

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN

DOM
2008-06-26
Meddelad i
Stockholm

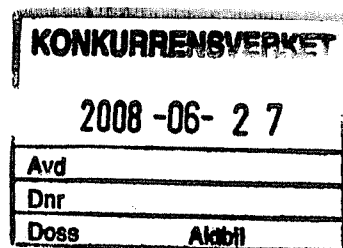
Mål nr
11357-08
Rotel 221

SÖKANDE

Nynäs Vård AB, 556588-2304
Box 1005
149 25 Nynäshamn

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016
Box 22550
104 22 Stockholm



SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Nynäs Vård AB:s ansökan om överprövning.

Länsrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) har genomfört en förenklad upphandling avseende geriatrisk vård, ASIH samt palliativvård för befolkningen i delar av södra Stockholm. Upphandlingen har varit uppdelad på tre objekt. Av tilldelningsbeslut den 22 maj 2008 framgår att SLL beslutat att tilldela Praktikertjänst AB avtalet vad gäller Objekt 3 i aktuell upphandling.

Nynäs Vård AB (Nynäs Vård) har ansökt om överprövning och yrkat att länsrätten beslutar interimistiskt att upphandlingen inte får avslutas innan rätten förordnat annat i målet.

Länsrätten har den 2 juni 2008 förordnat att SLL tills vidare inte får avsluta upphandlingen.

SLL har hemställt att länsrätten skall upphäva det interimistiska beslutet.

Länsrätten har i beslut den 5 juni 2008, såvitt avser Objekt 3, funnit att det inte framkommit skäl att upphäva det interimistiska beslutet.

YRKANDEN M.M.

Nynäs Vård yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan utvärderingen gjorts om och att vinnande bud diskvalificeras på grund av ej uppfylla kvalificeringskrav. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen skall göras om i sin helhet. Som grund för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande.

Ej uppfyllda skall-krav

I förfrågningsunderlagets punkt 1.6 2 st. framgår att ”anbud som ej uppfyller samtliga skall-krav kommer att förkastas”. I punkt 1.8 (krav på anbudsgivaren) finns en rad obligatoriska skall-krav som måste vara uppfyllda för att anbudsgivaren skall gå vidare till utvärdering. Under rubriken ”Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet” finns skall-krav avseende verk-

samhetschef. I anbud nummer 6 finns inte någon verksamhetschef angiven och därmed är heller inte skall-kraven på bifogat CV, tre års erfarenhet samt uppdragsförteckning uppfyllda. Det kan därav inte anses att anbudet uppfyller de obligatoriska skall-kraven och anbudet skulle i enlighet med förfrågningsunderlaget ha förkastats. Anbud nummer 6 är dessutom mycket svårtytt beträffande om skall-krav är till fylles beroende på att anbudsgivaren valt att skriva hela anbudet i presens. Anbud nummer 6 har angivit två referenser på liknande uppdrag i enlighet med förfrågningsunderlaget. Dessa uppdrag ligger dock inte på anbudsgivarens bolag utan i dotterbolag, vilket strider mot det svar SLL avgivit på fråga nummer 36 i frågor och svar. I de referenser som angivits saknas dessutom e-postadress till namngiven person hos referenten, vilket är ett skall-krav.

Anbud nummer 4c kan inte anses ha uppfyllt skall-kravet på verksamhetschefens "erfarenhet av motsvarande/liknande verksamhet" då den erfarenhet som finns angiven är vid anestesikliniken och smärtkliniken, vilket enligt medicinsk expertis är helt annat än erfarenhet från geriatrik. Anbud 4c har lämnat anbud i egenskap av nybildat bolag med koncerngaranti. Av det som framgår av förfrågningsunderlaget tillsammans med svaren i förtydliganden (då främst fråga 15 och 36) skall erfarenheten finnas i det bolag som lämnar anbudet och det går inte att tillgodoräkna sig erfarenhet som finns i moderbolaget. Nynäs Vård menar härav det ovan sagda att erfarenheten hos personen i ledande ställning i det nystartade bolaget brister och att skall-kravet inte kan anses vara uppfyllt. Anbud 4c kan inte anses ha uppfyllt ett antal skall-krav där det krävs beskrivning av hur anbudsgivaren avser arbeta. Med ledning av fråga 38 inklusive förtydligande måste utgångspunkten vara att samtliga skall-krav i kravspecifikationen, som en del av förfrågningsunderlaget, måste beskrivas. Samtliga kapitel avslutas med texten "Anbudsgivaren skall i anbudet beskriva hur anbudsgivaren avser arbeta systematiskt för att säkerställa att ovanstående krav avseende kapitel...". Anbudsgivarna skulle helst följa anbudsformuläret vilket också anbud 4c gjort men vissa skall-krav är helt utelämnade i beskrivningen. Anbud 4c saknar även markering/bekräftelse under "ja" på vissa frågor i anbudsformuläret. Enligt förtydligande från SLL är det ett skall-krav att behö-

rig företrädare skall bekräfta med ett kryss i ja-rutan att samtliga skall-krav i respektive kapitel är uppfyllda.

