



KLAGANDE

Unilabs AB, 556118-7179

Ombud: Advokat Susanne Wiklund
Box 1
451 15 Uddevalla

MOTPARTER

1. Stockholms läns landsting

Ombud: Landstingsjurist Johan Johansson
Landstingsstyrelsens förvaltning, SLL Juridik
Box 22550
104 22 Stockholm

2. Aleris Sjukvård AB, 556068-8425

Ombud: Advokat Bob Johanson, advokat Björn Tude och jur.kand.
Caroline Gulliksson Dock
Box 5747
114 87 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

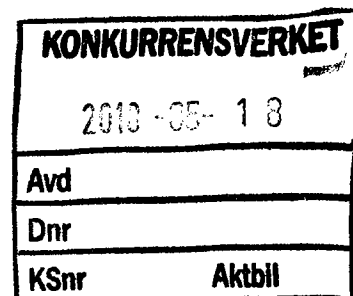
Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 27 oktober 2017
i mål nr 7947-17, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten bifaller överklagandet på så sätt att förvaltningsrättens dom upphävs i den del den avser upphandlingsobjekt 2 i Stockholms läns landstings upphandling av tjänster inom klinisk laboratoriemedicin (dnr LS 2016-1310) och visar målet åter till förvaltningsrätten för fortsatt prövning av Aleris Sjukvård AB:s ansökan om överprövning av upphandlingsobjekt 2 i vilken Unilabs AB:s anbud inte ska uteslutas ur



anbudsutvärderingen på den grunden att Unilabs AB inte uppfyllt kraven i punkt 7.4 i Anbudsinbjudan till upphandlingen.

2. Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av tjänster inom klinisk laboratoriemedicin där Unilabs AB (Unilabs) tilldelades uppdraget för samtliga tre upphandlingsobjekt. För upphandlingsobjekt 2 kom Aleris Sjukvård AB (Aleris) tvåa. Aleris ansökte om överprövning av upphandlingen i förvaltningsrätten som i dom den 27 oktober 2017 biföll ansökan på så sätt att Unilabs anbud inte skulle beaktas i anbudsutvärderingen för upphandlingsobjekt 2.

YRKANDEN M.M.

Unilabs yrkar att kammarrätten ska lämna Aleris ansökan om överprövning utan bifall och att SLL:s tilldelningsbeslut av den 21 mars 2017 alltjämt ska gälla.

Unilabs anför bl.a. följande. Unilabs har uppfyllt alla ska-krav och SLL har inte agerat i strid med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Unilabs har inte åberopat annans kapacitet. I en bilaga till anbudet benämnd ”Annans kapacitet” har man redovisat att man anlitar underleverantören Karolinska Universitetslaboratoriet (KUL) för analyser som man skulle kunna utföra men väljer att köpa. Det framgår tydligt i anbudet att Unilabs avser att utföra hela uppdraget självt och det är utifrån den informationen som SLL får antas ha prövat om Unilabs uppfyller ska-kravet på teknisk kapacitet. För det fall Unilabs anses ha åberopat annans kapacitet anser Unilabs att KUL, som är en enhet inom den juridiska personen SLL, inte är ett ”annat företag” i LOU:s mening och att Unilabs därför inte åberopat annans kapacitet eftersom det inte är en tredje part i förhållande till SLL och Unilabs. Om KUL ändå anses vara ett annat företag har SLL kännedom om sin egen laboratorieverksamhet vid KUL och har därmed kunnat godta Unilabs uppgift om tillgång till kapaciteten hos KUL. Det är inte ett ska-krav att anbudsgivaren bifogar ett skriftligt åtagande till anbudet.

SLL anser att överklagandet ska bifallas och anför bl.a. följande. Unilabs har uppfyllt kravet på teknisk förmåga och kapacitet utan åberopande av annans kapacitet. Det har saknats anledning för SLL att ifrågasätta uppgifter avseende teknisk förmåga och kapacitet i Unilabs anbud. För det fall KUL anses vara annat åberopat företag avseende kapacitet ska tillgången anses vara styrkt eftersom KUL är samma juridiska person som SLL och att det därför på annat sätt är visat att Unilabs kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Aleris anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Unilabs har åberopat KUL:s kapacitet. KUL är en från SLL fristående enhet. Unilabs har därför behövt ge in ett åtagande eller annat bevis på att bolaget förfogar över KUL:s kapacitet. Det har Unilabs inte gjort. Därmed har Unilabs varken uppfyllt kravet i punkten 7.4 i Anbudsinbjudan eller 15 kap. 15 a § LOU. Åberopandets placering i anbudet, dess rubrik och innehåll gör det uppenbart att det är fråga om ett åberopande av KUL:s kapacitet. SLL har också ansett att det varit fråga om ett åberopande genom att ange att ”Unilabs kommit in med extra handlingar i anbudet (ett ofullständigt åberopande av annans kapacitet)”.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att Unilabs får anses ha åberopat annans kapacitet för utförandet av upphandlingsföremålet och att det inte i övrigt framgår av anbudet att Unilabs uppfyller alla krav på egen hand. Kammarrätten instämmer också i bedömningen att det saknas skäl att med hänvisning till proportionalitetsprincipen bortse från kravet i upphandlingen på att redovisa annans kapacitet.

