



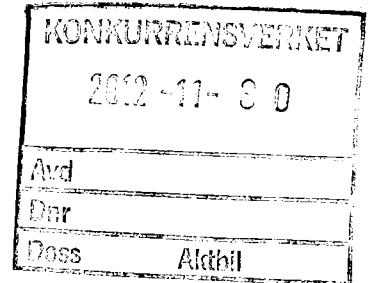
FÖRVALTNINGSRÄTTEN **DOM**
I MALMÖ 2012 -11- 29
 Avdelning 1 Meddelad i
 Maria Persson Malmö

Mål nr
 10559-12 E

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.

Dok.Id 134444

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

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 Praktikertjänsts 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 eftersträlvade 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 kreditomdöme. I förevarande fall har Carema inte blivit förkastat på grund av inhämtade upplysningar från ett kreditupplysningsföretag.

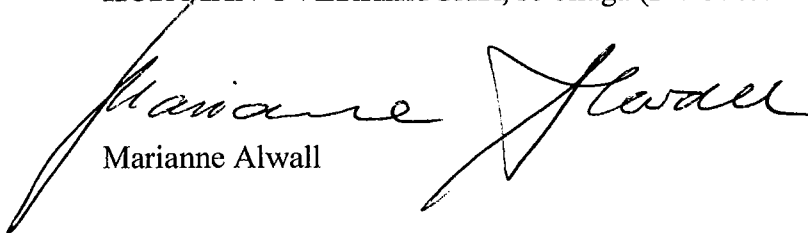
Praktikertjänsts anbud

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



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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 kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,

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

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU