



KLAGANDE

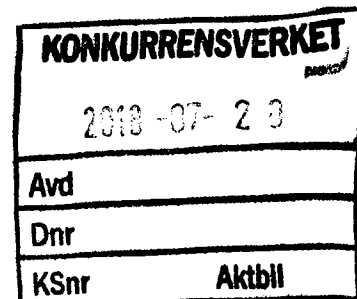
1. Västerbottens läns landsting

2. Region Jämtland Härjedalen

3. Region Norrbotten

4. Region Västernorrland

Ombud för 2–4: Mats Raneblad
Västerbottens läns landsting



MOTPART

Lima Orthopaedics Sweden AB, 556874-9583

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Erik Sigfridsson
Hamilton Advokatbyrå KB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Umeås dom den 6 februari 2018 i mål nr 2228-17,
2282-17 och 2284–2285-17, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår Lima Orthopaedics
Sweden AB:s ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Västerbottens läns landsting, Region Jämtland Härjedalen, Region Norrbotten och Region Västernorrland yrkar i första hand att kammarrätten avslår ansökan om överprövning och i andra hand att målen återförvisas till förvaltningsrätten för förnyad prövning.

Lima Orthopaedics Sweden AB anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

Klagandena anför följande till stöd för sin talan.

Krav 4.2 innebär att styrkande av krav 4.1 uppfylls antingen genom att kvalitetscertifierad leverantör bifogar kvalitetscertifikat, eller att icke kvalitetscertifierad leverantör inkommer med bilaga 5 ifylld med efterfrågad information. Bolaget är inte kvalitetscertifierad och har inte lämnat in bilaga 5 med efterfrågad information. Krav 4.2 är därmed inte uppfyllt redan på grund av kravets ordalydelse.

Bolaget har som svar på krav 4.2 inkommit med certifikat för Link Sweden AB och Limacorporate S.p.A. En leverantör får enligt 14 kap. 6 § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU, åberopa andra företags kapacitet avseende ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kvalitetsledningssystem avser inte sådan kapacitet som omfattas av bestämmelsen. Av praxis följer att krav på att en anbudsgivare ska ha kvalitets- och miljöledningssystem utgör ett kvalitetskrav och att det inte innebär att denne ska ha en viss kapacitet för att kunna utföra åtagandet. Det följer vidare av praxis att kvalitets- och miljöledningssystemen utarbetas individuellt för det enskilda företaget och att endast detta företag anses bundet av de aktuella systemen. Det följer således både

av LOU och praxis att det inte går att åberopa ett annat företags kapacitet för att uppfylla ställda krav på kvalitets- och miljöledningssystem.

För det fall kammarrätten anser att bolaget har rätt att åberopa annans kvalitetsledningssystem har bolaget inte visat att det omfattas av åberopade företags ledningssystem. För att kunna åberopa annans kapacitet måste leverantören visa att den faktiskt kommer att förfoga över nödvändiga resurser genom ett aktivt åtagande från det åberopade företaget. Den dokumentation bolaget inkommit med anger enbart att bolaget är skyldigt att följa vissa kvalitets- och miljöledningsstandarder. Detta är inte bevis på att bolaget faktiskt följer dessa eller har tillgång till åberopade företags ledningssystem. Att det är behöriga firmatecknare som skrivit under åtagandet medför inte någon annan bedömning. Ett skriftligt åtagande kan därmed inte anses vara tillräckligt för att bolaget ska anses vara kvalitets-säkrat. Det kan aldrig vara oproportionerligt att diskvalificera ett anbud i en upphandling för att detta inte uppfyller obligatoriska krav.

Lima Orthopaedics Sweden AB anför följande till stöd för sin inställning.

I krav 4.1 anges att leverantören ska bedriva ett systematiskt kvalitetsarbete inom företaget samt arbeta efter för branschen vedertagna kvalitetssystem och normer. Krav 4.2 är ett krav på bevismedel om uppfyllnad av krav 4.1. Enligt bilaga 5 ska anbudsgivare som inte är ISO-certifierade inkomma med bolagets kvalitetspolicy. Således efterfrågas endast ett bevismedel för uppfyllnad av krav 4.1. Bolaget har visat att det har ett systematiskt kvalitetsarbete för uppfyllnad av uppdraget då bolaget åberopat att certifierade underleverantörer ska utföra hela uppdraget. Därmed kommer kvaliteten i avtalsrelationen också att säkerställas.