Frågan är därmed om Unilabs har uppfyllt det obligatoriska kravet avseende åberopande av annans kapacitet.

Under punkten 7.4 i Anbudsinbjudan anges att en anbudsgivare som avser åberopa annans kapacitet till anbudet ska ”redovisa: En överenskommelse, åtagande eller motsvarande som visar att denne kommer att förfoga över annans kapacitet när kontraktet ska fullgöras.”

Punkten är snarlik en motsvarande bestämmelse om åberopande av annans kapacitet i 15 kap. 15 a § LOU. I bestämmelsen anges att en leverantör genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt ska visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Av förarbeten till bestämmelsen framgår bl.a. följande (prop. 2006/07:128 s. 245). Kan en leverantör som åberopar annans kapacitet 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 inte förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudsgivaren.

Bestämmelsen i LOU motsvarar artikel 48.3 i det nu upphävda upphandlingsdirektivet¹. I artikeln anges att en leverantör som åberopar annans kapacitet ska bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet, t.ex. genom att lägga fram enheternas åtagande att förse honom med nödvändiga resurser.


Kammarrätten anser att uttalandena i förarbetena och de bakomliggande bestämmelserna i upphandlingsdirektivet ska uppfattas så att en upphandlande myndighet ska beakta ett anbud där annans kapacitet åberopats om anbudsgivaren på ett tillfredsställande sätt visat att kapaciteten kommer att finnas tillgänglig. Detta kan enligt ordalydelsen i såväl direktivet som i LOU ske på annat sätt än att en överenskommelse ges in.

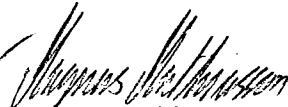
¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster

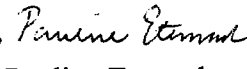
I det aktuella fallet har Unilabs redovisat en överenskommelse med KUL och därmed uppfyllt kravet på återopande av annans kapacitet såsom det formulerats i Anbudsinbjudan. Något uttryckligt krav att överenskommelsen skulle bifogas anbudet anges inte i Anbudsinbjudan. Det har inte framkommit något skäl att ifrågasätta att SLL, utan att överenskommelsen bifogats anbudet, har varit fullt insatta i att överenskommelsen gällt och vad den omfattat. Kammarrätten anser därför att Unilabs på det sätt som föreskrivs i Anbudsinbjudan har visat att den kapacitet som återopas hos KUL kommer att finnas tillgänglig när kontraktet ska fullgöras.


Mot den bakgrunden var det felaktigt att besluta att Unilabs anbud inte skulle beaktas i anbudsutvärderingen av det skälet att Unilabs på ett ofullständigt sätt återopat annans kapacitet. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas i den del den avser upphandlingsobjekt 2 i upphandlingen. De andra grunder som Aleris återopat för överprövning till följd av brister i Unilabs anbud har inte prövats av förvaltningsrätten. Målet ska därför återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av de återstående grunderna avseende upphandlingsobjekt 2 i upphandlingen.

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


Cecilia Bohlin
kammarrättsråd
ordförande


Magnus Mathiasson
kammarrättsråd
referent


Pauline Etemad
tf. assessor


Gustav Granholm
kammarrättsfiskal
föredragande



Avdelning 32

SÖKANDE

Aleris Sjukvård AB, 556068-8425

Ombud: Advokaterna Björn Tude och Bob Johanson samt jur. kand.
Caroline Gulliksson Dock
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Stockholms läns landsting, 232100-0016

Ombud: Landstingsjurist Johan Johansson
Landstingsstyrelsens förvaltning
SLL Juridik
Box 22550
104 22 Stockholm

2. Unilabs AB, 556118-7179

Ombud: Advokat Susanne Wiklund
Advokatfirman Kjällgren AB
Box 1
451 15 Uddevalla

3. Dr Furst Medisinsk Laboratorium AS, NO 931 469 851

Ombud: Advokaterna Anna Ulfsson och Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller delvis Aleris Sjukvård AB:s ansökan och förordnar att upphandling av tjänster inom klinisk laboratoriemedicin (dnr LS 2016-1310) avseende upphandlingsobjekt 2: Innerstaden exklusive

Södermalm får avslutas först sedan rättelse har vidtagits på så sätt att Stockholms läns landsting genomför en ny anbudsutvärdering varvid anbudet från Unilabs AB inte ska beaktas.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av tjänster inom klinisk laboratoriemedicin (dnr LS 2016-1310). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och tilldelningsgrund är lägsta pris. SLL har i tilldelningsbeslut, vilket avsändes den 22 mars 2017, tilldelat uppdraget till Unilabs AB (Unilabs) på samtliga tre upphandlingsobjekt, dvs. 1: Västra länet, 2: Innerstaden exklusive Södermalm och 3: Sydvästra länet inklusive Södermalm. Aleris Sjukvård AB (Aleris) lämnade näst lägst pris avseende upphandlingsobjekt 2 och tredje lägsta pris avseende upphandlingsobjekten 1 och 3. Dr Furst Medisinsk Laboratorium AS (Dr Furst) lämnade näst lägsta pris avseende upphandlingsobjekt 1 och 3.

