



KLAGANDE

Capio Sjukvård AB, 556527-3751

Ombud: Jur. kand. Catharina Piper
Advokatfirman Lindahl
Studentgatan 6
211 38 Malmö

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 9 september 2013 i mål nr
6292-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-02-25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska förordnande den 19 september 2013 upphör
därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Capio Sjukvård AB (Capio) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, i första hand ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att även Capios anbud ska delta i utvärderingen och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Region Skånes beslut att inte kvalificera Capio i upphandlingen stri-

der mot EU-rättsliga principer och praxis på området samt mot lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Capio har genom den moderbolagsgaranti som lämnades in tillsammans med anbudet visat att bolaget förfogar över nödvändiga resurser för att fullgöra kontraktet. Moderbolagsgarantins ordalydelse är klar och tydlig och innebär att Ambea AB (Ambea) garanterar Capios ekonomiska förpliktelser i anslutning till driften av den verksamhet upphandlingen avser. Garantin är utformad på sätt som används regelbundet vid offentliga upphandlingar. Capio har i flera andra upphandlingar avseende hälso- och sjukvård åberopat likalydande moderbolagsgarantier utan att dessa har ifrågasatts av de upphandlande myndigheterna.

Garantin är att jämställa med en borgen. Karaktäristiskt för borgensinstitutet är att borgensmannen inte kan avsäga sig sitt åtagande och att detta fortsätter att gälla även om den relation som var utlösande för borgensmannens åtagande upphört att gälla. Detta innebär att garantin fortsätter att gälla även om närståendesambandet mellan moderbolaget och dotterbolaget bryts genom att ägandet i dotterbolaget övergår till ett annat bolag. Garantin fortsätter även att gälla om dotterbolaget skulle försättas i konkurs. Enligt doktrin på området får en garanti som innehåller uttrycket "garanterar" vid en tolkning ofta innebörden att proprieborgen är för handen trots att uttrycket "såsom för egen skuld" inte förekommer.

Regionen har först i kammarrätten åberopat den omständigheten att garantin utgör en enkel borgen. Det ifrågasätts därför om denna omständighet kan beaktas vid kammarrättens prövning av målet, jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål nr 3323-11.

Capio åberopar ett rättsutlåtande av professor Jori Munukka.

Region Skåne (Regionen) anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Vid bedömningen om Capio uppfyller kravet på viss soliditet är

det endast de handlingar och omständigheter som gjorts kända för Regionen före anbudstidens utgång som kan beaktas. Det vidhålls att moderbolagsgarantin saknar nödvändiga skrivningar om vad som ska gälla om ägarsambandet mellan bolagen bryts eller skrivningar om hur eventuella överlåtelser av garantin är tänkta att ske. Dessa brister innebär att garantins räckvidd och tillräcklighet kan ifrågasättas. Regionen delar dock bolagets uppfattning att moderbolagsgarantin är att jämföras med en borgen.

Med hänsyn till att uppdraget avser leverans av en stor del av hälso- och sjukvården till befolkningen i Simrishamns och Tomelilla kommuner är det absolut nödvändigt att verksamheten inte ens tillfälligtvis upphör. Regionen måste därför kunna ha möjlighet att vid Capios eventuella obestånd eller oförmåga att leverera den utlovade tjänsten utkräva ansvar från moderbolaget Ambea direkt utan att först behöva få Capios betalningsoförmåga fastslagen. För att garantin från Ambea ska kunna anses vara till någon nytta för patienterna i detta avseende är det därför helt nödvändigt att den är en proprieborgen alternativt en garanti "on demand" eller "vid första anfordran".

Avgörande för bedömningen om proprieborgen alternativt garanti "on demand" föreligger är att borgensmannens eller garantens primära ansvarstagande har kommit till klart och tydligt uttryck i garantihandlingen. När det gäller proprieborgen krävs ett uttryckligt åtagande – att löftesmannen åtagit sig annan mans gäld såsom sin egen. Vanligtvis uttrycks detta ansvarstagande genom att uttrycket "såsom för egen skuld" används. Saknas ett sådant åtagande är det enligt gällande rätt fråga om en enkel borgen. För att en garanti ska anses stadga ett självständigt ansvar för garanten krävs att handlingen innehåller uttrycket "on demand" eller "vid första anfordran". Något sådant primärt ansvarstagande har inte kommit till uttryck i moderbolagsgarantin.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten har bedömt att Capio inte har visat att bolaget uppfyller kravet om viss soliditet eftersom moderbolagsgarantin saknat skrivningar om vad som ska gälla i det fall ägarsambandet mellan Capio och Ambea bryts eller överlåtelser av garantin sker. Vidare har förvaltningsrätten anmärkt på att det av garantin inte heller framgår att Ambea skulle vara skyldigt att förhindra att Capio försätts i konkurs.

