



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2013-03-13
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
2821-13

SÖKANDE

Mix Medicare AB, 556682-1335
Box 119
123 22 Farsta

MOTPART

Österåkers kommun
184 86 Åkersberga

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2013-03- 1 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Mix Medicare AB:s ansökan.

Dok.Id 333694

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

YRKANDEN M.M.

Österåkers kommun (kommunen) genomför en upphandling benämnd *Bemanningsjänst sjuksköterskor, 2012-147*. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut den 28 januari 2013 framgår att kommunen beslutat att anta andra leverantörer än Mix Medicare AB (Mix Medicare).

Mix Medicare ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar *i första hand* att upphandlingen ska rättas och *i andra hand* att upphandlingen görs om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Mix Medicare anför till stöd för sin ansökan bl.a. följande. I dokumentet *Anbud* anger kommunen vilka administrativa och materiella regler som ska gälla för upphandlingen. Där anges bl.a. att upphandlingen ska ske med utnyttjande av konkurrensmöjligheterna som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Kommunen uppställer en rad olika krav på anbudsgivarna som förtecknas i avsnitt 3 under rubriken *Kvalificering av anbudsgivare*. I punkten 3.1.7 under rubriken *Erfarenhet och referenser* återfinns krav som uppställs på anbudsgivarna och hur de ska bevisa att kraven är tillgodosedda. I andra stycket i punkt 3.1.7 anges att bolaget ska ha genomfört minst två uppdrag åt separata kunder. Uppdragen ska dessutom ha genomförts under de senaste två åren.

I upphandlingsprotokollet anges att bolaget inte uppfyller kraven enligt punkten 3.1.7 eftersom det saknas ett referenssvar. Enligt kravet i punkten 3.1.7 ska anbudsgivarna lämna in minst två referenser tillsammans med sina anbud. Mix Medicare har lämnat fyra referenser i sitt anbud, men

kommunen har valt att endast fråga två av dessa. Ingenting i ordalydelsen av det ställda kravet anger annat än att det är ett minimikrav. Anbudsgivarna har alltså rätt att lämna in fler referenser.

Kommunen anger vissa villkor som ska vara uppfyllda. Referenspersoner som anbudsgivaren uppger ska finnas tillgängliga per e-post under de två första utvärderingsveckorna (anbudslämnandedatum och tio arbetsdagar framåt). Vidare anges att uteblivet referenssvar efter förfrågan från den upphandlande myndigheten inom 10 arbetsdagar medför att anbudet förkastats. Det är kommunen som ska ta kontakt med referenterna.

Kommunen har inte hört sig för hos de referenter som Mix Medicare har angett i sitt anbud. Kommunen har nöjt sig med att endast tillfråga två av de fyra angivna referenterna, varav en av dessa inte kunde lämna ett fullständigt svar vid referenstagningen utan att först konsultera en person som vid tillfället var på semester. Kommunen upplyste aldrig referenten om de tidsmarginaler (deadline för referenstagning) som tillämpades. Kommunen har därför inte genomfört referenstagningen på ett sådant affärsmässigt sätt som krävs för att den unionsrättsliga principen om likabehandling skulle upprätthållas. Kommunen borde ha upplyst referenten om när den behövde sina svar, vilket aldrig gjordes.

Genom kommunens krav angående antalet referenser kunde Mix Medicare lämna fyra referenter för att försäkra sig om att åtminstone två av dem skulle ha möjlighet att besvara kommunens frågor under de tidsperioder som angavs i upphandlingen. Kommunen har genom hela upphandlingsprocessen varken upprätthållit proportionalitetsprincipen eller likabehandlingsprincipen. Kravet på tillgänglighet är vidare oproportionerligt. Den upphandlande myndigheten kan knappast ställa krav på att anbudsgivarna ska förmå sina tidigare beställare att under en viss angiven tid om tio dagar ska hålla sig *stand by* för referenstagning. Detta gäller i synnerhet eftersom

kommunen har inskränkt sin referenstagning till endast två av de fyra angivna referenterna och till och med avstått från att invänta en av referenternas kompletteringar, vilket måste betraktas som en överträdelse mot både proportionalitetsprincipen och transparensprincipen. Eftersom det var tillåtet att lämna fler referenser än två måste leverantörerna kunna utgå från att kommunen också ska utföra sin referenstagning hos fler än två om det är nödvändigt. Likabehandlingsprincipen kräver enligt EU-domstolens dom i mål C-19/00, SIAC, att rimligt informerade leverantörer ska förstå vad som efterfrågas. Samma sak borde gälla för hur krav ska tolkas.

Den skada som avses i 16 kap. 1 § LOU behöver inte vara ekonomisk utan den behöver endast vara potentiell. Mix Medicares anbud utvärderades aldrig i upphandlingen eftersom kommunen underlät att kontrollera de referenser som bolaget lämnade in tillsammans med sitt anbud. Mix Medicare levde upp till de obligatoriska kraven i upphandlingen och kommunen har inte informerat om dess avsikt att begränsa antalet kvalificerade leverantörer med vilka den avsett att tilldela kontrakt, vilket av transparensskäl är nödvändigt. Det är därför lämpligt att kommunen, om förvaltningsrätten finner att kommunen överträtt reglerna i LOU, fattar beslut om att rättelse sker och tilldelar Mix Medicare kontrakt.

Kommunen anför bl.a. följande. Mix Medicare har inte uppfyllt ställda krav i enlighet med punkten 3.1.7 i förfrågningsunderlaget och ska därmed inte gå vidare till utvärdering. Av punkten 3.1.7 framgår bl.a. följande.

