



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2012-10-10
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
8775-12 B
Enhet 1:2

KONKURRENSVERKET

2012-10-10

Avd

Dnr

Doss

Aktbil

SÖKANDE

Medcura AB, 556642-6242
Sturegatan 56, 1 tr
114 36 Stockholm

Ombud: Advokaterna Emelie Engholm och Frank Reijbrandt
Kriström Advokatbyrå KB
Box 7184
103 88 Stockholm

MOTPART

Göteborgs Stads Upphandlings Aktiebolag, 556070-5054
Stora Badhusgatan 6
411 21 Göteborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Forvaltningsrätten avslår Medcura AB:s ansökan.

Dok.Id 162701

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag - fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Göteborgs Stads Upphandlingsbolag AB (Upphandlingsbolaget) har, på uppdrag av Göteborgs Stad i samverkan med Mölndals Stad, genomfört en upphandling, diarienummer 202/12, som avser inhyrning av legitimerade sjuksköterskor och specialistutbildade sjuksköterskor för att täcka temporära personalbehov inom områdena

- hemsjukvård och särskilda boenden,
- skolhälsovård och
- avancerad sjukvård i hemmet.

Upphandlingen har genomförts i form av förenklat förfarande och har syftat till att teckna ramavtal med de leverantörer som antagits för respektive område. Upphandlingsbolaget meddelade tilldelningsbeslut den 29 juni 2012. Av tilldelningsbeslutet framgår att upphandlingsbolaget har för avsikt att för området hemsjukvård och särskilda boenden teckna ramavtal med fem leverantörer men inte med Medcura AB (Medcura).

YRKANDEN M.M.*Vad Medcura yrkar och anför*

Medcura ansöker om överprövning av upphandlingen beträffande området hemsjukvård och särskilda boenden och yrkar i första hand att rättelse ska ske och att en ny utvärdering genomförs. I andra hand yrkar Medcura att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

I sitt tilldelningsbeslut har Upphandlingsbolaget avseende området hemsjukvård och särskilda boenden brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att inte behandla leverantörerna på ett likvärdigt, icke-diskriminerande, proportionerligt och öppet sätt. Anbudsutvärderingen har påverkats av ovidkommande hänsyn och Medcuras anbud har utvär-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

877

derats felaktigt. Genom Upphandlingsbolagets agerande har Medcuras anbud fått ett mycket lägre prisavdrag än vad som varit fallet om upphandlingen och utvärderingen genomförts på ett korrekt sätt.

Medcura har i sitt anbud avseende området hemsjukvård och särskilda boenden som referenser lämnat Norrköpings kommun med kontaktpersonen Camilla Andersson (referensuppdrag 1) och Dignicare Vasens äldreboende med kontaktpersonen Charlotte Backteman (referensuppdrag 2). I Upphandlingsbolagets tilldelningsbeslut anges att av Medcura angiven referens i referensuppdrag 1 slutat på kommunen den 8 maj 2012 och att referenten referenten Camilla Andersson hos Norrköpings kommun. Upphandlingsbolagets egenreferens har lämnat omdömet att den är nöjd med Medcuras leveransförmåga (fråga 1), missnöjd med Medcuras återkoppling (fråga 2) och kundansvar (fråga 3), varför referensuppdrag 2 för Medcuras del medfört ett prisavdrag om endast 20 kr.

Upphandlingsbolaget har i stället för att kontakta Medcura för kompletterande uppgifter i referensuppdrag 1 kontaktat en kollega till Camilla Andersson, som inte haft någon kännedom om Medcura. Camilla Anderssons efterträdare är emellertid en helt annan person än den nu tillfrågade. Skrivningen i anbudsinbjudan, att anbud kommer erhålla prisavdrag med 0 kr för det fall att en referent i referensuppdrag 1 inte nås per mail efter tre

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 4
8775-12 E

försök är följaktligen orimlig och oproportionerlig, varför rättelse eller ny upphandling ska genomföras redan på den grunden. Medcura har missgynnats genom Upphandlingsbolagets agerande. Camilla Andersson har inför upphandlingen meddelat att hon avsåg att lämna Medcura högsta möjliga betyg, vilket hade medfört ett prisavdrag om 90 kr avseende referensuppdrag 1. Inget hade hindrat Upphandlingsbolaget att kontakta Medcura med förfrågan om ny e-postadress till Camilla Andersson eller aktuellt telefonnummer. Att komplettera med ny e-postadress eller nytt telefonnummer till den referensperson som angetts i anbudet är fullt tillåtet inom ramen för en LOU-upphandling och utgör inte någon otillåten komplettering.