YRKANDEN M.M.

Aleris ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas genom ny anbudsutvärdering i vilken Unilabs och Dr Fursts anbud inte ska beaktas. Som grund för talan anförs att Unilabs och Dr Furst inte uppfyllt samtliga ska-krav varför SLL haft att diskvalificera anbuden och att agerandet strider mot likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Vidare strider SLL:s agerande avseende Unilabs onormalt låga anbud mot likabehandlings- och öppenhetsprincipen. Genom att Aleris rangordnats på andra respektive tredje plats avseende upphandlingsobjekten har bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada.

SLL bestrider Aleris yrkanden och anser att förvaltningsrätten ska lämna ansökan utan bifall. Som grund anförs att prövning och utvärdering av inkomna anbud i upphandlingen har genomförts enligt annonserad modell som har utformats i enlighet med de grundläggande unionsrättsliga principerna samt LOU. Vinnande anbudsgivare har uppfyllt alla de krav som

ställt i förfrågningsunderlaget. Aleris har inte lidit eller riskerat att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 4 och 6 §§ LOU.

Unilabs, som getts tillfälle att yttra sig, bestrider Aleris yrkande om att upphandlingen ska rättas genom att SLL utför en ny utvärdering i vilken Unilabs anbud inte ska beaktas. Grunden för bestridandet är att Unilabs anbud uppfyller alla obligatoriska krav i upphandlingen och är helt i enlighet med förfrågningsunderlaget varför det saknas grund för ny utvärdering. Aleris ansökan ska lämnas utan bifall också på den grunden att Aleris inte kan anses vara skadelidande då bolagets anbud är behäftat med sådana fel att det rätteligen inte borde ha kvalificerats och upptagits till utvärdering.

Dr Fürst, som getts tillfälle att yttra sig, bestrider Aleris yrkande om att upphandlingen ska rättas när det gäller Dr Fürsts anbud och yrkar att Aleris ansökan om överprövning ska avslås i de delar den avser påstådda brister i Dr Fürsts anbud. Dr Fürst vidgår att anbudet från Unilabs är bristfälligt. Dr Fürsts anbud är däremot inte bristfälligt utan utformat helt i enlighet med kraven i upphandlingen och LOU. Aleris har därmed inte riskerat att lida skada. Grund saknas för att bifalla Aleris ansökan i dessa delar.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

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

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har

medfört att den leverantör som ansökt om överprövning 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.

Huruvida Unilabs anbud uppfyller obligatoriska krav

I utredningen i punkten 7.4 Anbudsinbjudan anges under rubriken Annans kapacitet att en anbudsgivare vid behov får åberopa andra företags kapacitet (15 kap. 15 a § LOU). Om anbudsgivare avser åberopa annans kapacitet ska anbudsgivaren till anbudet redovisa en överenskommelse, åtagande eller motsvarande som visar att denne kommer att förfoga över annans kapacitet när kontraktet ska fullgöras. Under kravet finns ett fält vari anges "Bifogas" och "Bilaga nr" för anbudsgivarna att fylla i. Unilabs har i sitt anbud i detta fält hänvisat till Bilaga 7. Annans kapacitet vari anges: "*Unilabs har en idag gällande överenskommelse med KUL för de analyser Unilabs inte utför och hänvisar till den överenskommelsen. Överenskommelsen delges beställaren vid förfrågan. Det gäller bl.a. lågvolymsanalyser eller analyser för sällsynta diagnoser exempelvis genetiska utredningar.*" Denna överenskommelse har ostridigt inte bilagts anbudet av Unilabs.

Aleris har bl.a. anfört följande. Unilabs uppfyller inte ska-kravet i Anbudsinbjudan avseende åberopande av annans kapacitet i punkten 7.4. Unilabs har givit in handling med påstående om att Unilabs idag har en gällande överenskommelse med Karolinska Universitetslaboratoriet (KUL) beträffande de analyser som Unilabs inte utför. Unilabs har inte givit in någon överenskommelse eller något åtagande från KUL. Unilabs har inte heller på annat sätt genom handlingen som bifogats anbudet visat att det kommer att förfoga över KUL:s resurser när kontraktet ska fullgöras. Unilabs har inte heller visat att bolaget har kapacitet och förmåga att utföra tjänster av den omfattning och komplexitet som framgår av uppdragsbeskrivningen. Ska-kravet i punkten 7.4 är således inte uppfyllt.

SLL har bl.a. anfört följande. Unilabs har inte åberopat annans kapacitet för uppfyllande av krav på teknisk förmåga men har kommit in med extra handlingar i anbudet (ett ofullständigt åberopande av annans kapacitet) som inte har beaktats enligt punkten 4 i Anbudsinbjudan. SLL gör bedömningen att Unilabs självständigt uppfyller kravet. Eftersom genetik och fåtalsanalyser inte omfattas av upphandlingen ska SLL inte heller beakta underlaget. Analyser inom genetik är s.k. högspecialiserade analyser vilket är notoriska fakta. Enligt punkt 13 i Anbudsinbjudan har anbudsgivaren även accepterat samtliga krav och samtliga avtalsvillkor i och med inlämnandet av anbudet. För det fall domstolen bedömer att Unilabs åberopande av annans kapacitet ändå är ett tillämpligt ska-krav ska det inte tillämpas. Kravet saknar relevans för att bedöma om anbudsgivaren är en lämplig leverantör eftersom den av Unilabs åberopade kapaciteten inte har någon koppling till upphandlingsföremålet. En uteslutning hade därmed stridit både mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen.

