

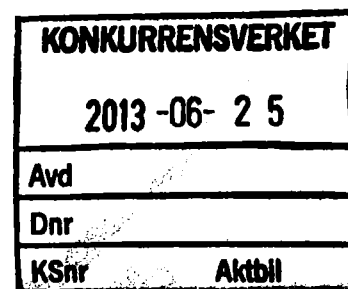


KLAGANDE

Capio Sjukvård AB 555627-3751, tidigare Carema Sjukvård AB

Ombud: Catharina Piper
Advokatfirman Lindahl
Studentgatan 6
211 38 Malmö

MOTPART
Region Skåne
291 89 Kristianstad



ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 29 november 2012 i
mål nr 10559-12, se bilaga A

SAKEN
Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet i den del det gäller yrkande om rättelse på så sätt att Praktikertjänst AB:s anbud förkastas.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom i övrigt och visar målet åter till förvaltningsrätten för prövning av om Capio Sjukvård AB, tidigare Carema Sjukvård AB, genom den till anbudet bifogade moderbolagsgarantin från Ambea AB, har visat att bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Kammarrättens interimistiska beslut den 7 december 2012 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Capio Sjukvård AB, tidigare Carema Sjukvård AB, yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Capios anbud beaktas och att Praktikertjänst AB:s anbud ska förkastas, samt att utvärderingen ska göras om, varvid Capio tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar Capio att upphandlingen ska avbrytas och göras om.

Region Skåne anser att överklagandet ska avslås.

Parterna anför följande till stöd för sin respektive talan.

Capio

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 tröskelvärdet och rättigheten att åberopa annat företags kapacitet framgår av 15 kap. 15 a § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad 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.

Praktikertjänst AB har inte uppfyllt samtliga skall-krav i upphandlingen. Praktikertjänst AB har inte i enlighet med skall-kraven i förfrågningsunderlaget avsnitt 2.8.1 andra och fjärde stycket svarat "vilka rekryteringar som kommer att behöva genomföras" och att man ska "säkerställa att patienter som är aktuella i nuvarande verksamhet inte orsakas avbrott i sin pågående behandling".

Capio åberopar ett rättsutlåtande av jur. dr och advokaten Andrea Sundstrand avseende bl.a. fråga om möjligheten för anbudsgivare i en offentlig upphandling att hänvisa till en extern enhets kapacitet.

Regionen

Regionen ifrågasätter 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. Capio har inte heller genom moderbolagsgarantin visat att det i enlighet med 15 kap. 15 a § LOU förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Capio uppfyller såldes varken ensamt eller med beaktande av den ingivna moderbolagsgarantin det ställda skallkravet avseende soliditet. Capio har därmed rätteligen uteslutits från upphandlingen. Bolaget hävdar nu 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.

Beträffande Praktikertjänst AB är kravet i punkten 2.8.1 att anbudsgivaren ska inge en implementeringsplan. Syftet är således att få in en beskrivning av planerade åtgärder i implementeringsfasen med angivande av när dessa åtgärder kommer att vidtas. Kravet i denna del innebär exempelvis inte att olika individers namn ska anges, utan en beskrivning om vilka rekryteringar som behöver göras och när i tiden detta görs. Motsvarande gäller för kravet att det i planen ska framgå hur anbudsgivaren avser att säkerställa patienters pågående behandling. Kravet i denna del innebär inte en redogörelse för individuella patientärenden hos den nu aktuella vårdgivaren, bl.a. då dessa uppgifter är under ständig förändring och därtill omfattas av sekretess, utan en redogörelse av vilka allmänna åtgärder som avses vidtas till undvikande av avbrott i verksamheten. De svar som Praktikertjänst AB lämnat är tillräckliga för uppfyllande av i punkten 2.8.1 ställda krav.

SKÅLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 15 kap. 15 a § LOU, som är tillämplig i målet, framgår att en leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet.

I förarbetena till 15 kap. 15 a § LOU anges följande. Bestämmelsen ska i allt väsentligt tolkas på samma sätt som sin motsvarighet över tröskelvärdena och den bör så långt som möjligt utformas i överensstämmelse med motsvarande bestämmelser i 11 kap. LOU och LUF. Den skillnaden föreligger emellertid jämfört med motsvarande bestämmelse i 11 kap. att den här föreslagna bestämmelsen inte är begränsad till ”ekonomisk, teknisk och yrkesmässig kapacitet”. Skillnaden beror på att reglerna i 15 kap. inte innehåller lika preciserade bestämmelser om urval av deltagare som de direktivstyrda delarna. Den föreslagna bestämmelsen ger därför anbudssökande och anbudsgivare rätt att vid de angivna förhållandena åberopa andra företags kapacitet (prop. 2009/10:180 s. 296 f. och 348).