Av 14 kap. 6 § LOU framgår att leverantörer får åberopa andra företags kapacitet. Det enda undantag som finns är inte tillämpligt i målen. Det föreligger enligt praxis från EU-domstolen en vidsträckt rättighet för

leverantörer att åberopa andra företags kapacitet. Intyg i form av exempelvis ISO-certifiering utgör ett bevis på att leverantören har viss teknisk och yrkesmässig kapacitet avseende kvalitetssäkring och miljöledning. Att krav på kvalitetsledningssystem är ett krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet framgår även i uttalanden från bl.a. Europeiska kommissionen och Konkurrensverket samt i doktrin. Det är således inte fråga om ett kvalitetskrav.

Bolaget har uppfyllt krav 4.2 genom att åberopa andra företags kapacitet i enlighet med 14 kap. 6 § LOU. I målen är ostridigt att bolaget lämnat in efterfrågade intyg om ISO-certifiering för Link Sweden AB samt moderbolaget Limacorporate S.p.A. Det är vidare ostridigt att bolaget åberopat dessa företag som underleverantörer och att företagen kommer att utföra hela det uppdrag som omfattas av upphandlingen. Även om ISO-certifieringar är företagsspecifika, vilket vitsordas, kan bolaget därför åberopa dessa underleverantörers certifieringar. Genom att ha åberopat och lämnat in ISO-certifiering för åberopade underleverantörer har bolaget uppfyllt kravet. Det har därmed inte funnits något krav på att bolaget ska inkomma med bilaga 5.

Det står vidare i strid med proportionalitetsprincipen att förkasta bolagets anbud. Ändamålet med krav 4.2 måste vara att den som utför arbetet arbetar systematiskt med sitt kvalitetsarbete. Kravet och dess syfte uppfylls därför eftersom arbetet kommer att utföras av certifierade underleverantörer.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten tar inledningsvis ställning till om Lima Orthopaedics Sweden AB:s anbud uppfyller upphandlingens obligatoriska krav 4.2 avseende systematiskt kvalitetsarbete. Av kravet framgår följande: ”Leverantör som är kvalitetscertifierad enligt ISO 9001, eller motsvarande, ska inkomma med certifikat. Icke kvalitetscertifierad leverantör ska inkomma med bilaga 5

ifylld med efterfrågad information. Efterfrågad policy och rutin ska vara fastställd och undertecknad av behörig företrädare”.

Enligt kammarrättens mening framgår det tydligt att det obligatoriska kravet i 4.2 kan uppfyllas på två olika sätt beroende på om leverantören är kvalitetscertifierad eller inte. En leverantör som är kvalitetscertifierad uppfyller kravet genom att komma in med aktuellt certifikat. En leverantör som inte är certifierad ska istället komma in med bilaga 5 och däri efterfrågad information.

ISO 9001 är en internationell ledningssystemstandard för verksamhetsprocesserna i en organisation och baseras på ett antal principer, däribland kundfokus, ledarskap, processinriktning och relationshantering. När en organisation implementerat en ledningssystemstandard och systemet används kan man välja att genomföra en certifieringsrevision, vilket ofta innebär att en extern revisor granskar organisationens processer och rutiner på det område som standarden handlar om. Certifiering betyder godkänd revision. För att bli certifierad krävs således att organisationen uppfyller de krav som finns uppställda i den aktuella ledningssystemstandard.

Det är i målen ostridigt att bolagets ledningssystem inte är kvalitetscertifierat. Bolaget kan inte åberopa en underleverantörs certifiering i en upphandling eftersom certifieringen är individuell. Bolaget är därför att betrakta som en icke kvalitetscertifierad leverantör och kan därför endast uppfylla aktuellt obligatoriskt krav genom att inkomma med bilaga 5 och däri efterfrågad information. Eftersom bolaget inte har kommit in med den aktuella bilagan har det inte uppfyllt det obligatoriska kravet 4.2.

De upphandlande myndigheterna har således gjort rätt som förkastat bolagets anbud och ett förkastande av anbudet kan inte anses strida mot proportionalitetsprincipen. De upphandlande myndigheterna har därmed även haft skäl för att avbryta upphandlingen avseende position A6.

Förvaltningsrättens dom ska därför ändras och bolagets ansökan om överprövning avslås.

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

Charlotte Waas
kammarrättsråd
ordförande

Birgitta Törnered
kammarrättsråd

Esin Tubluk
tf. kammarrättsassessor
referent
(skiljaktig mening,
se nedan)

Frida Englund
kammarrättsfiskal
föredragande

Skiljaktig mening

Esin Tubluk har skiljaktig mening och anför följande.