Av anbudsinbudans uttryckliga lydelse kan utläsas att Upphandlingsbolaget har möjlighet att ersätta referensuppdrag 2 i den svarsbilaga som innehåller uppgifter som ligger till grund för Upphandlingsbolagets beslut i *kvalificeringsfasen*. Detta kan inte – till anbudsgivarens nackdel – tolkas som att sådan rätt föreligger även beträffande *utvärderingsfasen*. Upphandlingsbolagets agerande att ersätta den angivna referensen i referensuppdrag 2 med en s.k. egenreferens strider mot de grundläggande kraven på transparens, objektivitet och förutsägbarhet, varför rättelse eller ny upphandling ska genomföras även på den grunden.

Av utvärderingsprotokollet framgår också, som det får förstås, att Upphandlingsbolaget har använt sig av möjligheten att byta ut en av anbudsgivaren lämnad referens mot en egenreferens. Om egenreferenser ska utnyttjas måste detta ske för samtliga anbudsgivare där sådan ersättning är möjlig. Så har inte skett i detta fall trots att även övriga anbudsgivare varit kända för Upphandlingsbolagets uppdragsgivare. Det kan inte vara förenligt med likabehandlingsprincipen att Upphandlingsbolaget godtyckligt för en viss anbudsgivare använder egenreferens men inte för de andra. Egenreferenser borde kunnat användas även för anbudsgivarna Dedicare AB och Vårdextra AB som – även om de inte innefattades av det tidigare ramavtalet – i stor omfattning levererat tjänster till Göteborgs Stad. Medcura

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 5
8775-12 E

har genom Upphandlingsbolagets agerande uppenbarligen missgynnats då den aktuella egenreferensen lämnat ett omdöme som medfört ett prisavdrag om endast 20 kr. Den av Medcura vidtalade referensen i referensuppdrag 2 meddelade inför upphandlingen att hon avsåg att ge Medcura högsta betyg, vilket hade medfört ett prisavdrag om 90 kr.

Det har också varit olämpligt att inhämta egenreferenser från Rina Pettersson, stadsdelsnämnden Örgryte/Härlanda, eftersom nämnden genom att flagrant bryta mot det tidigare ramavtalet varit inblandad i en tvist med Medcura. Det har därför förelegat en påtaglig risk att tvisten påverkat referenspersonen när hon lämnat värdeomdöme om bolaget.

Av LOU följer att den upphandlande myndigheten först ska kvalificera anbudsgivaren innan anbudet utvärderas mot utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget. Kvalificering och utvärdering är alltså två skilda moment som inte får sammanblandas. Kvalificering av en anbudsgivare ska avse egenskaper i anbudsgivarens företag, t.ex. företagets ekonomi, erfarenhet eller resurser i övrigt. Kvalificeringen syftar endast till att hitta de leverantörer som har tillräcklig kapacitet eller ekonomiska förutsättningar för att utföra det aktuella uppdraget. Utvärderingen ska däremot urskilja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och ska således som utgångspunkt inte avse faktorer som rör anbudsgivarens ekonomi, erfarenhet eller resurser i övrigt.

I förevarande fall anges i anbudsinvjudan att Upphandlingsbolaget som utvärderingskriterier – förutom pris – kommer att beakta leverans kvalitet, återkoppling och kundansvar. Samtliga dessa kriterier är enligt Medcuras uppfattning sådana som tar sikte på Medcuras förmåga och kapacitet, inte på hur förmånligt dess anbud är. Detta gäller särskilt utvärderingskriteriet "leverans kvalitet", enligt vilket anbudsgivarens förmåga att kunna leverera personal med relevant kompetens och kontinuerlig bemanning bedöms. Även om det inte finns något generellt förbud mot att använda referenser i