I målet är ostridigt mellan parterna och således utrett att moderbolagsgarantin utgör ett borgensåtagande för Ambeas del. Genom rättsutlåtandet av Jori Munukka, vars slutsatser även stöds av doktrin på området, är det visat att ett sådant borgensåtagande inte upphör att gälla även om Ambea skulle överlåta Capio eller garantin eller om Capio skulle försättas i konkurs. Kammarrätten anser därför till skillnad från förvaltningsrätten att det inte varit nödvändigt att i moderbolagsgarantin särskilt reglera Ambeas ansvar i dessa situationer.

Frågan är därefter om det förhållandet att Regionen först i kammarrätten invänt att moderbolagsgarantin är att anse som en enkel borgen medför att invändningen inte kan ingå i kammarrättens prövning av målet. Av praxis framgår att nya omständigheter får anföras i kammarrätten om det inte leder till att saken blir en annan än den som prövats av förvaltningsrätten. I mål om offentlig upphandling har saken getts en vid tolkning och ansetts omfatta i princip hela upphandlingen (se HFD 2013 ref. 5). Enligt kammarrätten finns det därför inget hinder mot att låta invändningen ingå i prövningen av målet.

Den huvudsakliga frågan är om Regionen haft fog för sitt beslut att utesluta Capio ur upphandlingen med hänsyn till att bolaget inte uppfyllt det ekonomiska kravet om en soliditet på 20 procent eller högre. I den prövningen har kammarrätten att ta ställning till om Capio genom den moderbolagsgaranti

som bolaget lämnat in tillsammans med anbudet visat att bolaget förfogar över nödvändiga finansiella resurser när kontraktet ska fullgöras. Enligt Regionen är syftet med soliditetskravet att så långt som möjligt säkerställa att leverantören har erforderlig ekonomisk och finansiell styrka för att utan avbrott kunna leverera sjukvård under hela kontraktets löptid. Enligt kamrarrättens bedömning måste Capio visa att bolaget genom moderbolagsgarantin förfogar över de hos Ambea åberopade resurserna på samma sätt som bolaget förfogar över sina egna ekonomiska resurser för att soliditetskravet ska anses uppfyllt. Detta innebär att Regionen med stöd av moderbolagsgarantin direkt måste kunna ta i anspråk Ambeas ekonomiska resurser för det fall Capio inte fullgör förpliktelserna enligt avtalet. Det är därför av avgörande betydelse vilken rättslig karaktär moderbolagsgarantin har.

En enkel borgen innebär att gäldenären svarar i första hand för skulden och först när gäldenären inte fullgör sitt åtagande kan borgensmannen krävas. Denna typ av borgen utgör en subsidiär förpliktelse som aktualiseras först när huvudgäldenärens oförmåga har dokumenterats på ett kvalificerat sätt. Vid proprieborgen kan borgenären däremot välja att omedelbart vända sig till borgensmannen med sin fordran. Detta innebär att borgenären inte behöver söka att på rättslig väg utkräva sin fordran av huvudgäldenären innan han vänder sig mot borgensmannen. En sådan borgen förutsätter att borgensmannen åtar sig ansvar för gäldenärens förpliktelser "såsom för egen skuld". En garanti som innehåller uttrycket "on demand" eller "vid första anfordran" innebär ett mer långtgående ansvar för garanten än vad som följer av en borgen – nämligen att ansvar kan utkrävas av garanten oavsett om någon förpliktelse för huvudgäldenären gentemot borgenären visat sig föreligga.

Av moderbolagsgarantin framgår följande.

Carema Sjukvård AB, organisationsnummer 556527-3751, har den 29 juni 2012 lämnat anbud på drift av Simrishamns Sjukhus, Region Skåne med ref nr 1101440.

Carema Sjukvård AB:s moderbolag Ambea AB, organisationsnummer 556801-0788, garanterar leverantörens ekonomiska förpliktelser i anslutning till driften av verksamheten som åligger Carema Sjukvård AB i förhållande till Region Skåne (organisationsnummer 232100-0255) under eventuellt kontrakt som ingås med anledning av ovan nämnda anbud.

Borgen är giltig från tidpunkten för driftsstart och under kontraktets hela löptid, 2013-05-01 tom 2018-04-30 samt under eventuell förlängning av kontraktet.


