



**SÖKANDE**

Per-Henrik Ågren AB, 556589-9621

Ombud: Advokat Catharina Piper  
Advokatfirman Lindahl KB  
Studentgatan 6  
211 38 Malmö

**MOTPART**

Stockholms läns landsting

Ombud: Johan Johansson  
Landstingsstyrelsens förvaltning  
Box 22550  
104 22 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2017-03-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Per-Henrik Ågren AB:s ansökan om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling.

**YRKANDEN M.M.**

Stockholms läns landsting (SLL) har genomfört en upphandling avseende avancerad fotkirurgi (dnr SLL595). Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 17 oktober 2016 och SLL avser att ingå avtal med Capio Ortopediska Huset AB (Capio).

Per-Henrik Ågren AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts. Rättelse ska ske genom att en ny anbudsutvärdering genomförs varvid anbudet från Capio ska förkastas och bolaget tilldelas avtal. Bolaget yrkar i andra hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Bolaget anför bl.a. följande. SLL har handlat i strid med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och transparens enligt 1 kap. 9 § LOU genom att utvärdera och anta anbudet från Capio trots att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Som en följd av att SLL har brutit i sina förpliktelser enligt LOU och EU-rätten samt de felaktigheter som begåtts i upphandlingen, har bolaget lidit skada och riskerar att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen. Om SLL hade följt förfrågningsunderlaget hade bolaget tilldelats kontrakt. Det kan noteras att bolaget har lämnat näst lägst pris i upphandlingen. Utformningen av förfrågningsunderlaget strider även mot transparensprincipen och bristen har inneburit att bolaget inte har kunnat lämna bästa möjlig anbudspris.

SLL bestrider bolagets yrkande och anser att förvaltningsrätten ska lämna ansökan utan bifall samt anför bl.a. följande. Prövning och utvärdering av inkomna anbud i upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande unionsrättsliga principerna och LOU. Även förfrågnings-

underlag som inte är optimalt utformade får godtas så länge de inte strider mot LOU eller EU-rätten. SLL har således inte handlat i strid med de upphandlingsrättsliga principerna. Det föreligger ingen grund för ingripande enligt LOU. Inte heller lider eller riskerar bolaget att lida skada.

### **SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET**

#### **Tillämpliga bestämmelser**

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes den 1 januari 2017 och ersattes med lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Den upphävda lagen gäller dock fortfarande för upphandlingar som påbörjades före ikraftträdandet. I detta fall ska lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) tillämpas.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling och öppenhet (1 kap. 9 § LOU). Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot någon grundläggande princip eller bestämmelse i LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med gällande bestämmelser (se RÅ 2009 ref. 69).

#### **Ekonomisk ställning**

Bolaget anför bl.a. följande. Av Capios anbud framgår att Capios moderbolag har lämnat en fullgörandegaranti. Det framgår inte av

upphandlingsrapporten varför Capios moderbolag anses uppfylla kravet på stabil ekonomi med endast en fullgörandegaranti. SLL synes på eget initiativ ha inhämtat uppgifter om Capios moderbolag från Soliditet AB. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att SLL har en möjlighet att komplettera anbudsgivares anbud på detta sätt. Däremot framgår det att nödvändig dokumentation ska tillhandahållas av anbudsgivaren. SLL:s inhämtande av informationen om Capios moderbolag ligger således utanför ramen för vad som är tillåtet i upphandlingen.

SLL framför bl.a. följande. Det har gjorts en sedvanlig kreditprövning av Capios moderbolag och SLL har i enlighet med förfrågningsunderlaget gjort en helhetsbedömning av Capios ekonomiska ställning. Capiro har i anbudet bifogat en fullgörandegaranti från moderbolaget. Fullgörandegarantin är en tydlig utfästelse som garanterar fullgörande av kontraktet i enlighet med de krav som uppställts i anbudsinvjudan och LOU.

Av punkt 8.2 i anbudsinvjudan framgår bl.a. följande. Anbudsgivaren ska ha en stabil ekonomisk ställning. Prövningen av om kravet på ekonomisk stabilitet är uppfyllt kommer att ske utifrån uppgifter som SLL kommer att inhämta från Soliditet AB. Om anbudsgivaren har lägre rating än A hos Soliditet AB eller anbudsgivaren inte omfattas av ratingsystemet kommer SLL att göra en helhetsbedömning av anbudsgivarens ekonomiska stabilitet. För att SLL ska kunna göra en sådan helhetsbedömning ska anbudsgivaren till anbudet bifoga dokumentation som klarlägger dennes ekonomiska ställning.

Förvaltningsrätten anser att det tydligt framgår av förfrågningsunderlaget att SLL kommer att inhämta uppgifter från Soliditet AB för att pröva huruvida anbudsgivarna uppfyller kravet på ekonomisk stabilitet. Förvaltningsrätten finner även att den fullgörandegaranti som Capiro har lämnat för att SLL ska kunna göra en helhetsbedömning av Capios ekonomiska stabilitet uppfyller

de krav som ställs i förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten bedömer därmed att det inte finns grund för ingripande med stöd av LOU i denna del.