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 6
8775-12 E

utvärderingsfasen (se EG-domstolens avgörande i mål nr C-532/06 Li-anakis) har Upphandlingsbolagets utvärdering mot denna bakgrund påverkats av ovidkommande hänsyn. Upphandlingen måste därför även i denna del anses strida mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Därtill kommer att utvärderingsmodellen, med hänsyn till de relativt små prisskillnaderna mellan anbuden och de stora avdrag på priset som kan erhållas, i praktiken medför att referenstagningen blir helt avgörande för utfallet av upphandlingen. Mot den bakgrunden är det av synnerlig vikt att utvärderingsmodellen är rättvis, förutsägbar och transparent. I förevarande fall anges i förfrågningsunderlaget att referenterna ska besvara de tre utvärderingsfrågorna med betygen "missnöjd", "nöjd" eller "mycket nöjd" och vilket prisavdrag som respektive betyg medför. Däremot saknas helt instruktioner till referenterna om hur de ska förfara vid betygsättningen liksom hur åtskillnad mellan de olika betygen ska göras. Det blir därmed helt upp till varje enskild referent att tillämpa sin egen måttstock. Dessa brister gör att Upphandlingsbolagets utvärderingsmodell resulterar i en högst godtycklig bedömning, vilket inte är förenligt med LOU och dess grundläggande principer. Även på denna grund ska ett ingripande enligt LOU ske.

Vad Upphandlingsbolaget anför

Upphandlingsbolaget anser att Medcuras ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Utvärderingen och referenstagningen följer vad som angetts i förfrågningsunderlaget och innebär ingen överträdelse av de unionsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU eller av övriga bestämmelser i LOU. Upphandlingsbolaget har inte tagit några ovidkommande hänsyn eller på annat sätt agerat i strid med LOU. Medcuras yrkande om rättelse av upphandlingen ska därför avslås. Upphandlingsbolaget har heller inte sammanblandat referenstagningen för kvalificerings- och utvärderingsfa-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 7
8775-12 E

sen. Även Medcuras yrkande om att upphandlingen ska göras om ska därför avslås.

Upphandlingsbolaget har agerat i enlighet med förfrågningsunderlaget vid inhämtandet av referensomdömen. Samma frågor, vilka angetts i förfrågningsunderlaget, har ställts till de olika anbudsgivarnas referenspersoner vid referenstagningen. Av förfrågningsunderlaget framgår vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen och hur poängsättningen kommer att göras. Likabehandlingsprincipen och transparensprincipen har därmed följts.

När det gäller referensuppdrag 1 är det ostridigt att den av Medcura angivna kontaktpersonen, Camilla Andersson, avslutat sin anställning hos Norrköpings kommun vid referenstagningen och därmed inte kunnat svara på de frågor som ingick i utvärderingen av anbudet. Det är alltid anbudsgivaren som ansvarar för uppgifter i sitt anbud och därmed står risken för eventuella brister. Genom att uppge en referensperson som inte längre var anställd hos kommunen har Medcura brustit i sin omsorgsplikt vid utformningen av sitt anbud, vilket ligger bolaget till last. Camilla Andersson har vid Upphandlingsbolaget referensförfrågan hänvisat till sin ersättare hos Norrköpings kommun som i sin tur uppgett att hon inte kände till Medcura och därför inte kunde lämna några referenser. Att begära en komplettering av uppgifterna i ett anbud är en *möjlighet* för den upphandlande myndigheten och inget som en anbudsgivare kan kräva. Dessutom är det inte möjligt för den upphandlande myndigheten att begära kompletteringar som innebär att en helt ny uppgift tillförs anbudet. Om Upphandlingsbolaget hade begärt en komplettering från Medcura där det krävts att uppgift om en annan referensperson tillförts anbudet hade det därmed varit fråga om såväl en otillåten komplettering i strid med LOU som en överträdelse av likabehandlingsprincipen.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 8
8775-12 E

När det gäller referensuppdrag 2 har Upphandlingsbolaget valt att utnyttja den rätt att använda egenreferens som framgår av förfrågningsunderlaget. Egenreferenser får användas såväl i kvalificerings- som utvärderingsfasen (jfr bl.a. Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 november 2010 i mål nr 2504-10). Det har tydligt beskrivits i förfrågningsunderlaget att referenserna ska användas både i kvalificeringen, för att bedöma anbudsgivarens kapacitet, som i utvärderingen, för att bedöma hur arbetsgivaren tidigare utfört liknande tjänster avseende angivna utvärderingskriterier. Skrivningen i punkten 5.2.2. beskriver endast på vilket sätt referensuppdrag 2 kan ersättas med en egenreferens och har ingen koppling till olika faser i upphandlingen på det sätt som Medcura försöker göra gällande.