Av förarbetena till 11 kap. 12 § LOU, som utgör motsvarigheten till 15 kap. 15 a § på det direktivstyrda området, framgår följande. De nya direktiven reglerar till skillnad från de äldre direktiven möjligheten för en leverantör att ta hjälp av en annan leverantör för att uppnå erforderlig ekonomisk eller teknisk kapacitet. För den leverantör som inte för egen del klarar det kapacitetskrav som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ställt upp som krav i en upphandling är det således möjligt att träffa en överenskommelse med ett annat företag om att detta företag ska ställa sina resurser till anbudssökandens eller anbudsgivarens förfogande. Kan denne med stöd av avtal eller på annat sätt visa att han förfogar över den andra partens resurser och därmed uppnår erforderlig kapacitet i upphandlingen kan den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten inte förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudssökanden eller anbudsgivaren (prop. 2006/07:128 s. 245 f.).

Capio hävdar att 15 kap. 15 a § LOU uttrycker en ovillkorlig rätt för en leverantör att vid lämnande av ett anbud vid behov åberopa en annan leverantörs kapacitet för att nå upp till de krav som ställs av en upphandlande myndighet. Capio menar att detta framgår av såväl LOU som av EU-domstolens rättspraxis. Regionen invänder å sin sida att en sådan begränsning är tillåten så länge den uttrycks tydligt i förfrågningsunderlaget.

Kammarrätten gör följande bedömning.

Den upphandlande myndigheten har enligt egen uppfattning i förfrågningsunderlaget inskränkt anbudsgivarnas möjlighet att uppfylla skall-kraven genom att åberopa andra leverantörers kapacitet. Frågan är om en sådan inskränkning har stöd i gällande regelverk eller om den utgör ett brott mot LOU och i så fall grundar ett ingripande enligt den lagen.

En leverantör får, som nämnts, enligt den aktuella bestämmelsen i 15 kap. 15 a § LOU vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra

företags kapacitet. Leverantören ska när anbud lämnas visa den upphandlande myndigheten att han när kontraktet ska fullgöras kommer att förfoga över de resurser som myndigheten angett i förfrågningsunderlaget. Bestämmelsen handlar om en leverantörs tillgång till andra leverantörers kapacitet i angivna hänseenden. Redan av bestämmelsens första mening framgår att det är leverantörens sak att bedöma om det finns behov av att återropa andra leverantörers förmåga (jfr Karnovs nätupplaga, kommentaren till 11 kap. 12 § LOU).

LOU innehåller inte någon bestämmelse som inskränker denna rätt. Redan bestämmelsens lydelse anger alltså att regeln utgör en skyldighet i det här hänseendet för den upphandlande myndigheten att även beakta andra leverantörers kapacitet om sådan återropas (jfr EU-domstolens dom den 17 mars 2011 i mål C-95/10, p. 39–41 och 44–45). Den tolkningen står också i samklang med det syfte med regleringen som ovan relaterade förarbetsuttalanden ger uttryck för.

Mot den angivna bakgrunden anser kammarrätten att leverantörens rätt att återropa annans kapacitet inte kan inskränkas. Någon efterföljande prövning av om en gjord inskränkning ändå kan anses vara förenlig med allmänna upphandlingsrättsliga principer ska inte heller ske.

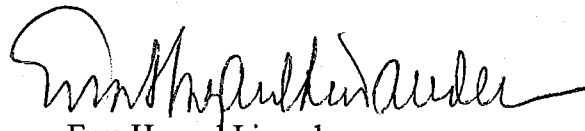
Följdfrågan är då om Capiro i det här fallet, genom den till anbudet bifogade moderbolagsgarantin från Ambea AB, har visat att bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Regionen har invänt mot att så skulle vara fallet. Detta har inte prövats av förvaltningsrätten. I förevarande fall bör kammarrätten som första instans inte göra någon bedömning i denna fråga. Målet ska därför återförvisas till förvaltningsrätten i denna del.


