



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2011-08-12  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 14129-11  
 14357-11  
 14359-11  
 Enhet 15

**SÖKANDE**

Mix Medicare AB, 556682-1335

Ombud: Anna Gustafsson  
 Advokatfirman Törngren Magnell KB  
 Regeringsgatan 38  
 111 56 Stockholm

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-08-15	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>Doss</b>	<b>Aktbil</b>

**MOTPARTER**

1. Nykvarns kommun
2. Salems kommun
3. Södertälje kommun

Ombud för samtliga: Telge Inköp AB  
 Box 633  
 151 27 Södertälje

**SAKEN**

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

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår Mix Medicare AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 152544

<b>Postadress</b>	<b>Besöksadress</b>	<b>Telefon</b>	<b>Telefax</b>	<b>Expeditionstid</b>
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		<b>E-post:</b> forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

**BAKGRUND, YRKANDEN M.M.**

**Nykvarns kommun, Salems kommun och Södertälje kommun** (kommunerna) har genom ombudet Telge Inköp AB genomfört en samordnad upphandling av bemanningstjänster, resurskonsulter för inhyrning inom Vård och Omsorg, dnr TI 2010-0156 (upphandlingen). Upphandlingen har genomförts som ett förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU och syftar till att ramavtal ska tecknas med fem leverantörer enligt fastställd avropsordning, enligt vilken kontrakt i första hand tilldelas den leverantör som lämnat det bästa anbudet och som kan leverera den tjänst som efterfrågas vid varje tillfälle. I tilldelningsbeslut meddelat den 29 juni 2011 beslutade kommunerna, genom Telge Inköp AB, att teckna ramavtal med bl.a. Mix Medicare AB (bolaget) och därvid rangordna bolaget som nummer 3.

**Bolaget** ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Det förekommer flera brister i förfrågningsunderlaget och tillämpningen av utvärderingsmodellen. Utvärderingskriterierna i upphandlingen utgörs av delkriterierna Pris och Arbetssätt. För kriteriet Arbetssätt gäller följande. Av punkten 2.5 i förfrågningsunderlaget framgår att leverantören under kvalificeringsfasen ska redovisa två referensuppdrag för området med angivna yrkeskategorier som är genomförda efter den 1 januari 2009. Anbudsgivarna kan genom inhämtning av referenser från dessa referensuppdrag tilldelas extrapoäng. Enligt förfrågningsunderlaget finns fyra olika poängnivåer som har använts i utvärderingen, 30 p - MVG, 20 poäng - VG, 10 poäng - G och 0 poäng - IG. Anbudsgivaren ansvarar enligt förfrågningsunderlaget för att referenspersonerna är tillfrågade och har godkänt att uppdraget används som referensuppdrag. Kommunerna förbehåller sig vidare rätten att kontakta och använda egna referenspersoner. Kontrakt tilldelas det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt utifrån den i punkten 4.2 i förfrågningsunderlaget beskrivna utvärderingsmetoden. Genom att

använda sig av resultaten av utvärderingskriterierna Pris och Arbetssätt i en särskild formel får kommunerna fram ett s.k. utvärderingspris. Anbuden rangordnas efter utvärderingspriset. Det anbud som har det lägsta utvärderingspriset är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet o.s.v. Av utvärderingsmodellen följer att den poäng som anbudsgivarna kan erhålla från referenstagningen är viktig, rentav avgörande för tilldelning av kontrakt.

I punkten 4.1 i förfrågningsunderlaget anges att referenser inhämtas efter kontakt via telefon och att en förutsättning för att få poäng är att referenspersonerna överhuvudtaget kan nås. För det fall referenspersonerna inte kan nås tilldelas anbudsgivaren ifråga 0 poäng vad gäller Arbetssätt. Bolaget angav två referensuppdrag som godkändes under kvalificeringsfasen. Referenspersonerna hade tillfrågats och godkänt att uppdragen använts som referensuppdrag. Bolaget tilldelades i tilldelningsbeslutet plats 3 i den fastställda rangordningen av de utvärderade leverantörerna efter att ha fått 0 poäng för Arbetssätt, grundat på att referenspersonerna inte kunnat nås. Bolagets ena referensperson har dock varit i tjänst under hela den veckan (vecka 25) som anbuderna öppnats (anbudsöppning skedde måndagen den 20 juni), men har enligt uppgift inte kontaktats av kommunerna. Den andra referenspersonen har däremot varit på semester men har hänvisat till annan person på telefonsvararen. Det finns ingen information om att kommunerna ska ha försökt att nå den senare referenspersonen. Genom att kontakta referenspersonerna via telefon, och inte genom skriftlig kontakt som kan dokumenteras på ett betryggande sätt, finns ingen möjlighet att kontrollera att principen om likabehandling har iakttagits. Därtill kommer att förfrågningsunderlaget, under semestertider, föreskriver en tilldelning om 0 poäng för det fall att referenspersoner inte går att nå per telefon. Om kommunerna hade tillämpat ett skriftligt förfarande vid referenstagningen hade sådan tilldelning i vart fall kunnat underbyggas av dokumentation. Referenstagningen under utvärderingen brister i kraven på likabehandling och transparens. Dessutom kan ifrågasättas om utvärderingskriterierna har tillämpats