Som egenreferens har Upphandlingsbolaget använt Rina Pettersson, ansvarig för Hälso- och sjukvård i Örgryte/Härlanda stadsdelsnämnd, som har erfarenhet av Medcura sin i egenskap av beställare av bolagets tjänster. Rina Pettersson har fått besvara samma referensfrågor som övriga referenspersoner. Det kan nämnas att Medcura i upphandlingens andra områden som referenspersoner har angett personer som är anställda inom Göteborgs Stad. Referenserna från dessa personer har varit av ungefär samma slag som Rina Petterssons referenser och har i det ena fallet inneburit ett prisavdrag om 20 kr och i det andra 0 kr. Inget talar således för att Medcura i det nu aktuella området skulle ha blivit otillbörligt poängsatt. Inte heller någon annan av Medcura angivna referenser i andra delar av upphandlingen har i något fall på någon fråga tilldelat Medcura omdömet "mycket nöjd". På förfrågan från Upphandlingsbolaget har Rina Pettersson ställt sig helt oförstående till att hon skulle ha varit inblandad i någon tvist med Medcura.

Upphandlingsbolaget har upprätthållit likabehandlingsprincipen. Av uppenbara skäl kan egenreferenser inte användas för anbudsgivare som inte tidigare utfört uppdrag åt den upphandlande myndigheten. Det nuvarande ramavtalet för den aktuella tjänsten innefattar tre leverantörer, Medcura,

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 9
8775-12 E

Ofelia Vård AB och Prime Care. Prime Care har inte lämnat anbud i den aktuella upphandlingen. Ofelia Vård AB har själv angett Mölndals Stad, som omfattas av ramavtalet, som referens enligt referensuppdrag 2, dvs. motsvarande en egenreferens. De båda anbudsgivare – Ofelia Vård AB och Medcura – som befunnit sig i samma situation, dvs. varit leverantörer idet nuvarande ramavtalet, har således behandlats lika genom att ett av deras referensuppdrag utgjorts av en referens hos den upphandlande myndigheten. En eventuell brist i upphandlingen är under alla förhållanden inte av sådan art och dignitet att grund för ingripande föreligger.

För det fall Medcuras angivna referensperson hade gett Medcura fullt prisavdrag för referensuppdrag 2 (90 poäng av 180 möjliga i båda referensuppdragen) hade Medcuras jämförelsetal blivit 242 (pris 332 minus poäng 90). Det innebär att Medcura fortfarande hade haft ett högre jämförelsetal än de fem leverantörer som har blivit antagna. Detta innebär att Medcura inte heller vid maximalt prisavdrag för referensuppdrag 2 hade blivit antaget som leverantör. Att Upphandlingsbolaget har använt en egenreferens har med andra ord inte inneburit att Medcura har lidit eller riskerat att lida skada.

Upphandlingsbolaget har på ett tydligt och korrekt sätt skiljt på vad referensuppdragen avser att säkerställa i kvalificerings- och utvärderingsfasen. I kvalificeringsfasen har referenserna enligt förfrågningsunderlaget använts för att bedöma om anbudsgivarna "har erfarenhet av verksamhet av att arbeta med uppdrag motsvarande de kompetenser och inom de verksamheter som efterfrågas och som anbud lämnas på". Det rör sig alltså om organisationsorienterade kriterier för att säkerställa att anbudsgivarna har förmåga och kapacitet att genomföra de uppdrag som omfattas av upphandlingen. De frågor som ställts till referenterna i utvärderingsfasen har däremot tagit sikte på *hur* tidigare uppdrag genomförts, inte bara *att* de kan genomföras. Att en anbudsgivare genomfört tidigare uppdrag på ett tillfredsställande sätt är givetvis ett mervärde för Upphandlingsbolaget och utgör därmed ett

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 10
8775-12 E

kvalitativt kriterium för att fastställa det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt (tilldelningskriterium).

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Efter ansökan från en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör (16 kap. 4 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit skada 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 § LOU).

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas (1 kap. 9 § LOU).

En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som har lägst pris.

Bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska göras enligt 12 kap. 1 § andra stycket.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 11
8775-12 E

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom, pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd (12 kap. 1 § andra stycket LOU).