Vad gäller Capios invändning att Praktikertjänst AB:s anbud ska förkastas eftersom anbudet inte lever upp till alla skall-krav gör kammarrätten samma


bedömning som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därför avslås i denna del.

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.


Birgitta Pettersson


Ewa Hagard Linander


Niclas Falkendal
referent
(skiljaktig)


/Marie Andersson

Kammarrättsrådet Niclas Falkendals skiljaktiga mening:

Jag anser att skälen för kammarrättens avgörande borde ha utformats enligt följande.

Den huvudsakliga frågan i målet är om regionen haft rätt att utesluta Capio från upphandlingen på den grunden att bolaget inte uppfyllt kvalificeringskravet enligt punkten 1.2.7, dvs. att anbudsgivaren ska ha en soliditet på 20 procent eller högre, trots att bolaget åberopat annat företags kapacitet i form av en moderbolagsgaranti.

Av 15 kap. 15 a § LOU, som är tillämplig i målet, framgår att en leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet.

Av bestämmelsen följer att det inte finns några hinder mot att en anbudsgivare åberopar ett annat företags kapacitet även i de fall denna möjlighet inte har skrivits in i förfrågningsunderlaget. Detta är också ostridigt i målet.

Regionen har dock menat att möjligheten för en anbudsgivare att åberopa ett annat företags kapacitet har begränsats i den aktuella upphandlingen genom att det i förfrågningsunderlaget angetts ett krav på att anbudsgivaren ska ha en soliditet om 20 procent eller högre, och att en sådan begränsning är tillåten. Capiro har också i sin ursprungliga ansökan om överprövning anfört att det av det aktuella kravets ordalydelse bl.a. framgår att kravet avseende soliditet endast kan uppvisas genom att anbudsgivande bolag har en soliditet på 20 procent. Bolaget har numera i kammarrätten även anfört att regionen i förfrågningsunderlaget inte explicit har begränsat anbudsgivare att få åberopa annat företags kapacitet. Frågan är då om kravet i 1.2.7 i förfrågningsunderlaget innebär en sådan begränsning.

Mot bakgrund av ordalydelsen av 15 kap. 15 a § LOU innebär det förhållandet att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget uttryckligen angett att anbudsgivaren ska ha viss kapacitet inte en begränsning för en anbudsgivare att åberopa ett annat företags kapacitet. Det aktuella kravet i 1.2.7 i förfrågningsunderlaget innebär därför inte att Capiro varit förhindrad att åberopa moderbolagsgarantin. Regionen har därför inte haft fog för att utesluta Capiro från upphandlingen på den angivna grunden.

Följdfrågan är då om Capiro i det här fallet, genom den till anbudet bifogade moderbolagsgarantin från Ambea AB, har visat att bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Regionen har invänt mot

att så skulle vara fallet. Detta har inte prövats av förvaltningsrätten. I förevarande fall bör kammarrätten som första instans inte göra någon bedömning i denna fråga. Målet ska därför återförvisas till förvaltningsrätten i denna del.

Vad gäller Capios invändning att Praktikertjänst AB:s anbud ska förkastas eftersom anbudet inte lever upp till alla skall-krav gör kammarrätten samma bedömning som förvaltningsrätten. Överklagandet ska därför avslås i denna del.



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2012 -11- 29
Meddelad i
Malmö

Mål nr
10559-12 E

Sida 1 (9)

Bilaga A

SÖKANDE

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

Ombud: Chefsjurist Catharina Piper
Ambea Sverige AB
c/o Carema
Box 1565
171 29 Solna

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Carema Sjukvård AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför en upphandling avseende drift av närsjukvård och viss specialiserad vård i Tomelilla och Simrishamns kommuner, dnr 1101440. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Praktikertjänst AB (Praktikertjänst) har tilldelats kontraktet.

Carema Sjukvård AB (Carema) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Caremas anbud beaktas och att Praktikertjänsts anbud förkastas samt att utvärderingen görs om varvid Carema tilldelas kontraktet. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Carema anför bl.a. följande.