Transparensprincipen

I förfrågningsunderlaget framgår att priset/ersättningen från beställaren är enhetligt och fast för samtliga anbudsgivare. Det som skall utvärderas är kvalitet till 100 procent. Det framgår att det är sex kriterier som skall bedömas på en skala mellan 0 - 5 poäng där 5 är utmärkt och 0 är ej uppfyllt. Kriterierna erhåller i enlighet med förfrågningsunderlaget samma vikt. Antalet kriterier som därefter finns uppräknade är åtta till antalet i siffror, men kriteriet 2 saknas samt 6 och 7 är hopskrivna vilket bidrar till en total förvirring om vad som egentligen skall bedömas och framförallt hur. Detta är inte förenligt med lag och gällande praxis där det stipuleras att utvärderingskriterier skall viktas för att på ett transparent sätt kunna bedöma de olika anbudena. I förfrågningsunderlaget finns en passus om vad som gäller i det fall två anbud får samma slutpoäng. Det som då kommer att fälla avgörande är bedömningen av så kallade referensuppdrag. I förfrågningsunderlaget finns inget nämnt om att referensuppdragen kommer att bedömas. Det är också omöjligt att utläsa hur bedömningen i sådana fall kommer att gå till. Enligt svensk doktrin skall en upphandlande enhet helst inte använda sig av referenser i utvärderingen. Det går däremot bra i kvalificeringen men får då följaktligen inte bedömas och viktas. I förfrågningsunderlaget står det också att "en anbudsgivare skall ha minst tre poäng för ett underkriterium för att gå vidare till slutlig värdering". Vad som är "underkriterium" respektive "slutlig värdering" framgår inte alls av underlaget. Det finns beskrivet hur respektive av de sex kriterierna skall bedömas men inte hur den slutliga bedömningen skall göras. En fråga inkom med anledning av denna utvärdering men svaret kan inte anses ha klargjort bilden av hur den slutliga bedömningen skulle göras, snarare det omvända.

Likabehandlingsprincipen

I förfrågningsunderlaget under punkten 1.17 (anbudsprövning) står att skriftliga förtydliganden eller muntliga presentationer kan komma att vägas

in i kvalitetskriteriet. Sammanfattningsvis besvaras inte frågan för hur selekteringen kommer att göras för inbjudan till muntlig presentation. Av tilldelningsbeslutet framgår att endast Praktikertjänst AB och Capio Geriatrik AB bjudits in för att förtydliga vissa punkter. Det är inte att anse som lika-behandling eller affärsmässighet att endast bjuda in två av sammanlagt sex olika leverantörer som lämnat anbud. När antalet leverantörer är så lågt borde det inte varit orimligt att ge alla samma möjlighet att få visa upp sig. Även om det inte skall påverka bedömningen är det självfallet så att ett personligt möte ger en positiv effekt när sedan bedömning av kvalitet skall göras. Det är omöjligt att hålla sig objektiv. Det är också anmärkningsvärt att de som bjudits in dels är de två som vann och dels är de två största leverantörerna som SLL har avtal med.

Proportionalitetsprincipen

SLL har ställt upp 726 skall-krav i förfrågningsunderlaget. Frågan är om det kan anses proportionellt utifrån den tjänst som de avser att upphandla. Hälso- och sjukvård är så pass styrt av lagar och regler att ett alltför detaljerat förfrågningsunderlag med många skall-krav tenderar att hämma konkurrensen. Det gäller speciellt för mindre och medelstora företag som inte har de resurser som krävs för att kunna lämna anbud som besvarar 726 stycken skall-krav. I en nyligen utkommen rapport från Konkurrensverket tas problemet upp med alltför mycket administration.

På grund av att SLL brutit mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling bör upphandlingen rättas alternativt göras om.

SLL bestrider bifall till ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Upphandlingen har gjorts på ett affärsmässigt sätt. SLL har inte brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Bolaget lider inte någon skada. Det föreligger inte skäl eller grund för att besluta om åtgärder enligt LOU. Hälso- och sjukvårdsnämnden beslutade den 24 april 2007 att upphandla geriatrisk vård samt annan närliggande vård för befolkningen i de områden som idag får geriatrisk vård av Södra Stockholms geriatriska klinik och Handens geriatriska klinik. I och med att beslut om upphandling

fattades innan den nya lagen om offentlig upphandling trädde i kraft är det den ”gamla” lagen som skall tillämpas i detta mål.