Enligt kammarrättens uppfattning krävs för att uppfylla Regionens krav i förfrågningsunderlaget att Ambea i moderbolagsgarantin i vart fall har åtagit sig ett proprieborgensansvar eller därmed jämställt ansvar för Capios ekonomiska förpliktelser. Med hänsyn till lydelsen av moderbolagsgarantin anser kammarrätten inte att något sådant ansvar kommer till klart uttryck i handlingen. Det framstår därför som oklart om Regionen har möjlighet att genom moderbolagsgarantin direkt hålla Ambea ekonomiskt ansvarigt. I det aktuella upphandlingsförfarandet har det inte heller kunnat krävas av Regionen att utreda åtagandets exakta räckvidd. Capiro har därför inte visat att bolaget förfogar över nödvändiga finansiella resurser när kontraktet ska fullgöras. Den omständigheten att Capiro vid andra upphandlingar åberopat likalydande garantier utan att dessa ifrågasatts ändrar inte kammarrättens bedömning. Regionen har därför haft fog för sitt beslut att utesluta Capiro från upphandlingen. Överklagandet ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap.

LOU.


Ingvar Johansson


Ann-Marie Holmstedt
referent


Lennart Berglund


/Anna Bohlin



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ**
Avdelning 1

DOM
2013-09-09
Meddelad i
Malmö

Bilaga A

Sida 1 (7)

Mål nr
6292-13

SÖKANDE

Capio Sjukvård AB, 556527-3751
Vretenvägen 13
171 29 Solna

Ombud: Catharina Piper
Advokatfirman Lindahl
Studentgatan 6
211 38 Malmö

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut den 24 juni 2013 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Capio Sjukvård AB (Bolaget) har ansökt om överprövning av Region Skånes (Regionen) upphandling avseende drift av närsjukvård och viss specialiserad vård i Tomelilla och Simrishamns kommuner, dnr 1101440. Förvaltningsrätten avslog bolagets ansökan genom dom den 29 november 2012 (mål nr 10559-12).

Bolaget överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg. Kammarrätten har genom dom den 19 juni 2013 (mål nr 8800-12) återförvisat målet till förvaltningsrätten för prövning såvitt avser frågan om Bolaget genom den till anbudet bifogade moderbolagsgarantin från Ambea AB, har visat att Bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Förvaltningsrätten har, på yrkande av Bolaget, den 24 juni 2013 beslutat att Regionen inte får ingå avtal innan något annat har bestämts avseende upphandlingen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Bolaget har yrkat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjort på så sätt att Bolagets anbud beaktas alternativt att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan i den del som nu ska prövas har Bolaget anfört bl.a. följande. Bolaget har till sitt anbud bifogat en moderbolagsgaranti från koncernen för att visa på sin ekonomiska stabilitet och finansiella ställning. Regionen har dock funnit att Bolagets anbud inte uppfyller skalkravet att ha en soliditet på 20 procent eller högre.

Den avgörande frågan är om Regionen har rätt att utesluta Bolaget ur upphandlingen och därtill inte godta den moderbolagsgaranti vilken Bolaget

bifogat sitt anbud. Upphandlingen är en upphandling av B-tjänst över tröskelvärde och rättigheten att åberopa annat företags kapacitet framgår av 15 kap. 15 a § LOU, som bygger på EU-direktiven om offentlig upphandling. Att hänvisa till annat företags kapacitet följer således av 15 kap. 15 a § LOU och är en rättighet för en leverantör, dvs. vare sig det finns ett uppställt skall-krav eller inte så har leverantören denna rättighet. I den svenska lagstiftningen har man valt att införa bestämmelser i LOU som innebär att kapaciteten hos externa företag får åberopas även för upphandlingar under tröskelvärdena. Lagstiftarens intention har varit att EU-rätten i detta avseende ska tillämpas analogvis så att samma rättighet att åberopa extern kapacitet ska gälla för upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU som för andra upphandlingar. Regionen har inte i förfrågningsunderlaget explicit begränsat anbudsgivare att få åberopa annat företags kapacitet.

En moderbolagsgaranti där ett moderbolag med stark finansiell ställning åtar sig att ikläda dotterbolagets förpliktelser enligt samma kontrakt och under hela kontraktperioden bör kunna anses fullt ut möta Regionens krav på soliditet. I detta fall utfärdades garantin av Ambea AB som är moderbolag till Bolaget och som har en soliditet på 76,8 procent vilket kraftigt överstiger de stipulerade 20 procenten. Den utställda moderbolagsgarantin är tydlig och garanterar Bolagets förpliktelser under hela avtalets löptid. Genom att inte ta hänsyn till den moderbolagsgaranti som Bolaget bifogat sitt anbud har Regionen handlat i strid med LOU.