Unilabs har bl.a. anfört följande. Unilabs uppfyller krav på teknisk och yrkesmässig förmåga att självständigt utföra hela uppdraget utan åberopande av annans kapacitet och har inte åberopat annans, KUL:s, kapacitet, se Unilabs anbudsbilaga 5 "Text till samtliga aktivitetsplaner". Det saknades därmed anledning att tillhandahålla ett åtagande från KUL. Unilabs har redovisat en överflödig uppgift om att KUL är en befintlig underleverantör till Unilabs på platsen för åberopande av annans kapacitet enligt svaret från SLL på fråga 67 i Frågor och svar. KUL är SLL, dvs. samma juridiska person. Eftersom det inte finns någon tredje part i förhållande till SLL och Unilabs kan det överhuvudtaget inte vara fråga om åberopande av annans kapacitet. För det fall förvaltningsrätten kommer till bedömningen att Unilabs åberopat annans kapacitet är kravet uppfyllt genom att Unilabs på liknande/motsvarande sätt visat att bolaget kommer förfoga över KUL:s kapacitet under avtalstiden. SLL har full kännedom om KUL, dess

verksamhet, om Unilabs överenskommelse med KUL och om Unilabs förfogar över KUL:s kapacitet. Syftet med regeln är därmed uppfyllt.

Frågan för förvaltningsrättens prövning i denna del är huruvida SLL agerat i strid med LOU och förfrågningsunderlagets punkt 7.4 genom att kvalificera Unilabs anbud.

I utredningen anges bl.a. följande. I avsnitt 4. Anbudets form och innehåll, punkten 4.1. Språk och dokumentation i Anbudsinbjudan anges att SLL genomför anbudsbedömning utifrån de efterfrågade delarna av anbudet. Extra handlingar eller uppgifter i anbudet som inte är nödvändiga för en fullständig bedömning, oavsett språk, kommer inte att beaktas. I Avtal mellan SLL och KUL, HSN 0905-0475, anges att bl.a. följande tjänster gäller för hela länet: analyser inom genetik samt vissa fätalsanalyser. I Bilaga 1.1 Upphandlingsobjekt anges att SLL:s egen verksamhet KUL kommer att ansvara för högspecialiserade analyser och vissa fätalsanalyser vilka inte omfattas av upphandlingen. I Unilabs anbudsbilaga 5 "Text till samtliga aktivitetsplaner" anges bl.a. följande. Unilabs organisation i Sverige och i Stockholm har god kapacitet och förmåga att utföra uppdraget. Unilabs har centrallaboratorium i Stockholm med god kapacitet och teknisk förmåga att utföra upphandlande tjänster. Företaget har ett analysutbud som består av mer än 2500 olika analyser. I Frågor och svar, fråga nr 67 med svar, anges frågan "Finns det några begränsningar kring användandet av underleverantörer och ska användandet av underleverantörer specificeras på annat sätt än genom åberopande av annans kapacitet i Anbudsinbjudan punkten 7.4?". I svaret från SLL anges: "Om underleverantörer går att läsa i Allmänna villkor punkt 1.10 och i Vårdavtalet 5 §. I den mån anbudsgivaren använder sig av annat bolag för att uppfylla kvalificeringskraven under punkt 7 i Anbudsinbjudan, se vidare punkt 8.4". I Vårdavtalet 5 § anges att vårdgivaren senast 90 dagar före driftstart till beställaren ska redovisa om

vårdgivaren avser att lägga ut vissa delar av upphandlingskontraktet på underleverantör.

Förvaltningsrätten konstaterar att punkten 8.4 i Anbudsinbjudan inte finns och att SLL med största sannolikhet menat punkten 7.4 rörande Annans kapacitet i svaret på ovan angivna fråga i Frågor och svar.

Innehållet i 15 kap. 15 a § LOU är i allt väsentligt detsamma som i avsnitt 7.4 i Anbudsinbjudan som även hänvisar till bestämmelsen. I paragrafen anges att en leverantör vid behov när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags kapacitet. Vidare anges att leverantören genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt ska visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

I förvaltningsrättens mening kan punkten 7.4 i Anbudsinbjudan och svaret från SLL på fråga 67 i Frågor och svar inte förstås på annat sätt än att anbudsgivarna skulle använda punkten 7.4 för att redovisa annat bolag vars kapacitet åberopades. Förvaltningsrätten finner att Unilabs anbud och det sätt Unilabs fyllt i kravet i punkten 7.4 med biläggandet av bilagan benämnd "Annans kapacitet" inte kan tolkas på något annat sätt än att bolaget åberopat annans kapacitet för utförandet av upphandlingsföremålet.