på ett objektivt och enhetligt sätt på samtliga anbudsgivare. Det har i vart fall funnits skäl för kommunerna att inhämta komplettering eller uppgifter som möjliggjort för bolaget att tillse att annan person inom det referensgivande företaget kunnat lämna referenser. Bolaget har enligt förfrågningsunderlaget endast haft ansvar för att referenspersonen är tillfrågad och har godkänt att uppdraget lämnas som referens. Bolaget har tills nyligen haft kontraktsförhållande med bl.a. Nykvarns och Södertälje kommuner. Möjlighet för kommunerna att inhämta egna referenser har funnits med stöd av förfrågningsunderlaget, i vilket kommunerna förbehåller sig rätten att kontakta och inhämta egna referenser. Bolaget ifrågasätter att bolagets referenspersoner överhuvudtaget kontaktats. Om kommunerna hade tillämpat ett skriftligt förfarande under referenstagningen skulle kommunerna i vart fall ha kommit i kontakt med den referensperson som varit i tjänst under tiden för anbudsutvärderingen. Det finns inga skäl att anta att denna referenspersons uppgifter hade lett till en tilldelning av mindre än 10 poäng. Eftersom bolaget lämnat det näst lägsta anbudspriset hade det varit tillräckligt att tilldelas 10 poäng avseende Arbetssätt för att bolaget skulle ha tilldelats plats nummer 1 i den fastställda rangordningen. Tillämpningen av utvärderingsmodellen, i synnerhet utvärderingskriteriet Arbetssätt, har i bolagets fall varit direkt avgörande för vilken plats bolaget tilldelats i rangordningen. Utvärderingsmodellen har tillämpats till nackdel för bolaget, som på grund härav lidit skada. Bolaget yrkar därför att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse av utvärderingen gjorts.

**Kommunerna** bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Upphandlingen avser en tjänst med mycket stora krav på ett arbetssätt som säkerställer snabb leverans och hög kvalitet. Handläggningen kring anbudsprövningen har gått till på följande sätt. Anbudsöppning skedde den 20 juni 2011. Arbetet med att granska inlämnade anbud påbörjades. Den 27 juni 2011 fattades kvalificeringsbeslut baserat på en prövning av att anbud befunnits kompletta, att leverantören hade lämnat

efterfrågade uppgifter samt att aktuell information från Soliditet och Skatteverket erhållits samt att anbuden prövats mot uppställda krav enligt kapitel 2 i förfrågningsunderlaget. Den 28 juni 2011 genomfördes referenstagning med poängsättning och utvärdering av de anbud som bedömts kvalificerade i enlighet med kapitel 3 och 4 i förfrågningsunderlaget. Den 29 juni 2011 fattades beslut om tilldelning. Samtliga anbud har hanterats i enlighet med förfrågningsunderlaget och lika i alla avseenden av handläggningen och förfarandet. För samtliga kvalificerade anbud har referenstagning genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget. De i anbudet angivna referenspersonerna har kontaktats av handläggaren per telefon den 28 juni 2011 med minst tre försök om detta varit nödvändigt. Protokoll har upprättats per anbudsgivare. Vid referenstagningen säkerställs att omdömet motsvarar efterfrågad tjänst och poängen är referenspersonens omdöme. Om information inte går att erhålla eller inte motsvarar efterfrågad tjänst har 0 poäng tilldelats anbudet. De referenspersoner som angetts i bolagets anbud har inte kunnat nås och därmed har information inte kunnat erhållas. Kommunerna har iakttagit en strikt hållning avseende komplettering av referenspersoner. Kommunerna har inte brustit i de grundläggande principerna vid kvalificering, utvärdering och tilldelning av kontrakt. Likabehandlingsprincipen har iakttagits. Redogörelserna i förfrågningsunderlaget är tydliga och transparenta också avseende anbudsprövning. Förutsättningarna framgår för samtliga anbudsgivare vad gäller anbudsutvärdering, poängsättning, utvärderingsmetod, jämförelsetal och tilläggstal. Kommunerna yrkar därför att bolagets begäran om omprövning lämnas utan bifall. I andra hand yrkar kommunerna att rätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Kommunerna ger in och åberopar protokoll från referenstagningen till stöd för sin talan.