Förfrågningsunderlaget

I Upphandlingsbolagets anbudsinvitan – förfrågningsunderlaget – anges bl.a. följande.

I punkten 5. **Prövning av anbud** anges att prövning av anbud innebär:

- Formell kontroll, kontroll att begärd dokumentation lämnats
- Kvalificering, kontroll att anbudsgivaren uppfyller ställda kvalifikationskrav
- Utvärdering av anbud.

I punkten 5.1 **Kompletteringar** anges att möjligheterna att komplettera uppgifter i ett anbud är begränsade. Upphandlingsbolaget får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Upphandlingsbolaget får medge att en anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet.

Av punkten 5.2 **Utvärdering** framgår att inkomna anbud som klarat den formella kontrollen och uppfyller ställda kvalificeringskrav kommer att utvärderas utifrån kriterierna pris, leveranskapacitet, återkoppling och kundansvar.

I punkten 5.2.1 **Metod** anges att följande metod kommer att användas vid utvärderingen av de angivna kriterierna utom priskriteriet. Anbudsgivaren

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 12
8775-12 E

ska ha vidtalat de referenter som anges under respektive område i svarsbilaga 1 "Kvalificering leverantör", "Referensuppdrag 1" och "Referensuppdrag 2" att de kommer att kontaktas av Upphandlingsbolaget för bedömning av de kriterier som är angivna i delmoment "Kvalificering tjänst/utvärderingskriterier" under rubrik "Utvärderingskriterier".

I punkten 5.2.2 **Referenstagning** anges följande. Det är viktigt att anbudsgivaren i förväg säkerställer att (referentens) kontaktuppgifter är korrekta och att referenterna accepterar att lämna efterfrågade uppgifter om anbudsgivaren. Om referent inte nås per mail efter tre (3) försök kommer referensuppdraget att erhålla avdrag med 0 kr. Upphandlingsbolaget har möjlighet att nyttja så kallade "egenreferenser". Om anbudsgivaren är känd hos avropande enheter/beställaren kan person hos avropande enheter/beställaren ingå som "egenreferens". I ovan nämnda fall har Upphandlingsbolaget möjlighet att ersätta "Referensuppdrag 2" i svarsbilaga 1 "Kvalificeringskravleverantör" med denna "egenreferens". Denna "egenreferens" kommer att behandlas lika externa referenser.

Av punkten 5.2.3. **Område – Hemsjukvård och särskilda boenden** framgår att anbudspris per timma bildar utgångspunkten för utvärderingen. Vidare anges bl.a. följande. Beroende på vilket avdrag anbudsgivaren erhåller för leverans kvalitet, återkoppling och kundansvar, reduceras anbudssumman med ett avdrag i kronor.

LEVERANSKVALITET: Referentens bedömning av anbudssökandes förmåga att kunna leverera personal med:

- relevant kompetens för aktuellt uppdrag,
- kontinuitet vid bemanning hos samma uppdragsgivare.

ÅTERKOPPLING: Referentens bedömning av anbudssökandes återkoppling till beställaren i samband med bokning och bekräftelse av uppdrag.

KUNDANSVAR: Referentens bedömning av anbudssökandes upplägg och rutiner kring kundansvar så som:

- uppföljning

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 13
8775-12 E

- tillgänglighet

Omdöme – Avdrag

Missnöjd = 0 kr, Nöjd = -20 kr, Mycket nöjd = -30 kr

Maximalt avdrag/fråga = -60 kr baserat på två (2) referenser. Den totala anbudssumman kan maximalt reduceras med ett avdrag på -180 kr baserat på två (2) referenser.

I punkten 5.3 Grund för tilldelning av avtal anges följande. Anbud som är ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas med hänsyn tagen till de utvärderingskriterier som är angivna i detta dokument under punkt 2 "Utvärdering". Antaget/antagna blir det/de anbud med lägst jämförelsetal. Jämförelsetal = anbudspris/timme - avdrag i kronor för leverans kvalitet, återkoppling och kundansvar.