Anbudsgivare 6

I anbudet har verksamhetschef angetts samt CV har bifogats. Skall-kravet är härigenom uppfyllt. Att Nynäs Vård inte har fått del av uppgifterna beror enbart på att uppgifterna sekretessbelades vid Nynäs Vårds begäran om att utfå vinnande anbudsgivares anbud. Detta har även Nynäs Vård upplysts om. SLL har funnit att anbudsgivare 6 har uppfyllt skall-kraven. Detta gäller oavsett vilken tempusform som använts i anbudet. För övrigt har även Nynäs Vård skrivit sitt anbud i presens. SLL har även funnit att skall-kraven om referensobjekt är uppfyllt. SLL vidgår att det saknas e-postadress till en av referenserna som anbudsgivare 6 har angett. Dock har andra kontaktuppgifter lämnats så att kontakt med personen i fråga kan etableras. Härigenom har SLL ansett att skall-kravet är uppfyllt.

Anbudsgivare 4c

Skall-kravet om verksamhetschefens erfarenhet av motsvarande/liknande verksamhet avser just motsvarande eller liknande verksamhet. Det har inte ställts krav på att verksamhetschefen skall ha erfarenhet av geriatrik. I verksamhetschefens roll ligger att kunna leda arbetat och ta ansvar för medicinsk verksamhet. Finns sådan erfarenhet är kravet uppfyllt. Anbudsgivaren har angett sådan verksamhet, varför skall-kravet har bedömts vara uppfyllt. Vad gäller att erfarenhet skall finnas i det bolag som lämnat anbud önskar SLL lyfta fram vad som angetts i frågor och svar nr 4-6. Här klargörs att erfarenhet kan finnas och ha införskaffats i andra bolag men att aktuella personer finns/har övergått till det anbudsgivande bolaget. Om så inte vore fallet skulle inte nybildade juridiska personer kunna lämna anbud. SLL förstår inte Nynäs Vårds invändning om att det inte finns uppgifter om hur anbudsgivare 4c:s arbete skall bedrivas. Anbudsgivaren har under varje punkt avgett uppgifter härom. I kravspecifikation 3:2a, fråga 2 och 3 samt kravspecifikation 3:2 b, fråga 2 och 3 har anbudsgivaren beskrivit hur de systematiskt avser att arbeta för att säkerställa kraven. Skall-kravet bedöms

därmed vara uppfyllt. SLL har efter Nynäs Vårds ansökan om överprövning ånyo gått igenom anbudet och vidhåller sin bedömning att skall-kravet om hur anbudsgivaren skall arbeta är uppfyllt. SLL vidgår att anbudsgivaren på några ställen inte har kryssat i rutan om att skall-krav är uppfyllt. Dock framgår det av de uppgifter som anbudsgivaren har lämnat att skall-kraven är uppfyllda. Vidare har behöriga företrädare hos anbudsgivaren bekräftat att samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. I de fall där anbudsgivaren inte kryssat i rutan har anbudsgivaren hänvisat till svar på samma fråga 1 (t.ex. under punkten 3:2a). I detta svar har rutan kryssats i och det får därför anses som att krysset avser de frågor som hänvisats. Härigenom har SLL ansett att informationen är tillfyllest och att kraven är uppfyllda.

Transparensprincipen

SLL bestrider att det skulle ha rått total förvirring angående vilka kriterier som skulle bedömas. Det anges i förfrågningsunderlaget att sex kriterier skulle värderas utifrån en betygsskala 0-5. Det är tydligt vilka dessa kriterier är. Detta oavsett om kriterierna av misstag har fått en felaktig nummerföljd eller angiven siffra. Det har inte heller inkommit några frågor under anbudstiden rörande detta och inte heller har det syntts någon tillstymmelse till missförstånd i de inkomna anbudet. För det fall att uppgifterna om underkriterium var otydliga i förfrågningsunderlaget har den eventuella otydligheten undanröjts genom det svar (svar på fråga 38) som lämnats och som alla anbudsgivare har fått ta del av. I denna del skall det även framhållas att det inte är fråga om någon rangordning av kriterierna. Oavsett i vilken ordning dessa utvärderas så kan inte ett anbud vinna upphandlingen om ett underkriterium inte har erhållit minst tre poäng. Upplivsingsvis kan nämnas att det inte var något anbud som inte uppnådde angivna tre poäng.