Det är i målen ostridigt att bolaget inte har lämnat in ett certifikat för dess ledningssystem och att bolaget inte heller har lämnat in bilaga 5 och däri efterfrågad information. Bolaget har dock gjort gällande att de i enlighet med krav 2.2 och 14 kap. 6 § LOU har utnyttjat möjligheten att åberopa annans kapacitet för att uppfylla krav 4.1, och därmed har uppfyllt krav 4.2 genom att ge in den bevisning som efterfrågats för de underleverantörer vars kapacitet de har åberopat. De upphandlande myndigheterna gör emellertid gällande att krav 4.2, som avser systematiskt kvalitetsarbete, inte omfattas av leverantörers rätt att åberopa annans kapacitet enligt 14 kap. 6 § LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår att krav 4.2 innebär att med där särskilt angivna bevismedel – inlämnande av certifikat alternativt

bilaga 5 ifylld med efterfrågad information – visa att krav 4.1 uppfylls avseende leverantörens kvalitetsarbete. Det kan här tilläggas att även de upphandlande myndigheterna är av den uppfattningen då dessa har uppgett att krav 4.2 innebär styrkande av att krav 4.1 uppfylls. Det går därför enligt min mening inte att bedöma uppfyllandet av krav 4.2 isolerat på det sätt att kravet endast avser ett bevismedel som anbudsgivaren själv ska uppfylla, oberoende av om anbudsgivaren ska uppfylla krav 4.1 med egen kapacitet.

Bestämmelsen i 14 kap. 6 § LOU reglerar leverantörers närmast oinskränkta möjlighet att åberopa andra leverantörers kapacitet för att bevisa att denne uppfyller krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet som ställs på leverantören. Rätten är dock inte absolut och myndigheten kan i vissa fall kräva att leverantören själv har kapaciteten. Det kan exempelvis finnas arbeten som är av sådan beskaffenhet att det krävs viss kapacitet som inte kan uppnås genom att flera underleverantörers lägre kapacitet samlas. Möjligheten att kräva att ett visst krav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet uppfylls av anbudsgivaren själv utgör dock en undantagssituation (se EU-domstolens domar *Holst Italia*, C-176/98, ECLI:EU:C:1999:593 samt *Swm Costruzioni 2 SpA och Mannocchi Luigino DI*, C-94/12, ECLI:EU:C:2013:646).

Med hänsyn ovanstående samt till bolagets invändningar om att det har uppfyllt krav 4.2 genom att lämna in bevisning för underleverantörer vars kapacitet de avser att nyttja för uppfyllande av krav 4.1, blir en avgörande fråga om ett krav som avser kvalitetsarbete omfattas av rätten att åberopa annans kapacitet enligt 14 kap. 6 § LOU.

När det gäller kvalificeringskravet teknisk och yrkesmässig kapacitet får den upphandlande myndigheten ställa krav för att se till att leverantören förfogar över nödvändiga resurser och erfarenheter som krävs för att fullgöra kontraktet enligt en lämplig kvalitetsstandard (se 14 kap. 5 §

LOU respektive artikel 58.4 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2014/24/EU av den 26 februari 2014 om offentlig upphandling och om upphävande av direktiv 2004/18/EG, LOU-direktivet).

Som bevismedel för att kvalificeringskravet teknisk och yrkesmässig kapacitet har uppfyllts får den upphandlande myndigheten bl.a. kräva intyg avseende kvalitetssäkringsstandarder i enlighet med 15 kap. 14 § LOU respektive artikel 62 i LOU-direktivet; dvs. sådan certifiering som efterfrågats i nu aktuellt krav 4.2. Den upphandlande myndigheten kan också kräva en beskrivning av de metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten i enlighet med 15 kap. 11 § p. 4 respektive artikel 60.4 och där angiven hänvisning; dvs. bilaga 5 och däri efterfrågad information, vilket utgjort ett andra alternativ för uppfyllande av krav 4.2 (se 15 kap. 6 § LOU respektive artikel 60.1 LOU-direktivet).

För att uppfylla krav som avser teknisk och yrkesmässig kapacitet som anges i 14 kap. 5 § LOU respektive artikel 58.4 LOU-direktivet får en leverantör åberopa andra företags kapacitet (se 14 kap. 6 § LOU respektive artikel 63 LOU-direktivet).