Caremas anbud

Regionen har funnit att Caremas anbud inte uppfyller skall-kravet avseende att ha en soliditet på 20 procent eller högre. Skall-kravet avseende soliditet strider mot proportionalitetsprincipen eftersom regionen inte tillåtit någon annan bevisning för anbudsgivarens soliditet såsom t.ex. moderbolagsgaranti. Anbudsgivare har avseende soliditet således inte haft möjlighet att styrka sin stabila ekonomiska stabilitet på annat sätt. Carema bifogade till sitt anbud en moderbolagsgaranti från koncernen för att visa på sin ekonomiska stabilitet och finansiella ställning. Av praxis framgår att det är en rättighet för anbudsgivare att hänvisa till annat företags kapacitet genom moderbolagsgaranti, se EU-domstolens dom i mål C-176/98 och i mål C-218/11. Inte heller avsaknaden av hänvisning innebär att det uttryckligen måste framgå av förfrågningsunderlaget att anbudsgivare har rätt att åberopa annat företags kapacitet för att sådan rätt ska uppkomma, se Kammarrätten i Stockholm mål nr 8202-09. Vidare framgår det av 15 kap. 15 a § LOU att rätt föreligger för anbudsgivare att åberopa annat företags kapacitet. Detta oavsett om det finns ett uppställt skall-krav eller ej.

Skall-kravet strider även mot likabehandlingsprincipen eftersom anbudsgivare som inte har en soliditet på 20 procent inte tillåts att föra bevisning för sin stabila ekonomiska ställning på annat sätt. Alla anbudsgivare har inte kunnat lämna anbud på ett likvärdigt sätt. Att endast ange att anbudsgivare ska ha en soliditet på 20 procent är diskriminerande mot nystartade bolag, dotterbolag och bolag som bedrivs i skatterättslig kommission. Soliditeten i ett dotterbolag är inte på något sätt en indikation på koncernens finansiella styrka. Soliditet är ett finansiellt nyckeltal avseende långsiktig betalningsförmåga. Det är däremot god likviditet som indikerar om konkursrisken hos ett bolag är låg. En moderbolagsgaranti där ett moderbolag med stark finansiell ställning åtager 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 Carema och som har en soliditet på 76,8 procent vilket kraftigt överstiger de stipulerade 20 procenten. Den utställda moderbolagsgarantin är tydlig och garanterar Caremas förpliktelser under hela avtalets löptid.

En upphandlande myndighet får inte utesluta en leverantör enbart på kreditomdöme utan en upphandlande myndighet har en utredningsskyldighet avseende finansiell styrka och ekonomisk kapacitet, se RÅ 2005 ref. 47. Det är uppenbart att regionen inte har gjort någon individuell bedömning av Caremas finansiella ställning. Detta förfaringssätt har fått till följd att Carema inte har haft möjlighet att med egen utredning bemöta regionens påstående kring Caremas soliditet. Ingen fråga har ställts till Carema för att bedöma anbudsgivarens ekonomiska ställning.

Genom att uppställa det aktuella skall-kravet avseende soliditet samt genom att inte ta hänsyn till den moderbolagsgaranti som Carema bifogat sitt anbud har regionen handlat i strid med LOU.

Praktikertjänsts anbud

Praktikertjänst har inte svarat på skall-kraven avseende vilka rekryteringar som kommer att behöva genomföras vid implementeringen och att implementeringsplanen ska säkerställa att patienter som är aktuella i nuvarande verksamhet inte orsakas avbrott i sin pågående behandling. Framför allt har Praktikertjänst inte svarat i enlighet med hur frågorna har ställts. Praktikertjänst uppfyller således inte skall-kraven då de inte redogör i sitt anbud för hur de avser att uppfylla kraven. En upphandlande myndighet kan inte bortse från om en anbudsgivare inte uppfyller skall-krav då detta är ett brott likabehandlingsprincipen. Eftersom Praktikertjänsts anbud inte uppfyller skall-kraven borde regionen ha förkastat anbudet.

Region Skåne bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande.

Caremas anbud

Skall-kravet avseende att anbudsgivaren ska ha en soliditet på 20 procent eller högre avser specifikt och enbart den juridiska person som avger anbudet dvs. anbudsgivaren. Regionen har i detta fall begränsat möjligheten för anbudsgivaren att enligt 15 kap. 15 a § LOU åberopa annat företags kapacitet. Vanligen kan anbudsgivarna åberopa annat företags kapacitet vilket EU-domstolens dom i mål C-218/11 också bekräftar. Den rättspraxis som Carema hänvisar till avser situationer när upphandlade myndighet inte har valt att begränsa möjligheten att åberopa annat företags kapacitet. För det nu aktuella skall-kravet har dock klart och tydligt angetts att detta endast kan uppfyllas av anbudsgivaren. Skall-kravet är således uttryckligen begränsat på så sätt att det inte finns någon möjlighet att åberopa något annat företags kapacitet vid uppfyllandet av detta skall-krav.