[...] Anbudsgivare ska under de senaste två åren ha genomfört av kund godkända, bemanningsuppdrag av motsvarande som efterfrågas och offereras i upphandlingen. Dessa uppdrag ska ha avsett minst två separata kunder (juridiska personer), offentliga eller privata [...]
Handläggande upphandlare kommer att kontakta referenserna per e-post under veckorna 2 och 3 [...]
Det är viktigt att anbudsgivaren försäkras sig om att referenten både vill och kan delta [...]

Av förvaltningsrätten i Stockholms dom den 19 maj 2011 i mål nr 8720-11, gällande ett liknande yrkande som Mix Medicare har framställt, framgår att det tillvägagångssätt som kommunen använder sig av för att ta referenser anses vara en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, vilket är att få till en god referenstagning. Kommunen angav att sättet valdes av administrativa skäl och förvaltningsrätten fann inte anledning att ifrågasätta om åtgärden var nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet. Den negativa effekt som åtgärden eventuellt kunde medföra för anbudsgivarna bedömdes inte vara överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Inte heller bedömdes kravet vara konkurrensbegränsande eftersom det var lika villkor som gällde för alla anbudsgivarna. Det framgick vidare av förfrågningsunderlaget att referenstagningen gick till på nämnda sätt varför det uppställda kravet var transparent och tydligt. Även med beaktande att referenstagningen var begränsad i tid fann förvaltningsrätten att kravet uppfyllde principerna enligt 1 kap. 9 § LOU.

I förvaltningsrätten i Stockholms dom den 29 juni 2012 i mål nr 9953-12 fann domstolen att det av kommunen uppställda kravet avseende referenstagning var klart och tydligt formulerat och att samma villkor gällde för alla anbudsgivare. Det var heller inte oförutsebart eller oproportionerligt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap 9 § LOU 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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Rätten kan då endast besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlagets punkt 3.1.7, *Erfarenhet och referenser*, anges bl.a. följande.

[...]

Anbudsgivare ska under de senaste två (2) åren ha genomfört av kund godkända, bemanningsuppdrag av motsvarande som i efterfrågas och offereras i upphandlingen. Dessa uppdrag ska ha avsett minst två (2) separata kunder (juridiska personer), offentliga eller privata. Anbudsgivare ska ha varit ansvarig avtalspart gentemot respektive kund. För att anbudsgivaren ska kvalificera sig ska referenspersonen vara nöjd med hur anbudsgivaren utfört uppdraget, dvs. vitsorda att anbudsgivaren utfört eller utför motsvarande/liknande tjänster med god kvalitet och samarbetsförmåga samt ge anbudsgivaren på ställda referensfrågor (se frågor som kommer ställas referenten nedan).

[...]

Handläggande upphandlare kommer att kontakta referenserna per e-post under veckorna 2 och 3. Anbudsgivaren ansvarar för att lämnad e-post adress är korrekt, i de fall e-post adressen är fel kommer referensen ej att utvärderas och anbudet förkastas.

Det är viktigt att anbudsgivaren försäkrar sig om att referenten både vill och kan delta. Vidare är det viktigt att referenten har sådan kännedom om referensuppdraget att referenten kan bedöma detta. Referenserna ska avse externa uppdrag. Interna uppdrag hos anbudsgivande företag eller underleverantör till anbudsgivande företag samt uppdrag mellan parterna får ej lämnas som referens.

[...]

Referenspersoner som anbudsgivaren uppger ska finnas tillgängliga per e-post under de två (2) första utvärderingsveckorna (anbuds-inlämningsdatum och tio (10) arbetsdagar framåt). Uteblivet referenssvar efter förfrågan från den upphandlande myndigheten (inom tio (10) arbetsdagar) medför att anbudet förkastas.

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan som förvaltningsrätten har att ta ställning till är om kommunens krav gällande referenser i punkt 3.1.7 är förenligt med principerna om likabehandling, proportionalitet och transparens enligt LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i målet framgår oemotsagt att Mix Medicare angav fyra stycken referenser i sitt anbud, att kommunen endast kontaktade två av dessa samt att kommunen förkastade bolagets anbud eftersom en referent inte svarade inom angiven tidsram. Det framgår också att kommunen skickade en påminnelse till referenten per e-mail sex dagar efter begäran om att fylla i referensformuläret.

Förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av kraven på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållandena som förekommer i det ekonomiska livet gör emellertid att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Av kravets ordalydelse i punkten 3.1.7 följer, i likhet med vad Mix Medicare har anfört, att det är fråga om ett minimikrav. Det har således stått varje anbudsgivare fritt att ange två eller flera referenser. Av kravet framgår emellertid även att angivna referenter ska finnas tillgängliga under de två första utvärderingveckorna samt att uteblivet referenssvar medför att anbudet kommer att förkastas. Förvaltningsrätten anser att kravet innebär att alla angivna referenter – oavsett hur många referenter en anbudsgivare

har angett i sitt anbud – måste leverera svar i enlighet med tidsramen i punkten 3.1.7. Förvaltningsrättens bedömning är att kravet avseende referenstagning är tillräckligt klart och tydligt formulerat. Eftersom det är ostridigt i målet att en av referenterna underlåtit att lämna svar i enlighet med kravet, anser förvaltningsrätten att det är av underordnad betydelse att kommunen inte kontaktat samtliga referenter. Kravet står vidare inte i strid med likabehandlingsprincipen eftersom samma villkor gäller för samtliga anbudsgivare. Det kan heller inte anses som oförutsebart eller oproportionerligt. Mix Medicare har inte visat att kommunen har handlat i strid med LOU. Det föreligger därför inte skäl till ingripande enligt LOU, varför ansökan härom ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).



Ulrika Melin

Rådman

Lizette Harletun Ilkhani har föredragit målet.



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. 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 vartill 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 3109/1A LOU