Med hänsyn till ovanstående redovisning av aktuella bestämmelser i LOU och bakomliggande artiklar i LOU-direktivet står det klart att det med kvalificeringskrav avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet även avses sådana krav på kvalitetsarbete som de upphandlande myndigheterna har uppställt i krav 4.1 och 4.2. De upphandlande myndigheterna har inte gjort gällande att de särskilt undantagit rätten att åberopa andra företags kapacitet avseende det aktuella kravet. Det har inte heller i övrigt kommit fram att det skulle röra sig om en sådan undantagssituation att de upphandlande myndigheterna skulle ha skäl att begränsa bolagets rätt i detta avseende. Bolaget har därmed haft rätt att åberopa andra företags kapacitet för uppfyllande av aktuella krav, vilket innebär att de

upphandlande myndigheterna inte har haft skäl att förkasta anbudet med hänvisning till att bolaget själv inte uppfyller krav 4.2.

Jag anser därför att upphandlingen ska rättas på så sätt att bolagets anbud inte ska förkastas på den grunden att bolaget själv inte uppfyllt krav 4.2. Detta innebär även att avbrytandebeslutet avseende position A6 ska upphävas och att upphandlingen även i den delen ska rättas enligt nyss sagda.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2018-02-06
Meddelad i Umeå

Mål nr
2228-17, 2282-17,
2284 - 2285-17

SÖKANDE

Lima Orthopaedics Sweden AB, 556874-9583
Box 180
184 22 Åkersberga

Ombud: Advokaterna Fredrik Linder och Erik Sigfridsson
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

2. Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

3. Region Norrbotten
971 89 Luleå

4. Region Jämtland Härjedalen
831 27 Östersund

Ombud för 2 – 4:
Västerbottens läns landsting
Mats Raneblad
901 89 Umeå

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, såvitt avser position A5, A7 – A8 och C3 – C4, inte får avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att en ny prövning av anbudet genomförts i de delarna.

Förvaltningsrätten upphäver Landstingens beslut att, såvitt avser position A6, avbryta upphandlingen och beslutar att upphandlingen i den delen inte får avslutas förrän rättelse gjorts genom en ny prövning av anbudet.

Dok.Id 78914

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se www.forvaltningsratteniumea.domstol.se	090-13 75 88	måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerbottens läns landsting genomför tillsammans med Region Jämtland Härjedalen, Landstinget Västernorrland och Region Norrbotten en offentlig upphandling av ortopediska implantat (dnr VLL 1645-2016) till angivna landsting (Landstingen). Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Landstingen har beslutat att förkasta anbudet från Lima Orthopaedics Sweden AB och angett följande orsak:

Ska-krav 4.2, inkommit med ISO 13485 för Link Sweden AB samt för Limacorporate S.p.A. Lima Orthopaedics Sweden AB har ej kunnat inkomma med bevis om att de omfattas av någon av dessa certifieringar.

Lima Orthopaedics Sweden AB (Lima) ansöker i förvaltningsrätten om överprövning av upphandlingen, såvitt avser position A5-A8 och C3-C4. Lima yrkar att upphandlingen i de delarna inte får avslutas förrän rättelse gjorts. Vidare yrkar Lima att förvaltningsrätten ska upphäva Landstingens beslut att avbryta upphandlingen avseende position A6.

Landstingen motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDE

Lima anför bl.a. följande.

Lima ställer sig frågande till den bedömning Landstingen gjort eftersom bolaget inkommit med ISO-certifieringar för både LINK SWEDEN AB (Link) och Limacorporate S.p.A (moderbolaget), vilka Lima åberopat som underleverantörer genom att fylla i den bilaga som enligt krav 2.2 skulle fyllas i.

Efter Landstingens begäran om förtydligande den 5 maj 2017 besvarade Lima begäran och lämnade in efterfrågade handlingar. Bl.a. lämnade Lima in ett intyg från moderbolagets verkställande direktör. I intyget angavs bl.a.

att moderbolaget och Lima träffat ett distributionsavtal avseende försäljning. Vidare intygades att Lima träffat två avtal med Link. Det intygades bl.a. att avtalen gav Link agenturen för försäljning, marknadsföring, utbildning, support samt logistik avseende Limas produkter.

Landstingen återkom den 11 maj 2017 med ytterligare en begäran om förtydligande. Lima besvarade begäran genom att ge in två bilagor. I en av dessa intygade Links verkställande direktör bl.a. följande: "Lima Orthopaedics Sweden AB:s verksamhet drivs helt och hållet av LINK SWEDEN AB genom agentavtalet. Därav åberopar vi även de certifikat, antagna program och rutiner som LINK SWEDEN AB innehar eftersom det är LINK SWEDEN AB:s resurser, kompetens, rutiner, personal, logistik, nationell support och utbildningsprogram så väl som kvalitetsrutiner, miljöprogram, reklimations- och avvikelshantering som Lima Orthopaedics Sweden AB hänvisar till i sitt anbud".

