav uppfylls, har landstinget fått bekräftat att ingen av de konsulter som skulle komma att utföra uppdragen för bolaget har utfört efterfrågat uppdrag, och därvid dragit slutsats om att bolaget inte uppfyller kravet. Landstinget har därefter meddelat nytt tilldelningsbeslut innebärande att bolaget inte kommer att tilldelas kontrakt.

Ordet ”utförda” innebär att språkligt och synonymt att något är avslutat och/eller genomfört och/eller färdigställt. Därav följer att för att kravet ska anses vara uppfyllt, och anbudsgivaren anses ha efterfrågat erfarenhet av rekrytering av utländska sjuksköterskor, så ska sjuksköterskan ha påbörjat

sin anställning hos den uppdragsgivare som har bolaget i uppgift att rekrytera. Innan den tidpunkten kan någon rekrytering inte sägas vara utförd.

Landstinget har kontrollerat med av bolaget lämnade referenser huruvida något uppdrag har slutförts och fått till svar att så inte är fallet. Bolagets eget påstående om att "Det är endast viss utbildning som kvarstår" innebär att uppdragen inte är slutförda. Till detta kommer enligt uppgift från Kalmar län att de anställningsavtal som är tecknade mellan Landstinget i Kalmar län och de aktuella sjuksköterskorna är behäftat med förbehåll om att sjuksköterskorna ska klara av den språkutbildning som kvarstår innan anställningen kan påbörjas. I de uppdrag som bolaget har, det vill säga omfattningen av uppdraget, ingår att tillse att de utländska sjuksköterskorna ska ha kunskaper i svenska språket motsvarande i upphandlingsunderlaget preciserad nivå. Av ovanstående följer dels att ingen sjuksköterska har påbörjat någon anställning och dels att någon rekrytering inte har utförts av bolaget vid tidpunkten för anbudets inlämnande.

Kravet och förfrågningsunderlaget är formulerat på ett sätt att utvärderingen har gett ett rättvisande resultat. Kravet är utformat på ett sätt att varje normalt omsorgsfull anbudsgivare haft möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt och således uppfyllt kravet på öppenhet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan i målet är om det föreligger skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som bolaget anför.

I 16 kap. 6 § LOU anges att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar, jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69.

I förfrågningsunderlaget punkten 2.6. Teknisk och yrkesmässig kapacitet anges bl.a. följande. Krav: Leverantören ska ha kompetens och erfarenhet inom anbudsområdet ”utrikes rekrytering av sjuksköterskor”. CV/meritförteckning samt förteckning över utförda uppdrag ska bifogas för de konsulter som kommer att medverka i uppdragen. Detta gäller för såväl leverantörens konsulter som ev. underleverantörers konsulter. Förteckningen ska, som ett minimum, innehålla uppgift om vilka tjänster som levererats, uppdragsgivare (kan anges anonymt, men ange då om det t.ex. är ett landsting, kommun etc.), antal personer, yrkeskategori och belopp.

Förvaltningsrätten anser att ordet ”utförda” rent språkligt ger vid handen att uppdragen måste vara slutförda. Denna tolkning styrks av att det även anges att förteckning ska innehålla uppgift om vilka tjänster som levererats. Det finns enligt rättens mening inte utrymme för att tolka kravet som att även pågående uppdrag kan omfattas.

Landstingets invändning att ingen sjuksköterska har påbörjat någon anställning och att någon rekrytering inte har utförts av bolaget vid tidpunkten för anbudets inlämnande bekräftas av det e-postmeddelande från Landstinget i Kalmar län som landstinget åberopar.

Bolaget har anfört att det e-postmeddelandet inte är relevant eftersom de konsulter man avser använda sig av uppfyller kravet på tidigare erfarenhet

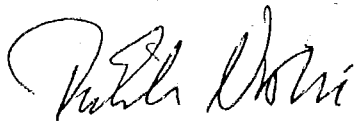
och kompetens. Det bör dock noteras att bolaget själva angett Landstinget i Kalmar län som referens.

Den av bolaget åberopade referensen kan med hänsyn till det förbehåll om godkänd språkutbildning som gjorts i anställningsavtalen inte anses vara utförd på så vis att bolaget uppfyller det aktuella ska-kravet, eftersom anställningsavtal med sjuksköterskan, för det fall godkänt resultat inte uppnås på utbildningen, inte kommer att föreligga. Referensen till Landstinget i Kalmar län visar således inte att bolaget uppfyller ska-kravet i förfrågningsunderlaget.

Det faktum att landstinget meddelat nytt tilldelningsbeslut medför inte att det aktuella ska-kravet framstår som otydligt då landstinget uppgett att bolaget uteslutits och nytt tilldelningsbeslut fattats efter att man från landstingets sida konstaterat att bolaget inte uppfyllde kravet. I detta låg inte någon ny tolkning av det aktuella kravet.

Mot den angivna bakgrunden finner förvaltningsrätten att bolaget inte kan anses uppfylla det obligatoriska kravet i punkten 2.6 i förfrågningsunderlaget. Ansökan ska därmed avslås.

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



Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har handlagts av Kerstin Thor.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 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.