I bilagan Kvalificering leverantör till anbudsansökan har Upphandlingsbolaget redogjort för de skall-krav som gäller för anbudsgivare och för anbudets utformning i upphandlingen. I avsnittet med underrubriken Referensuppdrag anges att det krävs att anbudsgivaren har erfarenhet av att arbeta med uppdrag motsvarande de kompetenser och inom de verksamheter som efterfrågas och som anbud lämnas på. Vidare anges att anbudet ska redovisa två (2) referensuppdrag, genomförda de tre (3) senaste åren och att anbudsgivaren ska redogöra för dessa i svarsbilaga 1 "Kvalificering leverantör". Upphandlingsbolaget förbehåller sig att bedöma om uppdraget är motsvarande.

I bilagan Kvalificering tjänst/utvärderingskriterier till anbudsansökan har Upphandlingsbolaget under rubriken 3. Utvärderingskriterier angett vilka faktorer som ska bedömas vid utvärderingen av anbud; pris, leverans kvalitet, återkoppling och kundansvar.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1**DOM**

Leveranskvalitet – utvärderas: Bedömning av anbudsgivarens förmåga att kunna leverera personal med rätt kompetens för aktuellt uppdrag.

Återkoppling – utvärderas: Bedömning av anbudsgivarens återkoppling i samband med bokning och bekräftelse av uppdrag.

Kundansvar – utvärderas: Bedömning av anbudsgivarens upplägg och rutiner kring kundansvar.

Utvärderingen

Av Upphandlingsbolagets utvärderingsprotokoll framgår följande.

Av tio anbudsgivare har åtta, bland dem Medcura, ansetts uppfylla skalkraven, varför deras anbud utvärderats. Vid utvärderingen av Medcuras anbud har prisavdraget för referensuppdrag 1 blivit 0 kr eftersom den angivna referenten slutat sin anställning och hennes ersättare inte kunnat lämna något omdöme eftersom hon inte kände till Medcura. I referensuppdrag 2 har Upphandlingsbolaget utnyttjat möjligheten att använda s.k. egenreferenser. Medcura har i referensuppdrag 2 fått ett prisavdrag med 20 kr eftersom referenten förklarat sig nöjd med Medcuras leveranskvalitet men missnöjd med återkoppling och kundansvar.

Det av Medcura angivna timpriset uppgick till 332 kr och jämförelsebeloppet efter prisavdrag var 312 kr. Motsvarande belopp för de fem anbudsgivare som i utvärderingen fick lägst jämförelsetal var

A	342 kr – 160 kr = 182 kr
B	377 kr – 180 kr = 197 kr
C	395 kr – 180 kr = 215 kr
D	400 kr – 180 kr = 220 kr
E	411 kr – 170 kr = 241 kr

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 15
8775-12 E

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Upphandlingsbolaget i den aktuella upphandlingen, i något av de avseenden som Medcura påstått, har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och om det därför finns grund för att ingripa mot upphandlingen. För ett ingripande krävs också att Medcura har lidit eller kan komma att lida skada till följd av förfarandet.

Medcura har gjort gällande att den utvärderingsmodell som Upphandlingsbolaget använt strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att utvärderingsvariablerna i referensuppgifterna dels enligt såväl förfrågningsunderlaget och EU-rätten är att hänföra till kvalificeringsfasen, dels är alltför otydligt definierade, vilket medfört godtyckliga omdömen från referenterna.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt i målet och i enlighet med EU-rättsliga principer och övrig praxis att referenser kan användas av en upphandlande myndighet både för att bedöma om en anbudsgivare uppfyller uppställda skall-krav och som en del av underlaget för utvärderingen av de lämnade anbuden. I förevarande fall framgår klart av Upphandlingsbolagets förfrågningsunderlag, under rubriken **Kvalificering leverantör**, att referenserna i kvalificeringsfasen endast var avsedda att styrka att anbudsgivaren hade viss erfarenhet av att arbeta med uppdrag av motsvarande art. I punkterna **5.2.1 Metod** och **5.2.2 Referenstagning** anges att innehållet i referenternas omdömen jämte pris skulle ingå i den utvärdering som skulle ligga till grund för hur anbuden skulle rangordnas. Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att det klart framgår av förfrågningsunderlaget att referenserna var avsedda att användas i såväl kvalificeringsfasen som i utvärderingsfasen. Medcura har inte haft något att invända vare sig mot kvalificeringsvillkorens utformning eller hur kvalificeringen av anbud genom-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

förts av Upphandlingsbolaget. Förvaltningsrätten finner därför inte anledning att ytterligare diskutera upphandlingens kvalificeringsfas.