Det nu aktuella uppdraget innebär att leverantören kommer att svara för en mycket stor del av hälso- och sjukvården till befolkningen i Simrishamn och Tomelilla. Som exempel på verksamhetens stora och omedelbara bety-

delse för ett stort antal patienter kan nämnas att det i uppdraget ingår slutenvård med ett stort antal vårdplatser och vidare vårdformerna invärtesmedicin och kardiologi. Regionen kan konstatera att synnerligen höga krav måste ställas på varje anbudsgivare som ska anses vara kvalificerad för detta slags uppdrag. Det är absolut nödvändigt att verksamheten inte ens tillfälligtvis upphör. Regionen har inför upphandlingen helt nyligen erfarit konsekvensen av att tillåta att annat företags kapacitet åberopas. Händelserna har varit medialt omskriva och det tydligaste exemplet gällde ambulanssjukvården. Det regionen har erfarit är att denna slags garantier inte innebär att moderbolagen är skyldiga att genom ekonomiskt tillskott till dotterbolaget eller på annat sätt förhindra att regionens avtalspart försätts i konkurs. Regionen har därför medvetet valt att uppställa det skarpa kravet på att anbudsgivaren själv måste uppvisa en soliditet om minst 20 procent. En alltför låg soliditet indicerar nämligen en ökad risk för just det som inte får inträffa dvs. att leverantören försätts i konkurs och verksamheten upphör. Regionen kan inte tillåta att ett mycket stort antal patienter riskerar att gå miste om livsavgörande hälso- och sjukvård. Begränsningen i förevarande upphandling är proportionerlig. Carema har en soliditet om 6,5 procent och uppfyller inte det aktuella skall-kravet. Anbudet har därmed utslutits från vidare utvärdering.

Det är enligt gällande rätt inte tillåtet att låta en anbudsgivare efter anbudstidens utgång komplettera ett skall-krav. Regionen förbehåller sig rätten att begära in kompletterande information endast för de fall anbudsgivaren redan i sitt anbud har visat att man uppfyller ställda skall-krav. Att Carema har efterfrågat en möjlighet att komplettera sitt anbud föranleder ingen annan bedömning eftersom rättsläget varken ger anbudsgivaren rätt eller upphandlande myndighet möjlighet att komplettera ett skall-krav. Eftersom det krav som Carema inte uppfyller är ett klart och tydligt skall-krav har regionen varit förhindrad att efterfråga en komplettering.

Praktikertjänsts anbud

I Praktikertjänsts anbud anges bland annat att ett antal nyckelpersoner inom olika kompetensområden kommer finnas tillgängliga som stöd inom respektive område och därmed säkra nödvändig kompetens vilket är viktigt för att infria en smidig och friktionsfri övergång. All personal som vid övertagandetillfället är anställda kommer att erbjudas anställning på oförändrade villkor och Praktikertjänst kommer att tillse att övergången av verksamheten sker på ett så bra sätt som möjligt så att den löpande driften inte påverkas. Vidare anges att i direkt anslutning till undertecknande av avtalet aktiveras en implementeringsgrupp som har stor erfarenhet av verksamhetsövergångar och som dessutom varit nyckelpersoner i Simrishamn vid Praktiertjänsts tidigare uppdrag. En hemsida lanseras i samband med verksamhetsövergången för att patienter direkt från start ska få korrekt information. Regionen konstaterar att Praktikertjänst klart och tydligt avgett svar på samtliga ställda frågor i de av regionen tillhandahållna dokumenten och anbudet uppfyller otvetydigt de av Carema ifrågasatta skalkraven. Regionen har rätteligen låtit utvärdera Praktikertjänsts anbud.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

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.

I 15 kap. 12 § LOU anges att upphandlande myndighet får begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling.

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.

I förfrågningsunderlaget punkt 1.2.3. anges att anbudsprövning genomförs i två delar, en kvalificering och en prövning/utvärdering gentemot uppställda bedömningskriterier. Anbud som inte uppfyller samtliga ställda skall-krav kommer inte att beaktas.