Regionen har motsatt sig bifall till Bolagets talan och anför sammanfattningsvis följande. Regionen frågasätter inte möjligheten att åberopa annat företags kapacitet även i de fall denna möjlighet inte har skrivits in i upphandlingsunderlaget. I den nu aktuella upphandlingen har dock möjligheten att hänvisa till annat företags kapacitet på visst sätt begränsats i och med kravet att "anbudsgivaren ska ha en soliditet om 20 procent eller högre". Av rättspraxis går inte att utläsa något förbud för upphandlande myndighet

att begränsa rätten att åberopa annat företags kapacitet. Tvärtom framgår att upphandlande myndighet har just en sådan möjlighet.

Regionen har vid sin prövning av kvalificeringskraven även beaktat den av Bolaget ingivna moderbolagsgarantin. Garantin gäller dock endast så länge ägandeförhållandet mellan de båda bolagen kvarstår oförändrat. Garantin saknar bl.a. nödvändiga skrivningar om vad som ska gälla i det fall detta ägarsamband bryts eller skrivningar om hur eventuella överlåtelser av garantin är tänkt att ske. Dessa är några av de många brister som föranledde Regionens bedömning att Bolaget inte heller med stöd av den ingivna garantin uppfyller det ställda kvalificeringskravet. Konsekvensen av dessa brister är att garantin när som helst kan upphöra att gälla.

Bolaget har inte genom moderbolagsgarantin visat att det i enlighet med 15 kap. 15 a § LOU förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Bolaget uppfyller således varken ensamt eller med beaktande av den ingivna moderbolagsgarantin det ställda skall-kravet avseende soliditet. Bolaget har därmed rätteligen uteslutits från upphandlingen. Bolaget har även hävdats att Regionen i förfrågningsunderlaget inte explicit begränsat anbudsgivare att få åberopa annat företags kapacitet. Redan i sin första skrivelse till förvaltningsrätten uppgav bolaget dock att det av kravets ordalydelse framgår att kravet avseende soliditet endast kan uppvisas genom att anbudsgivande bolag har en soliditet på 20 procent eller högre.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 15 kap. 15 a § LOU följer att en leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Kammarrätten i Göteborg har genom domen den 19 juni 2013 återförvisat målet till förvaltningsrätten för prövning av om Bolaget genom den till anbudet bifogade moderbolagsgarantin från Ambea AB har visat att Bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Kammarrätten avslog överklagan i den del den avsåg Bolagets invändning att Praktikertjänst AB:s anbud skulle förkastas. Förvaltningsrätten har således i förevarande mål enbart att pröva frågan om Bolaget genom den till anbudet bifogade moderbolagsgarantin har visat att Bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har bl.a. gjort gällande att det uppfyller skall-kravet angående soliditet då det ingivit en moderbolagsgaranti där ett moderbolag med stark finansiell ställning åtar sig att ikläda dotterbolagets förpliktelser enligt samma kontrakt och under hela kontraktperioden. Regionen har dock invänt att garantin saknar bl.a. nödvändiga skrivningar om vad som ska gälla


i det fall detta ägarsamband bryts eller skrivningar om hur eventuella överlåtelser av garantin är tänkt att ske och att Bolaget även med beaktande av moderbolagsgarantin inte har visat att det förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Regionen har även angett att syftet med skall-kravet om att anbudsgivaren ska ha en soliditet på 20 procent eller högre är att det är absolut nödvändigt att verksamheten inte ens tillfälligtvis upphör, då uppdraget innebär att leverantören kommer att svara för en mycket stor del av hälso- sjukvården till befolkningen i Simrishamns och Tomelilla kommuner.

Av den inlämnade moderbolagsgarantin framgår bl.a. att moderbolaget Ambea AB garanterar leverantörens ekonomiska förpliktelser i anslutning till driften av verksamheten som åligger dotterbolaget i förhållande till Region Skåne. Som Regionen har framhållit innehåller dock inte moderbolagsgarantin skrivningar om vad som ska gälla i det fall detta ägarsamband bryts eller skrivningar om hur eventuella överlåtelser av garantin ska ske. Utifrån formuleringen på moderbolagsgarantin framgår inte heller att moderbolaget skulle vara skyldiga att förhindra att dotterbolaget försätts i konkurs.

Mot bakgrund av detta och med hänsyn till att syftet med soliditetskravet bl.a. är att säkerställa att verksamheten inte ens tillfälligtvis upphör anser förvaltningsrätten att Bolaget, även med beaktande av moderbolagsgarantin, inte visat att det uppfyller det aktuella skall-kravet.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att Bolaget inte visat att Regionen har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de principer som bär upp lagen. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Bolagets ansökan härom ska därför avslås. Vid denna utgång i sak ska rättsens interimistiska förordnande upphävas.

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


Anders Mattsson

Alexander Rappe har föredragit målet.

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.

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.