Medcura har även gjort gällande att de parametrar – leverans kvalitet, återkoppling och kundansvar – som referenterna skulle bedöma, väsentligen tar sikte på leverantörens förmåga och kapacitet och inte på hur förmånligt leverantörens anbud är. Enligt bolaget ska en leverantörs förmåga och kapacitet bedömas i kvalificeringsfasen. Enligt Medcura har utvärderingen av anbuden därför påverkats av ovidkommande hänsyn i strid med kraven i 1 kap. 9 § LOU. Enligt förvaltningsrättens mening tar utvärderingskriterierna enligt referensfrågorna inte sikte på leverantörernas allmänna kapacitet utan på hur en leverantör i olika avseenden faktiskt har genomfört liknande uppdrag tidigare. I synnerhet när det gäller upphandling av mer komplicerade tjänster, som i det aktuella fallet, får den upphandlande myndigheten anses ha ett stort och legitimt intresse av att få kännedom om hur en viss leverantör tidigare skött liknande uppdrag. Att de omdömen som referenterna lämnar tillsammans med priset ingår i utvärderingen kan då inte anses som vare sig ovidkommande eller oproportionerligt. Inte heller kan den viktning de kvalitativa kriterierna getts i förhållande till priskriteriet – 180 kronors maximalt prisavdrag i förhållande till ett timpris mellan 342 och 411 kr – anses oproportionerligt. Förvaltningsrätten konstaterar också att det av förfrågningsunderlaget klart framgår vilken vikt de olika kriterierna tillmätts vid utvärderingen. I detta avseende anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget uppfyller rimliga krav på transparens.

Det kan också noteras i detta sammanhang att kravet på transparens när det gäller utvärderingsmetoden bl.a. syftar till att leverantörer ska kunna förstå vad den upphandlande myndigheten värderar och därigenom kunna lämna konkurrenskraftiga anbud. I förevarande fall torde emellertid priset vara den variabel i anbudet som anbudsgivaren faktiskt har kunnat påverka eftersom övriga utvärderingskriterier utgörs av referensomdömen som avser förfluten tid och som leverantören inte kan känna till på förhand. Även om

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 17
8775-12 E

instruktionerna för referenterna vid lämnandet av omdömen i vissa avseenden kunnat vara tydligare har detta sannolikt inte haft någon betydelse för utformningen av de anbud som lämnats i upphandlingen. Det har således inte framkommit att den aktuella utvärderingsmodellen i upphandlingens konkurrensuppsökande skede begränsat leverantörernas möjlighet att utforma konkurrenskraftiga anbud.

Medcura har också anfört att Upphandlingsbolaget genomfört utvärderingen, inklusive inhämtandet av referenser, på ett sätt som missgynnat Medcura och därmed strider mot principen om likvärdig behandling. Medcura anser dels att Upphandlingsbolaget i referensuppdrag 1 borde ha kontaktat Medcura för att få nya kontaktuppgifter till den i anbudet angivna referenten, dels att Upphandlingsbolaget vid utvärderingen inte borde ha använt en egenreferens i referensuppdrag 2 i stället för den referens som bolaget angett i sitt anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget anges att "det är viktigt att anbudsgivaren i förväg säkerställer att (referentens) kontaktuppgifter är korrekta och att referenterna accepterar att lämna efterfrågade uppgifter om anbudsgivaren". Vidare anges att referensuppdraget kommer att resultera i ett prisavdrag om 0 kr om en angiven referent inte nås per mail efter tre försök. Ovanstående kan inte tolkas på något annat sätt än att anbudsgivaren har hela ansvaret för att uppgivna referenter kan nås per e-post av Upphandlingsbolaget. Detta motsvarar också den sedvanliga ansvarsfördelningen när referenser åberopas i olika sammanhang. Därtill innebär formuleringen i förfrågningsunderlaget att Upphandlingsbolaget bundit sig för att vid utvärderingen ge 0 kr i prisavdrag för ett referensuppdrag där referenten inte kan nås på det sätt som anbudsgivaren angett. Enligt förvaltningsrättens mening skulle Upphandlingsbolaget mot denna bakgrund ha brutit mot principerna om transparens och likvärdig behandling om Medcura hade tillfrågats om nya kontaktuppgifter när den i anbudet angivna referenten i referensuppdrag 1 inte kunde nås. Upphandlings-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

bolaget har således haft fog för åtgärden att inte medge något prisavdrag för referensuppdrag 1 vid utvärderingen av Medcuras anbud.