Förvaltningsrätten anser inte heller att det av utredningen i övrigt eller av Unilabs anbud framgår att Unilabs på egen hand uppfyller kraven. De generella skrivningarna i anbudet om att Unilabs har fullgod kapacitet att leverera uppdraget klarlägger inte att samtliga analyser i upphandlingen kan levereras, detta särskilt mot beaktande av att uppgifterna blir motstridiga mot uppgiften om att vissa specificerade analyser enligt bilagan Annans kapacitet ska tillhandahållas av KUL. Förvaltningsrätten finner därmed inte att det framgår att Unilabs har tillräcklig kapacitet att utföra åtagandet. Inte

heller kan det i förvaltningsrättens mening genom utredningen vara klarlagt att Unilabs åberopande endast skulle omfatta analyser som inte omfattas av upphandlingen. Detta särskilt mot beaktande av den exemplifierande skrivning som angivits i bilagan Annans kapacitet där Unilabs endast givit exempel på de analyser KUL ska utföra. Det är således inte klarlagt att överenskommelsen med KUL endast skulle avse de däri namngivna analyserna eller om fler avsågs. Ingen annanstans i anbudet framkommer heller att Unilabs kommer förfoga över KUL:s kapacitet.

SLL och Unilabs har vidare anfört att Unilabs enligt punkt 13 i Anbudsinbjudan har accepterat samtliga krav och samtliga avtalsvillkor i och med inlämnandet av anbudet. Förvaltningsrätten konstaterar dock att det i utredningen även, i Anbudsinbjudan under punkten 4.2. Obligatoriska krav, anges att förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav vilka är ovillkorliga och att förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa obligatoriska krav är uppfyllda. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte den anförda skrivningen läka brister som konstaterats avseende uppfyllandet av ett obligatoriskt krav (jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 oktober 2015 i mål nr 3162-3174-15).

Förvaltningsrätten anser därmed att Unilabs åberopat annans kapacitet utan att till anbudet redovisa en överenskommelse, åtagande eller motsvarande som visar att denne kommer att förfoga över annans kapacitet när kontraktet ska fullgöras i strid med det obligatoriska kravet i Anbudsinbjudan punkt 7.4.

SLL har anfört att för det fall domstolen bedömer att Unilabs åberopande av annans kapacitet i upphandlingen ändå är ett tillämpligt ska-krav i upphandlingen ska det inte tillämpas eftersom det skulle stå i strid med både likabehandlings- och proportionalitetsprincipen. Unilabs har även anfört att

KUL är SLL, dvs. samma juridiska person, och att SLL därmed har full kännedom om KUL och om Unilabs förfogar över KUL:s kapacitet varför syftet med regeln ändock är uppfyllt.

Nästföljande fråga för förvaltningsrättens prövning är således huruvida det skulle strida mot principerna om likabehandling och proportionalitet att upprätthålla ska-kravet i punkten 7.4 i Anbudsinbjudan.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91). En upphandlande myndighet måste således se till att kraven som ställs är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud (jfr HFD 2016 ref. 37).

Syftet med kravet i fråga måste enligt förvaltningsrättens mening vara att säkerställa att anbudsgivarna har den kapacitet som krävs för att leverera föremålet för upphandlingen, och om annans kapacitet behöver åberopas, säkerställa att anbudsgivaren skulle förfoga över annans kapacitet när kontraktet skulle fullgöras. Förvaltningsrätten anser inte att SLL, med beaktande av avvikelsen i förhållande till det aktuella kravet, kunnat säkerställa att anbudsgivaren skulle förfoga över annans kapacitet när kontraktet skulle fullgöras. Vad Unilabs anfört om att SLL är KUL förändrar inte denna bedömning. Kravet är vidare tydligt och transparent. I förvaltningsrättens mening står kravet i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen. Kravet måste vidare anses vara adekvat och relevant och inte gå utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. Enligt förvaltningsrättens mening skulle det därmed inte stå i strid med proportionalitetsprincipen att upprätthålla kravet.

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (se EU-domstolens avgörande mål C-243/89 Europeiska gemenskapernas kommission mot Danmark, särskilt punkten 37). Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling (jfr HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten finner mot beaktande av ovanstående att SLL agerat i strid med den grundläggande principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU när ett anbud som inte uppfyllde ett ställt obligatoriskt krav kvalificerades vidare till utvärdering.

Vid denna bedömning saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva övriga av Aleris framställda invändningar avseende Unilabs anbud. Förvaltningsrätten prövar huruvida Aleris lidit skada när angripningspunkterna mot Dr Fürsts anbud genomgåtts av förvaltningsrätten.

Huruvida Dr Fürsts anbud uppfyller obligatoriska krav

Anbudsgivarens ekonomiska ställning

Aleris har bl.a. anfört följande. Dr Fürst uppfyller inte ska-kraven i Anbudsinbjudan avseende anbudsgivarens ekonomiska ställning i punkten 7.2. Dr Fürst har givit in två finansieringsplaner som är extremt kortfattade. Dr Fürst uppfyller inte ska-kravet att redovisa en övergripande plan för hur kostnader (t.ex. för personal, utrustning och lokaler) relaterade till uppstart och drift av tjänsten från avtalstecknande till och med en månad efter driftstart ska finansieras. Inte heller uppfylls ska-kravet på att det ska ges en

tydlig helhetsbild av finansieringen av samtliga upphandlingsobjekt som anbudet avser. Då Dr Furst inte har någon verksamhet i Sverige kommer bolaget behöva finansiera uppstart av en helt ny verksamhet varför bolagets finansieringsplan måste vara betydligt mer tydlig än annars.