#### **Annans kapacitet**

Bolaget anför bl.a. följande. Det finns inget i den handling där Capiro åberopar Capiro Artros Clinics kapacitet som visar att det finns någon koppling till upphandlingen eller att Capiro Artros Clinic skulle ha något åtagande i förhållande till vad Capiro har utfäst i sitt anbud till SLL. Det finns därför anledning att betvivla att Capiro Artros Clinic har förstått i vilken mån dess kapacitet åberopats. Capiro har inte gett in något åtagande (eller motsvarande) som är preciserat till upphandlingen eller i tid. Det finns inte heller någon tydlig viljeförklaring från Capiro Artros Clinic avseende uppdraget som upphandlingen avser. Den generella utformningen som framgår av åtagandehandlingen kan inte godtas. Capiro har inte visat att man förfogar över Capiro Artros Clinics kapacitet eller att Capiro Artros Clinic har den kapacitet som efterfrågas.

SLL framför bl.a. följande. Capiro har i upphandlingen bifogat ett åtagande till anbudet där annans kapacitet åberopas hos ett systerföretag. I åtagandet hänvisas det på ett tydligt sätt till aktuell upphandling genom att det uppges att åtagandet avser "Avancerad fotkirurgi", vilket tveklöst får anses som tillräckligt preciserat i både uppdrag och tid. Det uppfyller de ställda kvalificeringskraven i anbudsinbjudan och LOU.

Av punkt 8.4 i anbudsinbjudan framgår bl.a. följande. En anbudsgivare får åberopa andra företags kapacitet. Om anbudsgivare avser att åberopa annans kapacitet ska anbudsgivaren i anbudet redovisa en överenskommelse, åtagande eller motsvarande som visar att denna kommer att förfoga över annans kapacitet när kontraktet ska fullgöras.

Av 11 kap. 12 § och 15 kap. 15 § a LOU följer att en leverantör vid behov får, 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 uttalat att ett samarbetsavtal som inte är preciserat till uppdrag eller tid inte kan anses visa att ett bolag har tillgång till annans kapacitet vid tidpunkten för fullgörandet av kontraktet (Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 29 oktober 2014 i mål nr 2675-14).

Förvaltningsrätten finner att det till Capios anbud bifogade åtagandet är avgränsat till den aktuella upphandlingen och att det måste anses visat att Capiro har tillgång till annans kapacitet vid tidpunkten för fullgörandet av kontraktet. Åtagandet är specifikt framtaget för upphandlingen av avancerad fotkirurgi och det finns en, enligt förvaltningsrättens bedömning, tydlig hänvisning till denna. Därigenom får åtagandet anses vara avgränsat vad gäller uppdrag och tid. Det föreligger därför inte grund för ingripande enligt LOU i denna del.

#### **Teknisk förmåga och kapacitet**

Bolaget anför bl.a. följande. Av bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, punkt 1.8 (Specifik uppdragsbeskrivning), framgår att medicinsk ansvarig för uppdraget under de tre senaste åren, årligen självständigt ska ha genomfört eller assisterat vid minst 50 avancerade fotkirurgiska ingrepp i enlighet med uppdraget. Detta måste anses vara ett obligatoriskt krav på erfarenhet för medicinsk ansvarig som ska vara uppfyllt vid anbudets inlämnande. Varken någon medicinsk ansvarig för uppdraget på Capiro eller Capiro Artros Clinic har årligen självständigt genomfört eller assisterat vid minst 50 avancerade fotkirurgiska ingrepp i enlighet med uppdraget. I Sverige gjordes ca 50 fotledsoperationer under 2015, varav 12 stycken i Stockholmsområdet.

Capio Arthro Clinic och Capio har inte rapporterat in någon fotledsprotos till det nationella fotregistret de senaste åren. I Sverige finns endast en handfull kirurger med hela den fotkirurgiska bredden (avancerad fotkirurgi). Det finns i dag endast två läkare i Stockholmsområdet som under de tre senaste åren har genomfört 50 avancerade fotkirurgiska ingrepp i enlighet med uppdraget. Vad Capio anger i anbudet om att de har kompetens för att uppfylla uppdraget är därför direkt felaktigt. Capio har inte den kapacitet som krävs enligt förfrågningsunderlaget. För att en upphandling ska kunna ske på lika villkor måste förfrågningsunderlag vara klara och tydliga. En förutsättning för offentlig upphandling är att alla leverantörer behandlas rättvist och lika. Det har kommit till bolagets kännedom att potentiella anbudsgivare underlåtit att lämna anbud i upphandlingen eftersom deras tolkning av förfrågningsunderlaget varit att läkare ska ha den kompetens och erfarenhet som framgår av Specifik uppdragsbeskrivning redan vid anbudets inlämnande. Om det kan godtas att obligatoriska krav inte måste uppfyllas har bolaget och Capio lämnat anbud utifrån helt olika förutsättningar, vilket får till följd att utvärderingen inte skett av jämförbara anbud och att bolaget inte getts möjligheten att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud.