Likabehandlingsprincipen

SLL har behandlat alla anbudsgivare lika. Förfrågningsunderlaget medgav möjligheter för SLL att bjuda in anbudsgivare till muntlig presentation. SLL valde att utnyttja denna möjlighet gentemot två av anbudsgivarna i

syfte att klarlägga otydligheter i anbuden. Anbuden var vid tidpunkten för sammanträffandena redan utvärderade och poängsatta. Detta var emellertid inte känt för anbudsgivarna. Dessa möten tillförde inget till utvärderingen av anbuden utan tjänade endast till att säkerhetsställa att vissa uppgifter i anbuden var korrekt uppfattade. SLL har därför inte brutit mot likabehandlingsprincipen eller principen om affärsmässighet.

Proportionalitetsprincipen

Det är SLL som beslutar om vad som skall upphandlas och vilka krav som skall/måste ställas för att SLL skall kunna få önskade produkter/tjänster. Det är i aktuellt fall fråga om en omfattande och kvalitetskrävande upphandling av vårdtjänster, ett område där SLL ställer mycket höga krav på sina motparter för att avtal skall komma ifråga. De krav som ställts har varit nödvändiga och är på intet sätt i strid med proportionalitetsprincipen. Det kan nämnas att upphandlingen är den första och största kvalitetsupphandlingen i landet. Antalet skall-krav kan inte anses vara en mätstock för vad som är ändamålsenligt. Den av Nynäs Vård åberopade rapporten från Konkurrensverket bevisar inte något. Rapporten uttrycker endast att ett konsultbolag skall undersöka vilka problem som små och mellanstora företag anser sig ha i upphandlingar.

Sammanfattningsvis kan sägas att SLL inte har brutit mot LOU eller de gemensamrättsliga principerna. Nynäs Vård har inte heller visat att brott mot LOU eller gemenskapsrättsliga principer föreligger. Inte heller har Nynäs Vård visat att bolaget lider skada. För det fall att länsrätten skulle finna att SLL har begått något fel under upphandlingsförfarandet är dessa att se som fel av mindre vikt. Felen kan inte medföra att åtgärder vidtas enligt LOU. Så länge LOU och de gemenskapsrättsliga principerna inte träds för när får förfrågningsunderlag och agerande från upphandlande enhets sida som inte är optimala accepteras (se bl.a. RÅ 2002 ref 50). För det fall länsrätten skulle finna att SLL har brutit mot LOU bör länsrätten förordna om rättelse av upphandlingen. Ett åläggande att göra om upphandlingen är alltför långtgående och får långtgående konsekvenser för SLL.

Nynäs Vård genmäler i huvudsak att upphandlingen inte är genomförd på ett affärsmässigt sätt och att bolaget därmed lidit skada.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2008 trädde den nya LOU (2007:1091) i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna skall bestämmelserna i den äldre LOU (1992:1528) tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Av förfrågningsunderlaget framgår att den aktuella upphandlingen annonserats ut den 7 februari 2008. Upphandlingen har därmed påbörjats efter ikraftträdandet och tillämplig lag är LOU (2007:1091).

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

Av 16 kap. 1 § LOU framgår bl.a. att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Av anbudsutvärderingen framgår bl.a. att anbudsprövningen har skett i två steg. Samtliga anbudsgivare har uppfyllt obligatoriska ställda skall-krav. Vad gäller utvärdering av anbuden avseende Objekt 3 framgår att anbudsgivare 6 (Praktikertjänst AB) erhållit 24 poäng, anbudsgivare 4 (Capio Geriatrik AB) 23 poäng och anbudsgivare 1 (Nynäs Vård) 18 poäng.

Länsrättens bedömning

Nynäs Vård gör gällande att anbuden från Praktikertjänst AB och Capio Geriatrik AB inte uppfyller samtliga uppställda skall-krav i förfrågningsunderlaget och därför skulle ha förkastats. Vidare gör Nynäs Vård gällande att

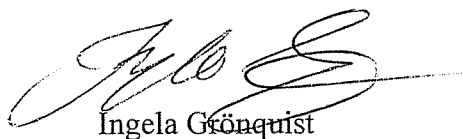
upphandlingen skett i strid med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att kraven för att anse ett upphandlingsförfarande strida mot dessa principer numera måste ställas relativt högt.

De grundläggande principer som skall efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i länsrätten 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. 2 § LOU. För att ett ingripande skall bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Mot bakgrund av vad som framkommit i målet finner länsrätten att det Nynäs Vård anfört inte ger stöd för att den aktuella upphandlingen skett i strid med de för all upphandling grundläggande EG-rättsliga principerna eller reglerna i LOU. Grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därmed inte. Nynäs Vårds ansökan skall därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a).



Ingela Grönquist

Länsrättsfiskal

Föredragande har varit Magnus Johansson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