SLL har bl.a. anfört följande. Dr Furst till sitt anbud bifogat två s.k. finansieringsplaner. Dessa är visserligen kortfattade men uppfyller samtliga av SLL uppställda krav avseende ekonomisk ställning. Dr Furst har lämnat en finansieringsplan där det på ett mycket tydligt sätt framgår hur anbudsgivaren ska finansiera uppstartskostnader för samtliga upphandlingsobjekt.

Dr Furst har bl.a. anfört följande. Dr Furst ansluter sig till det SLL har anfört i denna del. I Anbudsinbjudan framgår endast att den efterfrågade finansieringsplanen ska redovisa en övergripande plan. Kravet är uppfyllt. Det ska inte ställas högre krav på Dr Fursts finansieringsplan jämfört med redan etablerade anbudsgivares finansieringsplaner; detta skulle strida mot principerna om likabehandling och icke-diskriminering.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Frågan för förvaltningsrättens prövning i denna del är huruvida Dr Fursts anbud uppfyllt det obligatoriska kravet i punkten 7.2. Det är ostridigt att Dr Furst till sitt anbud bilagt finansieringsplaner. Det som är stridigt är huruvida finansieringsplanerna i sig kan anses uppfylla det som efterfrågas i den aktuella punkten.

I utredningen anges bl.a. följande. I punkten 7.2 i Anbudsinbjudan anges att anbudsgivaren för att uppfylla kravet ska redovisa en övergripande plan för hur kostnader (t.ex. för personal, utrustning och lokaler) relaterade till uppstart och drift av tjänsten från avtalstecknande till och med en månad efter driftstart ska finansieras. Om anbud lämnas på flera upphandlingsobjekt ska

finansieringsplan lämnas för varje upphandlingsobjekt. Om anbud lämnas på flera upphandlingsobjekt ska det tydligt framgå en helhetsbild av hur anbudsgivaren ska finansiera uppstartskostnader för samtliga upphandlingsobjekt som anbudet avser. I Dr Fürsts Finansieringsplan Upphandlingsobjekt 1 – ref Anbudsinbjudan pkt 7.2 anges att kostnader för uppstart och drift, såsom kostnader för personal och lokaler inklusive investeringar i utrustning, för perioden från avtalsteckning till och med en månad efter driftstart kommer att finansieras helt och hållet med eget kapital. Denna plan gäller om Fürst vinner ett eller två upphandlingsobjekt. Bolaget har tillräckligt eget kapital. Samma text anges i Finansieringsplan Upphandlingsobjekt 3 – ref Anbudsinbjudan pkt 7.2.

Såsom det aktuella kravet är utformat är det oundvikligt att det blir föremål för en subjektiv bedömning. Begreppen "tydligt" och "övergripande" går inte att helt definiera på ett objektivt sätt. Förvaltningsrätten anser att SLL är den som är bäst lämpad att bedöma huruvida Dr Fürst har lämnat "tillräckligt tydlig" helhetsbild av hur anbudsgivaren ska finansiera uppstartskostnader för samtliga upphandlingsobjekt samt om Dr Fürst redovisat en "tillräckligt övergripande" plan för hur kostnader relaterade till uppstart och drift av tjänsten från avtalstecknande till och med en månad efter driftstart ska finansieras (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 5 september 2012 i mål nr 2304-12). SLL har bedömt att Dr Fürst uppfyllt ska-kravet. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning. Inget obligatoriskt krav har således trätts för när i frågan och det saknas därför skäl för ingripande mot bakgrund av vad Aleris anfört i denna del.

Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet

Aleris anför bl.a. följande. I de av Dr Fürst ingivna aktivitets- och tidsplanerna finns endast en schematisk tabell för upphandlingsobjekten och de är otydliga och saknar helt beskrivning av hur driftstart kan ske utan

störningar. Med tanke på Dr Fürsts mycket begränsade verksamhet i Stockholmsområdet ställs också större krav på planerna även i denna del. Dr Fürsts anbud uppfyller därmed inte kravet i punkten 7.3 i Anbudsinbjudan om att visa hur tjänsten kommer att implementeras så att driftstart kan ske utan störningar eller att lämna en beskrivning per upphandlingsobjekt.

SLL anför bl.a. följande. SLL har inte ställt krav på några minimumnivåer avseende aktivitets- och tidsplaner utan har enbart begärt att sådana ska skickas in. Dr Fürst har genom sitt anbud uppfyllt ställda krav då bolaget inkommit med aktivitets- och tidsplan.