SLL anför bl.a. följande. Bolagets uppfattning av uppdragsbeskrivningen är felaktig. Av punkt 1.8 i Specifik uppdragsbeskrivning framgår att vårdgivaren ska ha personal i den omfattning som krävs för att utföra uppdraget i enlighet med avtalet. Det innebär inte ett krav på anbudsgivaren att vid anbudstillfället uppfylla de krav som enligt uppdragsbeskrivningen ställs vid fullgörandet av uppdraget i enlighet med avtalet. Capio har på ett tydligt sätt beskrivit hur verksamheten kommer att anpassas för att uppfylla de krav som ställs vid fullgörande av uppdraget. SLL har i förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt visat på vilket sätt kvalificering och utvärdering går till. En normalt omsorgsfull anbudsgivare får antas förstå att det ligger i deras intresse att erbjuda ett så konkurrenskraftigt anbud som möjligt. Bolagets påstående om att det är möjligt att offerera en annan form

av kompetens och resurser än vad som framgår av förfrågningsunderlaget stämmer inte.

Av punkten 8.3 i anbudsinbjudan framgår bl.a. följande. Anbudsgivaren ska ha förmåga och kapacitet att utföra tjänster i den omfattning och komplexitet som framgår av bilaga 1 Specifik uppdragsbeskrivning. Som bevis ska anbudsgivaren med anbudet bifoga en övergripande företagsbeskrivning där t.ex. organisation och ägarförhållanden, erfarenhet, antal anställda och verksamhet framgår.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning. Varken i LOU, dess förarbeten eller i rättspraxis finns stöd för att en upphandlande myndighet skulle vara skyldig att kontrollera om uppgifterna som lämnats i ett anbud om de krav som ställs på det upphandlande föremålet är riktiga. En sådan kontroll stäcker sig i vart fall inte längre än att den upphandlande myndigheten jämför uppgifterna i anbudet med de obligatoriska krav som angetts i förfrågningsunderlaget. SLL har således inte haft någon skyldighet att säkerställa att de uppgifter anbudsgivarna har lämnat är riktiga såsom bolaget anför. SLL har därmed haft att utgå från de uppgifter som Capiro lämnat om sin kapacitet. Det är ostridigt i målet att Capiro bl.a. har angett att de redan i dag har personal med kompetens att utföra vårdvalsuppdrag, bl.a. åtta specialistläkare i ortopedi, där de uppfyller kravet för kompetens inom uppdraget. Vidare har Capiro angett att verksamheten kommer att anpassas och kompletteras med den efterfrågan man ser, t.ex. med ytterligare specialistläkare, sjuksköterskor och undersköterskor. Vad avser "Särskild kompetens fotkirurgi" har Capiro uppgett att fotkirurgin kommer att utföras av 1-2 operatörer med de kompetenskrav som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Capiro har således angett att de uppfyller de ställda kraven. Uppdragsbeskrivningen finns i bilaga 1 till förfrågningsunderlaget. Där beskrivs att uppdraget bl.a. omfattar öppen kirurgi (t.ex. artrodes, ledprotes, artroplastik och mjukdelsingrepp) som kräver slutenvård samt kirurgiska



åtgärder med hög resursåtgång avseende svåra besvär relaterade ger till primär eller sekundär artros i fotled, andra leder i foten och/eller felställningar. Förvaltningsrätten anser att detta innebär att det inte bara är fotledsprotosoperationer som ingår i uppdraget, vilket en stor del av bolagets argumentering hänförs till. Mot denna bakgrund anser rätten att vad bolaget anför inte innebär att det kommit fram skäl för att ifrågasätta Capios egen uppgift att Capio uppfyller kraven i Specifik uppdragsbeskrivning. Vidare konstaterar förvaltningsrätten att det i punkten 8.3 i förfrågningsunderlaget anges att "Anbudsgivaren ska ha bemanning och dimensionering av personal samt ha resurser i övrigt så att driften av verksamheten enligt kraven i Bilaga 1 Specifik Uppdragsbeskrivning säkerställs vid driftstart". Mot bakgrund av detta anser rätten att bolaget inte visat att kraven måste vara uppfyllda redan i samband med anbudstillfället. Förvaltningsrätten finner därmed att bolaget genom vad det anför inte har visat att det finns skäl för att förkasta Capios anbud eller att Capio inte uppfyller alla obligatoriska krav.

### **Sammanfattning**

Förvaltningsrätten bedömer således att det saknas grund för ett ingripande med stöd av LOU. Bolagets ansökan ska därför avslås.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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



Ulrika Sandell

Rådman

Bodil Norberg har föredragit målet.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten i Stockholm. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kamrarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kamrarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kamrarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kamrarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.