**Bolaget** gemälar bl.a. följande. Av kommunernas yttrande framgår att referenstagningen har skett endast under en dag, vilket är anmärkningsvärt i sig, i synnerhet under semestertider. Att en referenstagning endast skulle

utföras under en dag eller under begränsad tid har inte angetts i förfrågningsunderlaget. Denna förutsättning begränsar referenstagningen och är till nackdel för anbudsgivarna eftersom de varken är medvetna om detta eller har ålagts enligt förfrågningsunderlaget att se till att referenspersonerna ska finnas tillgängliga under en viss period eller dag. Inte heller har förfrågningsunderlaget gett anvisning om antal telefonsamtal som ska göras till referenspersonerna. Av protokollet från referenstagningen framgår inte hur många försök kommunerna gjort vid kontakt med bolagets referenspersoner. Protokollet lämnar däremot utrymme för ytterligare tvivel avseende utförandet av referenstagningen och huruvida de grundläggande principerna beaktats. Förfarandet och de förutsättningar som tillämpats och legat till grund för anbudsutvärderingen och referenstagningen har inte framgått av förfrågningsunderlaget. Utformningen av förfrågningsunderlaget har således brustit vad gäller de grundläggande principerna, i synnerhet transparens, förutsebarhet och likabehandling. Stort utrymme har lämnats för godtycklighet i anbudsutvärderingen.

#### **UTREDNINGEN I MÅLET**

Av förfrågningsunderlaget framgår under punkten 4.1 bl.a. följande.

Referenterna kommer att kontaktas via telefon. Samtliga frågor kommer att bedömas av respektive referent. En förutsättning för att erhålla poäng är att de i anbudet angivna referenspersonerna kan nås och lämnar ett omdöme. I det fall information ej går att erhålla eller ej motsvarar efterfrågad tjänst åsätts referensen sämsta möjliga utfall, 0 poäng. Anbudsgivaren ansvarar för att referenspersonerna är tillfrågade och har godkänt att uppdraget används som referensuppdrag. Telge Inköp förbehåller sig dock rätten att kontakta och använda egna referenter.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 5 § LOU anges följande. 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.

### *Förvaltningsrättens bedömning*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, 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 vidare att det visas att sökanden har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Frågan i målet är om utformningen av förfrågningsunderlaget eller den genomförda utvärderingen, särskilt tillvägagångssättet vid kontaktförsöken med referenserna, strider mot LOU eller dess grundläggande principer.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat bl.a. följande. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten till-

mäter 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 gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. 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 LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det generellt sett inte kan anses strida mot LOU eller någon av dess grundläggande principer att enbart ta upp referenser per telefon. Det faktum att kommunerna i förfrågningsunderlaget inte har uppgivit exakt datum och tid för referenstagning medför enligt förvaltningsrättens mening inte heller att någon av de grundläggande principerna har trätts för när. Tillvägagångssättet att tilldela 0 poäng för delkriteriet Arbets sätt i de fall referenspersonen inte kunnat nå framgår direkt av förfrågningsunderlaget och måste därför anses vara förutsebart. Detta tillvägagångssätt kan inte heller, även med beaktande av att det är fråga om semestertider, i sig anses strida mot principen att en utvärderingsmodell ska vara ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Förvaltningsrätten anser således att utvärderingsmodellen som sådan får anses vara förenlig med LOU och dess grundläggande principer.

Frågan är därefter om själva utvärderingen har genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget och uppfyller de grundläggande kraven på bl.a. transparens och likabehandling, dvs. om kommunerna haft fog för att tilldela bolaget 0 poäng avseende delkriteriet Arbets sätt på den grunden att det inte har gått att nå referenspersonerna. Förvaltningsrätten anser att det normalt torde ankomma på anbudsgivaren att tillse att åberopade referenspersoner finns tillgängliga på angivet telefonnummer. Oaktat detta måste det dock ankomma på kommunerna att göra tillräckliga försök att nå de



åberopade referenspersonerna. Av protokollet avseende genomförd referenstagning framgår att kommunerna den 28 juni 2011 har försökt kontakta bolagets två referenser utan resultat. Av förfrågningsunderlaget eller LOU i övrigt kan inte utläsas någon skyldighet för kommunerna att komplettera med egna referenser, att försöka komma i kontakt med referenspersonen på andra sätt än genom angivet telefonnummer eller att kontakta bolaget för att möjliggöra för annan person inom det referensgivande företaget att lämna referenser. Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att vad bolaget har anfört inte visar att kommunernas försök att nå referenspersonerna har varit otillräckliga eller att utvärderingen har genomförts i strid med förfrågningsunderlaget, LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Det faktum att referenstagningen har genomförts under endast en dag i semestertider medför ingen annan bedömning. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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



Helena Löwdell

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Nike Berlin.



# 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 var till 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