Eftersom Link och moderbolaget ska utföra hela det uppdrag som upphandlingen avser och som omfattas av Limas anbud har Lima angett och åberopat dessa två bolag som underleverantörer. Enligt uppgörelsen med Link ska Link bedriva all verksamhet i Sverige som Lima har. Link kommer att uppfylla i princip samtliga avtalsenliga förpliktelser som Lima kommer att ha enligt de ramavtal som upphandlingen avser. Vidare kommer moderbolaget att utföra vissa uppgifter i form av internationell utbildning. Fakturering kommer att ske i Limas namn även om uppgiften de facto utförs av Link. Upplägget har tydligt redovisats i Limas anbud. Link och moderbolaget kommer således att tillsammans utföra allt som omfattas av upphandlingen. Eftersom både Link och moderbolaget omfattas av en sådan ISO-certifiering som avses i krav 4.2 har Lima uppfyllt detta krav.

Huruvida Lima omfattas av Links eller moderbolagets ISO-certifiering är helt irrelevant för Landstingen. Link och moderbolaget har åberopats som

underleverantörer för att utföra hela det uppdrag som upphandlas och som omfattas av Limas anbud. Det relevanta för Landstingen är att de bolag, som faktiskt ska utföra det som omfattas av upphandlingen, har den ISO-certifiering som efterfrågas. Det måste vara ostridigt att Lima åberopat underleverantörer som angetts ska utföra allt som omfattas av upphandlingen samt att dessa två underleverantörer är ISO-certifierade. Om Lima tilldelas kontrakt kommer de avtalsenliga förpliktelserna att utföras av Link och moderbolaget som båda var för sig har efterfrågad ISO-certifiering.

Under dessa förutsättningar har Landstingen agerat i strid mot LOU när Limas anbud förkastades. Att Lima har rätt att åberopa Links och moderbolagets ISO-certifiering avseende det krav som ställts på leverantörens systematiska kvalitetsarbete följer av EU-domstolens praxis, se bl.a. avgörandet C-94/12, och även av LOU.

Av 14 kap. 6 § LOU följer att en leverantör får åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet. Av 14 kap. 5 § LOU följer att ett krav på teknisk och yrkesmässig kapacitet får innebära att leverantören ska förfoga över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som behövs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Enligt 15 kap. 6 § punkten 2 LOU får den upphandlande myndigheten begära att leverantörer ska lämna in utredning som anges i 7 – 15 §§ för att styrka att leverantörerna uppfyller kvalificeringskraven i 14 kap. (alltså bl.a. kravet på teknisk och yrkesmässig kapacitet). I 15 kap. 14 LOU stadgas bl.a. att en upphandlande myndighet ska, om den kräver att leverantören visar upp ett intyg om att leverantören följer vissa kvalitetssäkringsstandarder, precisera kravet genom att hänvisa till viss europeisk standard eller likvärdigt intyg. Ett intyg får alltså lämnas in som bevis. Av ovan angivna bestämmelser följer att ett sådant bevis får efterfrågas för kontroll av leverantören, se 15 kap. 6 § LOU.

Av LOU följer således att ett krav på att leverantören ska visa att denne omfattas av en kvalitetsstandard är ett krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Ett sådant krav får uppfyllas genom att underleverantörers kapacitet åberopas. Lima har därigenom uppfyllt krav 4.2. Vad Landstingen velat säkerställa med kravet, nämligen att den som utför uppdraget systematiskt arbetar med kvalitetsarbete, är därmed säkerställt.

Kravet i krav 4.2 är således ett krav på anbudsgivarnas tekniska och yrkesmässiga kapacitet och inte ett "kvalitetskrav" som Landstingen påstår. Detta framgår även tydligt om man läser krav 4.1 där det anges att "Leverantören ska bedriva ett systematiskt kvalitetsarbete inom företaget samt arbeta efter för branschen vedertagna kvalitetssystem och normer". Det är således ett krav på leverantören att ha ett sådant systematiskt kvalitetsarbete. Att en leverantör bedriver ett sådant systematiskt kvalitetsarbete kan i sig resultera i att viss kvalitet uppnås men det innebär inte att det är ett kvalitetskrav. Istället är det ett krav på leverantören att denne har organiserat sin verksamhet på ett sätt som ska garantera att visst resultat uppnås. Därav kan leverantören även erhålla certifieringar över sitt systematiska kvalitetsarbete (kvalitetsledningssystem). Har en leverantör således den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten att utforma och tillämpa olika rutiner och arbetsprocesser för sitt arbete kan leverantören erhålla en kvalitetscertifiering. Därmed är ett krav på kvalitetscertifiering/systematiskt kvalitetsarbete ett krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