Dr Fürst har bl.a. anfört följande. Dr Fürst ansluter sig till det SLL har anfört i denna del. Kravet är uppfyllt. Det ska givetvis inte ställas högre krav på Dr Fürsts aktivitets- och tidsplan jämfört med redan etablerade anbudsgivares; detta skulle strida mot flera av de bakomliggande principerna.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Det är ostridigt att punkten 7.3 i Anbudsinbjudan innehåller obligatoriskt krav och att Dr Fürst till sitt anbud bilagt handling i enlighet med kravet avseende aktivitets- och tidsplan. Frågan för förvaltningsrättens prövning är huruvida Dr Fürst genom sitt anbud och bilagor uppfyllt detta krav.

I utredningen anges bl.a. följande. I punkten 7.3 Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet i Anbudsinbjudan anges att anbudsgivaren ska ha förmåga och kapacitet att utföra tjänster i den omfattning och komplexitet som framgår av Specifik Uppdragsbeskrivning och övriga krav i detta upphandlingsunderlag. Anbudsgivaren ska med anbudet bifoga en aktivitets- och tidsplan som visar hur tjänsten kommer att implementeras så att driftstart kan ske utan störningar. Om anbud lämnas på fler upphandlingsobjekt ska en beskrivning per upphandlingsobjekt lämnas in.

Förvaltningsrätten konstaterar att Dr Furst har bilagt aktivitets- och tidsplan för såväl upphandlingsobjekt 1 som 3. Såsom det aktuella kravet är utformat är det oundvikligt att det blir föremål för en subjektiv bedömning. Formuleringen "som visar hur tjänsten kommer att implementeras så att driftstart kan ske utan störningar" går inte att helt definiera på ett objektivt sätt. Förvaltningsrätten anser att SLL är den som är bäst lämpad att bedöma huruvida Dr Furst uppfyller kravet. Den bedömningen har SLL gjort och funnit att Dr Furst har uppfyllt ska-kravet. Förvaltningsrätten finner inte skäl att göra någon annan bedömning. Inget obligatoriskt krav har således trätts för när i frågan och det saknas därför skäl för ingripande mot bakgrund av vad Aleris anfort i denna del.

Krav avseende lokalisering och aberopande av annans kapacitet

Aleris har bl.a. anfort foljande. I punkten 2.1 i den Specifika uppdragsbeskrivningen, Bilaga 1 till Anbudsinjudan, anges att huvuddelen av alla prover ska analyseras vid nralaboratorier i narheten av vardu'tbudet eller vid centrallaboratorium i Stockholms lan. Endast i undantagsfall kan SLL godkanna att prover analyseras vid annat laboratorium. Kravet ska tillampas aven betrafande de foretag vars kapacitet Dr Furst aberopar. Dr Furst har aberopat atagande om annans kapacitet fran Diakonhjemmet Sykehus genom Senter for Psykofarmakologi med laboratorium i Norge. Genom aberopandet visar Dr Furst inte att huvuddelen av deras prover ska analyseras i Stockholm utan i Norge. Dr Furst har saledes inte uppfyllt kravet i punkten 2.1. Dr Furst kommer inte heller att forfoga over de nodvandiga resurser som kravs nar kontraktet ska fullgoras. Ska-kravet att visa att Dr Furst forfogar over nodvandiga resurser ar darmed inte uppfyllt.

SLL har bl.a. anfort foljande. Dr Furst uppfyller kravet i punkt 2.1 i den Specifika uppdragsbeskrivningen. Kravet innebar inte att anbudsgivaren redan vid anbudstillfallet behover uppfylla kraven i uppdragsbeskrivningen

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM

DOM

som uttryckligen ställs vid fullgörandet av uppdraget i enlighet med avtalet. Dr Furst har genom att tillhandahålla ett åtagande från Diakonhemmet Sykehus på ett tydligt sätt visat att det kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Åtagandet, som är bifogat som en bilaga till anbudet i upphandlingen, uppfyller kraven i Anbudsinbjudan och formaliakraven på själva åtagandet i enlighet med LOU.

Dr Furst har bl.a. anfört följande. Dr Furst ansluter sig till det SLL har anfört i denna del. Av förfrågningsunderlaget framgår att det är möjligt att vid avtalets fullgörande utföra analyser av prover vid ett laboratorium utanför Stockholms län. Att Dr Furst har åberopat analyskapacitet från ett laboratorium i Norge innebär således inte ett avsteg från kraven. Vad gäller det resonemang Aleris för om att Dr Furst inte visat att det förfogar över nödvändig kapacitet har Dr Furst svårt att förstå vad Aleris menar i denna del. Aleris verkar inte göra gällande att något av de åtaganden Dr Furst bifogat i sitt anbud är bristfälliga varför det torde vara visat att Dr Furst förfogar över relevant kapacitet. Kravet är uppfyllt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I Bilaga 1 till Anbudsinbjudan, Specifik uppdragsbeskrivning anges bl.a. följande. I punkten 1. Inledning anges att samtliga obligatoriska krav i Specifik uppdragsbeskrivning med bilagor för uppdragets genomförande ska vara uppfyllda vid tidpunkten för driftstart om inte annat anges. I avsnitt 2. Uppdraget, i punkten 2.1 Lokalisering, anges att centrallaboratorium ska vara lokaliserat inom Stockholms län för att bland annat säkerställa godtagbara svarstider. Beställaren kan i undantagsfall godkänna att prover analyseras vid annat laboratorium utanför Stockholms län. I punkten 7.4 Annans kapacitet i Anbudsinbjudan anges att om en anbudsgivare avser åberopa annans kapacitet ska anbudsgivaren till anbudet redovisa en

överenskommelse, åtagande eller motsvarande som visar att denne kommer att förfoga över annans kapacitet när kontraktet ska fullgöras.