Återstår frågan om Upphandlingsbolagets hantering av egenreferenser vid utvärdering av referensuppdrag 2 kan föranleda ett ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. I förevarande fall har två av anbudsgivarna tidigare utfört samma tjänster enligt ett tidigare ramavtal med, såvitt framgår, i princip samma avropande myndigheter som ingår i den nu aktuella upphandlingen. I en sådan situation får den upphandlande myndigheten anses ha ett stort och legitimt intresse av att den erfarenhet som finns bland de avropande myndigheterna kan beaktas vid utvärderingen av nya anbud från dessa leverantörer. Det framstår som helt oproportionerligt att den upphandlande myndigheten av likabehandlingsskäl vid utvärderingen skulle vara tvungen att bortse från den kunskap och erfarenhet som finns hos avropande myndigheter rörande en anbudsgivare som tidigare utfört samma tjänster för dessa. Medcura synes också ha accepterat att den upphandlande myndigheten inte har möjlighet att ta s.k. egenreferenser när det gäller anbudsgivare som inte tidigare är kända av den upphandlande myndigheten eller dess uppdragsgivare. Däremot har Medcura ansett att upphandlingsbolaget borde ha tagit egenreferenser även för anbudsgivarna Dedicare AB och Vårdextra AB som inte omfattades av det tidigare ramavtalet men som ändå i stor omfattning ska ha utfört tjänster för Göteborgs Stad.

För att egenreferens ska kunna tas enligt förfrågningsunderlaget måste dock referensen avse motsvarande verksamhet som det i målet aktuella området. Det ska också vara en referens som avser verksamhet som utförts någon gång under de senaste tre åren. Medcura har inte visat att Dedicare AB och Vårdextra AB utfört tjänster för Upphandlingsbolagets uppdragsgivare inom det aktuella området eller motsvarande under den aktuella tiden. Om bolagen utfört andra tjänster för Upphandlingsbolagets uppdragsgivare saknar det betydelse eftersom referensuppdragen har som syfte att tillföra information om hur kända anbudsgivare utfört just sådana tjäns-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

ter som är föremål för denna upphandling och inte om leverantörernas allmänna kapacitet i olika avseenden. Förvaltningsrätten anser inte mot denna bakgrund att det förhållandet att Upphandlingsbolaget vid utvärderingen av Medcuras anbud utnyttjat möjligheten enligt förfrågningsunderlaget att använda en s.k. egenreferens i stället för den av anbudsgivaren angivna innebär att Medcura särbehandlats i strid mot principerna i LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten sålunda att den utvärderingsmodell Upphandlingsbolaget använt uppfyller rimliga krav på likvärdig behandling, öppenhet och proportionalitet. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte heller framkommit att utvärderingen av anbuden genomförts på ett sätt som inneburit att Medcuras anbud otillbörligt missgynnats. Det har därmed inte visats att Upphandlingsbolaget har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Medcura lidit skada eller riskerar att lida skada. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed inte, varför Medcuras ansökan om överprövning ska avslås.

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



Peter Kockum

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Per Olofsson.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 19
8775-12 E

ter som är föremål för denna upphandling och inte om leverantörernas allmänna kapacitet i olika avseenden. Förvaltningsrätten anser inte mot denna bakgrund att det förhållandet att Upphandlingsbolaget vid utvärderingen av Medcuras anbud utnyttjat möjligheten enligt förfrågningsunderlaget att använda en s.k. egenreferens i stället för den av anbudsgivaren angivna innebär att Medcura särbehandlats i strid mot principerna i LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten sålunda att den utvärderingsmodell Upphandlingsbolaget använt uppfyller rimliga krav på likvärdig behandling, öppenhet och proportionalitet. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte heller framkommit att utvärderingen av anbudena genomförts på ett sätt som inneburit att Medcuras anbud otillbörligt missgynnats. Det har därmed inte visats att Upphandlingsbolaget har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Medcura lidit skada eller riskerar att lida skada. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger därmed inte, varför Medcuras ansökan om överprövning ska avslås.

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



Peter Kockum

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Per Olofsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsstättens 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 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 3109/1B LOU