I upphandlingsdokumenten har inte angetts någon begränsning av en leverantörs rätt att åberopa och förlita sig på underleverantörer. Landstingen har således inte angett att det skulle vara otillåtet att lämna ett anbud enligt vilket anbudsgivaren förlitar sig på underleverantörer för att utföra samtliga avtalsenliga förpliktelser. En sådan begränsning av rätten att anlita underleverantörer skulle dessutom stå i strid mot LOU och EU-domstolens praxis (se bl.a. mål C-406/14).

Det ska klargöras att det inte har funnits något krav i upphandlingen på att leverantörerna vid tidpunkten för ingivande av anbud ska visa att denne förfogar över nödvändiga resurser som åberopas hos underleverantörer. Det har endast funnits krav på att leverantörer på begäran ska visa att denne förfogar över nödvändiga resurser genom att uppvisa kopia på samarbetsavtal eller motsvarande med underleverantör, se krav 2.2. Landstingen har inte på något sätt begärt att Lima ska visa att bolaget förfogar över nödvändiga resurser, utan endast begärt förtydligande om att Lima omfattas av ISO-certifieringarna. Landstingen har således inte haft rätt att förkasta Limas anbud på grunden att bolaget inte förfogar över nödvändiga resurser. Det är också först i förvaltningsrätten som Landstingen gör gällande att Lima inte inkommit med ett åtagande.

Dessutom framgår klart och tydligt av Limas anbud att bolaget förfogar över de nödvändiga resurserna. Lima har i anbudet klart och tydligt beskrivit att det är Link som genom ett agentavtal utför Limas verksamhet i Sverige samt kommer att utföra Limas avtalade förpliktelser om det tilldelas avtal i upphandlingen. Vidare har Lima till anbudet bifogat intyg från moderbolaget där det intygas att Lima har erhållit en distributionsrätt av moderbolagets tillverkade produkter (aktuella implantat som Lima offererat i upphandlingen) samt att Lima och Link träffat agentavtalet enligt vilket Link ska bedriva hela Limas svenska verksamhet. Det ska även anges att LF som undertecknat intygandet både är firmatecknare för Lima och för moderbolaget. Limas anbud är även undertecknat och ingivet av GE som är verkställande direktör för Link. Det är således en behörig firmatecknare för Link som beskrivit att Link i egenskap av underleverantör kommer att utföra de avtalsenliga förpliktelserna för Limas räkning. Därmed fanns redan i anbudet ett klart åtagande för Link.

Sammanfattningsvis har Lima åberopat underleverantörer som ska utföra hela uppdraget i upphandlingen och som båda innehar sådan ISO-

certifiering som efterfrågas i krav 4.2 i skall-kravsbilagan. Limas anbud har således i strid mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen, proportionalitetsprincipen, 4 kap. 1 § LOU och 14 kap. 6 § LOU fått sitt anbud förkastat.

Avbrytandebeslutet

Landstingen har avbrutit upphandlingen avseende position A6 på grund av bristande konkurrens då endast ett anbud motsvarade de ställda kraven i upphandlingen. Om inte Limas anbud förkastas kommer två anbud att ha uppfyllt de ställda kraven. Därmed råder inte bristande konkurrens för den aktuella positionen och Landstingen har då inte haft sakligt godtagbara skäl för avbrytandet. Det kan konstateras att Landstingen valt att anta endast två anbudsgivare för ett antal positioner. Mot denna bakgrund ska avbrytandebeslutet upphävas.

Skada

Landstingen har enligt upphandlingsdokumenten avsett att teckna avtal med minst tre leverantörer per position. Av utvärderingsprotokollet följer att Landstingen endast godkänt och antagit två leverantörer för positionerna A5, A7, A8 och C3. Avseende dessa fyra områden skulle Landstingen således ha antagit Limas anbud om det inte hade förkastats varför Lima lidit eller i vart fall riskerat att lida skada på grund av att anbudet, i strid mot LOU, förkastats.

Vad gäller position C4 har Landstingen godkänt och antagit tre leverantörer. Eftersom Landstingen ska anta minst tre leverantörer har Lima, oavsett utfallet i en utvärdering, kunnat antas som leverantör varför Lima i vart fall riskerat att lida skada på grund av att anbudet, i strid mot LOU, förkastats.