Förvaltningsrätten anser att upphandlingsunderlaget anger att kraven i Specifik uppdragsbeskrivning ska vara uppfyllda vid driftstart om inte annat anges. Inget annat har framkommit än att Dr Fürsts anbud uppfyller kraven i punkten 7.4 Annans kapacitet i Anbudsinbjudan. Förvaltningsrätten finner därmed inte att Aleris visat att SLL genom att kvalificera Dr Fürsts anbud brutit mot LOU eller trätt någon av de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna förnär och det saknas således skäl för ingripande i denna del.

Huruvida Aleris lidit skada

Unilabs har gjort gällande att Aleris inte kan anses skadelidande då Aleris anbud inte uppfyller obligatoriska krav avseende styrkande av ekonomisk ställning, teknisk förmåga och kapacitet samt att det helt saknas uppgifter om hur anbudsgivaren avser att organisera och utföra uppdraget med hänsyn till överlämnandet av uppdraget till underleverantör. Aleris anbud borde därmed inte ha kvalificerats till utvärdering. Förvaltningsrätten anser att Unilabs i sin ställning som motpart endast kan ange sin inställning vad gäller de av Aleris anförda bristerna i Unilabs anbud. I denna del kan vad Unilabs anført inte ses som en del av argumentationen mot uppgifterna i ansökan varför förvaltningsrätten inte prövar invändningen om att Aleris inte har lidit skada på grund av brister i Aleris anbud (jfr HFD 2013 ref. 24).

Förvaltningsrätten har ovan funnit att SLL har agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att inte förkasta Unilabs anbud trots att det inte uppfyllde ett obligatoriskt krav. Aleris har för upphandlingsobjekt 2: Innerstaden exklusive Södermalm rangordnats direkt efter Unilabs och har därmed för detta upphandlingsobjekt lidit skada. Det föreligger därmed grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU avseende upphandlingsobjekt 2.

Aleris placerade sig på tredje plats vid den aktuella utvärderingen avseende upphandlingsobjekt 1: Västra länet och 3: Sydvästra länet inklusive Södermalm. Förvaltningsrätten har funnit att det inte har framkommit skäl att förkasta Dr Fürsts anbud som placerade sig på andra plats i upphandlingen avseende dessa två upphandlingsobjekt. Detta innebär att Aleris inte lidit eller kan komma att lida skada avseende dessa två upphandlingsobjekt och ansökan om överprövning ska således avslås i dessa delar.

Val av ingripande

Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att de fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr HFD 2016 ref. 37).

Av vad som framförts i målet har inte annat framkommit än att SLL gjort en prövning av Unilabs anbud utifrån innehållet i offentliggjort förfrågningsunderlag. Det har med andra ord i målet inte framkommit att SLL medvetet valt att förändra innehållet i aktuellt krav för att tillåta annat än det obligatoriska kravet. Det aktuella felet avser således brister i SLL:s kvalificering av anbudet vid den enskilda tillämpningen av det publicerade kravet ifråga. Eftersom bristen därmed inte kan anses ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen finner förvaltningsrätten att det är tillräckligt att upphandlingen rättas avseende upphandlingsobjekt 2: Innerstaden exklusive Södermalm på så sätt att anbudsutvärderingen görs om utan beaktande av Unilabs anbud.

Förvaltningsrätten har, mot bakgrund av domstolens bedömning avseende det obligatoriska kravet i punkten 7.4 i Anbudsinbjudan, inte prövat vad

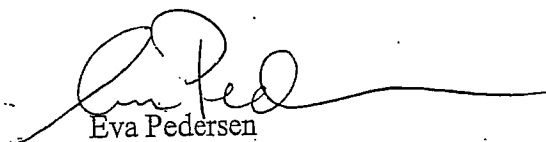
Aleris har anfört om att Unilabs inte uppfyller ytterligare obligatoriska krav eller att SLL:s agerande avseende Unilabs onormalt låga anbud strider mot likabehandlings- och öppenhetsprincipen. Förvaltningsrätten bedömer att även för det fall fel hade begåtts av SLL avseende dessa angripunkter hade det inte påverkat det konkurrensuppsökande skedet varför förvaltningsrätten ändå kan förordna om rättelse i enlighet med vad som anförts ovan.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att SLL, genom att utvärdera Unilabs anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen har agerat i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Detta har medfört att Aleris har lidit skada avseende upphandlingsobjekt 2: Innerstaden exklusive Södermalm. Det föreligger således skäl för att ingripa mot upphandlingen med stöd av 16 kap. 6 § LOU avseende detta upphandlingsobjekt. Aleris ansökan ska därför bifallas i denna del och upphandlingen får därmed avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs avseende upphandlingsobjekt 2 varvid anbudet från Unilabs inte ska beaktas. Ansökan avseende övriga två upphandlingsobjekt ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Eva Pedersen

Rådman

Miriam Khelil 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.

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 nå 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.