I punkt 1.2.7. anges att anbudsgivaren och eventuella underleverantörer ska ha en god och stabil ekonomisk ställning som svarar mot uppdragets omfattning och innehåll. Anbudsgivaren ska ha en god kreditvärdighet, minst 60 enligt en kreditupplysning hos Creditsafe eller motsvarande rating hos likvärdigt kreditupplysningsinstitut. Anbudsgivaren ska ha en soliditet på 20 procent eller högre och bör ha en kassalikviditet på minst 1,0. Region Skåne förbehåller sig rätten att begära in kompletterande information för att kunna bedöma anbudsgivarens ekonomiska ställning.

I punkt 2.8.1. anges att implementeringsplanen ska innehålla vilka rekryteringar som kommer att behöva genomföras. Implementeringsplanen ska även säkerställa att patienter som är aktuella i nuvarande verksamhet inte orsakas avbrott i sin pågående behandling.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

Caremas anbud

Carema har gjort gällande att regionen avseende skall-kravet soliditet inte tillåtit Carema att åberopa andra företags kapacitet i form av en moderbolagsgaranti samt anfört att det är en rättighet för anbudsgivare att hänvisa till annat företags kapacitet. Vidare görs gällande att kravet är oproportionerligt och att kravet strider mot likabehandlingsprincipen.

Att en anbudsgivare ska ha en soliditet på 20 procent eller högre utgör ett s.k. skall-krav. En leverantör får normalt åberopa andra företags kapacitet i syfte att förfoga över nödvändiga resurser vid kontraktets fullgörande. Frågan i målet är om regionen i förevarande upphandling haft rätt att inskränka en anbudsgivares möjlighet att åberopa annat företags kapacitet genom att uppställa det aktuella skall-kravet.

En upphandlande myndighet har möjlighet att begränsa rätten att återropa andra företags kapacitet (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 5795-10 och i mål nr 4460-12). En sådan begränsning måste dock framgå av annonsen, i förfrågningsunderlaget eller i annat underlag som har varit tillgängligt för anbudsgivarna före det att anbudstiden löpte ut. Det är i målet ostridigt att förevarande upphandlings förfrågningsunderlag anger att anbudsgivaren ska ha en soliditet på minst 20 procent. Det har således klart och tydligt framgått av förfrågningsunderlaget att det är anbudsgivaren som har att uppfylla skall-kravet. En begränsning av rätten att återropa andra företags kapacitet har således framgått av förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrätten har regionen således haft rätt att inskränka möjligheten att återropa annat företags kapacitet genom att uppställa det aktuella skall-kravet.

Ett krav som i sig självt innebär att det inte får uppfyllas genom återopande av annans kapacitet innebär en inskränkning mot huvudregeln och fråga är då om denna inskränkning är proportionerlig. Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara både nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträfvade syftet och de vidtagna åtgärderna. Regionen har anfört att sjukvården är livsviktig för ett mycket stort antal individer och att en alltför låg soliditet indicerar en ökad risk för att en leverantör försätts i konkurs och att verksamheten upphör. Mot bakgrund härav och med beaktande av de negativa konsekvenser som kan uppstå anser förvaltningsrätten att kravet inte strider mot proportionalitetsprincipen då kravet i förevarande upphandling inte är mer långtgående än vad som är nödvändigt i förhållande till det som upphandlas. Inte heller strider kravet mot likabehandlingsprincipen.

En upphandlande myndighet får begära att ett anbud kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. En upphandlande myndighet har således en möjlighet men ingen skyldighet att begära in kompletteringar. I förevarande upphandling har Carema inte uppfyllt det uppställda skall-kravet. Vid sådant förhållande är regionen emellertid förhindrad att begära in kompletteringar.

En upphandlande myndighet får inte utesluta en leverantör enbart på kreditömdöme. I förevarande fall har Carema inte blivit förkastat på grund av inhämtade upplysningar från ett kreditupplysningsföretag.

Praktikertjänsts anbud

Att implementeringsplanen ska innehålla vilka rekryteringar som kommer att behöva genomföras samt säkerställa att patienter inte orsakas avbrott i sin pågående behandling utgör också s.k. skall-krav. Praktikertjänst har i sitt anbud svarat "ja" på att bolaget uppfyller kraven i punkt 2.8.1. och utförligt presenterat sin implementeringsplan. Utifrån de uppgifter som presenterats i implementeringsplanen finner förvaltningsrätten att Praktikertjänst således uppfyller de uppställda skall-kraven.

Sammanfattning

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Carema inte visat att Region Skåne 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. Caremas ansökan härom ska därför avslås.

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


Marianne Alwall

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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.