Vad gäller position A6 skulle Lima vara en av två godkända anbudsgivare om inte Limas anbud i strid mot LOU förkastats och om avbrytandebeslutet

inte fattats. Limas anbud skulle därmed ha antagits på denna position varför Lima lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Landstingen anför bl.a. följande.

Lima har inkommit med certifikat för Link Sweden AB och Limacorporate S.p.A. Lima har inte inkommit med bilaga 5 med efterfrågad information.

Avtal tecknas mellan Landstingen och antagna leverantörer, inte deras underleverantörer. Det är således de antagna leverantörerna som ansvarar för avtalet och eventuella underleverantörers åtaganden i dess helhet, vilket också framgår av ramavtalsvillkoren i upphandlingsdokumenten. Krav på kvalitetsledningsarbete tar sikte på att säkerställa kvaliteten i avtalsrelationen. Av Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3914-14 framgår att kammarrätten bedömer att ett krav på att en leverantör ska ha ett ledningssystem utgör ett kvalitetskrav och inte ett krav på viss kapacitet hos leverantören. Kravet omfattas således inte av rätten att åberopa annans kapacitet. De av Lima åberopade domarna från EU-domstolen berör endast åberopande av annans kapacitet att utföra avtalat uppdrag, inte kvalitetskrav, och är således inte tillämpliga i aktuellt fall.

Rätten att åberopa annans kapacitet regleras i 14 kap. 6 § LOU. Regleringen innebär ingen materiell ändring i jämförelse med äldre lagstiftning. Kammarrätten i Göteborgs avgörande är således fortfarande relevant.

Av 14 kap. 6 § LOU framkommer att en leverantör får åberopa annans kapacitet för att uppfylla krav som avser ekonomisk och finansiell ställning eller teknisk och yrkesmässig kapacitet enligt 1 § 2 och 3. Ett krav enligt 1 § 3 p. får enligt vad som preciseras i 5 § avse att leverantören förfogar över nödvändiga personalresurser och tekniska resurser samt ha sådan erfarenhet som krävs för att kontraktet ska kunna fullgöras enligt en ändamålsenlig kvalitetsstandard. Landstingen har inte ifrågasatt Limas rätt att använda un-

derleverantörer för att uppfylla kraven på teknisk och yrkesmässig kapacitet. Kvalitetsledningssystem avser inte sådan kapacitet som anges i de aktuella lagrummen. Att leverantören ska ha en kvalitetsstandard nämns överhuvudtaget inte i vare sig, 1, 5 eller 6 §§. Kvalitetssäkringsstandarder räknas inte heller upp i 15 kap. 11 § som preciserar den utredning som en upphandlande myndighet får begära avseende leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Här nämns endast leverantörens resurser för kvalitetssäkring. Tillgång till kvalitetssäkringsstandarder nämns först i 15 kap. 14 § och avser så som Kammarrätten i Göteborg konstaterar inte att leverantören ska ha en viss kapacitet för att kunna utföra åtagandet.

För det fall förvaltningsrätten skulle komma fram till att Lima äger rätt att återropa annans kvalitetsledningssystem har bolaget trots möjlighet till förtydligande inte kunnat inkomma med bevis om att det omfattas av återropade företags kvalitetsledningssystem. För att överhuvudtaget kunna återropa annans kapacitet avseende ställda kvalificeringskrav måste leverantör visa att denne faktiskt kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna genom ett aktivt åtagande från det återropade företaget. Den dokumentation som lämnats in i samband med förtydligande av kravet anger endast att Lima är skyldigt att följa vissa kvalitets- och miljöledningsstandarder. Det är inte ett bevis på att Lima faktiskt följer dessa eller har tillgång till återropade företags ledningssystem.

Avbrytandebeslutet

Vad gäller beslutet att avbryta upphandlingen avseende position A6 har Landstingen haft sakliga skäl för avbrytandet då Limas anbud inte är giltigt och det därmed endast kvarstod ett giltigt anbud.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och

icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lima har anfört att deras anbud felaktigt diskvalificerats.

Det i målet aktuella skall-kravet, upphandlingsdokumentets skall-krav 4.2, lyder enligt följande:

4.2 Krav

Leverantör som är kvalitetscertifierad enligt ISO 9001, eller motsvarande, ska inkomma med certifikat.

Icke kvalitetscertifierad leverantör ska inkomma med bilaga 5 ifylld med efterfrågad information. Efterfrågad policy och rutin ska vara fastställd och undertecknad av behörig företrädare.

I upphandlingsdokumentets Krav 2.2 anges vidare följande:

2.2 Krav

Leverantör ska redovisa de underleverantörer som leverantören behöver nyttja för att klara att genomföra sitt åtagande vid avtalets fullgörande. Med underleverantör avses företag (inkl koncernbolag) och organisationer.

Leverantör ska på begäran visa att denne förfogar över nödvändiga resurser genom att uppvisa kopia på samarbetsavtal eller motsvarande skriftliga dokumenterade uppgörelse med underleverantör. Leverantören ska inkomma med bilaga 3 ifylld med efterfrågad information.

Av handlingarna i målet framgår att Lima saknar egen kvalitetscertifiering enligt ISO 9001 eller motsvarande. Däremot har Lima ingett sådan certifiering för de underleverantörer som avses utföra offererat uppdrag i dess helhet. Frågan i målet är om Lima kunnat åberopa deras kapacitet avseende kvalitetsledningssystem.

Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 3914-14 funnit att en leverantör inte haft rätt att med stöd av 11 kap. 12 § ÄLOU (vilken motsvaras av 14 kap. 6 § i nu tillämplig lydelse av LOU) åberopa ett annat företags miljö- och kvalitetsledningssystem för att uppfylla krav i en upphandling.

Enligt 14 kap. 6 § LOU får en leverantör för ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla krav avseende bl.a. teknisk och yrkesmässig kapacitet. Leverantören ska enligt denna bestämmelse visa att den kommer att förfoga över de nödvändiga resurserna när kontraktet ska fullgöras.

Varken i 14 kap. 6 § LOU eller i aktuell upphandlings upphandlingsdokument har angetts någon begränsning i rätten att åberopa annat företags kapacitet.

Lima hänvisar bl.a. till 14 kap. 5 §, 15 kap. 6 § och 15 kap. 14 § LOU för att styrka sin inställning att ett krav på att leverantören ska visa att denne omfattas av en kvalitetsstandard är ett krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Vidare hänvisar Lima till krav 4.2 i upphandlingsdokumenten där det anges att leverantören ska bedriva ett systematiskt kvalitetsarbete inom företaget samt arbeta efter för branschen vedertagna kvalitetsystem och normer, vilket enligt bolaget visar att det är ett krav på leverantören att ha ett sådant systematiskt kvalitetsarbete. Mot bakgrund bl.a. av vad Lima anfört är det förvaltningsrättens uppfattning att ett krav på att leverantören ska visa att denne omfattas av en kvalitetsstandard måste ses som ett krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Ett sådant krav får uppfyllas genom att andra företags kapacitet åberopas. Lima har därför haft rätt att med stöd av 14 kap. 6 § LOU åberopa Links och moderbolagets kapacitet för att uppfylla krav 4.2. Det kan även noteras att det i punkten 4 i 15 kap. 11 § LOU, vilken avser utredning om en leverantörs

tekniska och yrkesmässiga kapacitet, hänvisas till metoder som leverantören använder för att säkra kvaliteten.

Frågan blir då om Lima visat att det förfogar över nödvändiga resurser för att fullgöra kontraktet. Med hänsyn bl.a. till, av behöriga firmatecknare under-tecknade, intyg från Link och moderbolaget måste Lima anses ha visat att man förfogar över nödvändiga resurser.

På grund av det anförda måste Lima anses ha visat att man uppfyller det krav som ställts på kvalitetsledningssystem. Landstingen har därför inte haft fog för att förkasta Limas anbud på angiven grund. Agerandet strider mot de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet och därmed även mot 4 kap. 1 § LOU. Lima har lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av konstaterade felaktigheter.

Grund för åtgärder enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger därför. Förvaltningsrätten kan enligt nämnda bestämmelse besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Det ankommer på domstolen att besluta om vilken åtgärd som är lämplig i det enskilda fallet.

Med hänsyn till att den i målet aktuella felaktigheten hänför sig till prövningen av anbuden finner förvaltningsrätten det tillräckligt med rättelse på så sätt att anbudsprövningen, såvitt avser position A5, A7-A8 och C3-C4, görs om.

Eftersom Limas anbud enligt förvaltningsrättens mening således uppfyller det krav som utgjort grund för diskvalificering av anbudet faller också skälet för avbrytande av upphandlingen avseende position A6. Härav följer att Landstingen inte haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen avseende nämnd position. Lima har lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av det felaktiga avbrytandet. Beslutet om avbrytande ska därmed

upphävas och rättelse genom ny prövning av anbuden göras avseende aktuell position.

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

Lena Bergsdorf
Rådman

Målen har föredragits av Christina Röckner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.



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. 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 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 krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning 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, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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 avtal inte får ingås, 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 innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. 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 för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

