

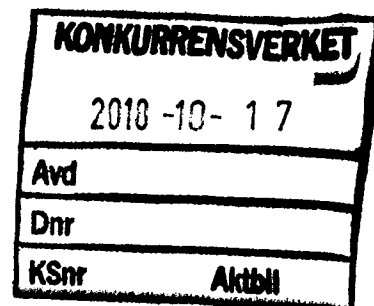


**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2018-10-15
Meddelad i Jönköping

Mål nr 1172-18



KLAGANDE

1. Capio Movement AB, 556592-0864

Ombud: Advokat Gabriella Fossum
Advokatfirman Vinge KB

2. Östergötlands läns landsting, 232100-0040

Ombud: Advokat Walter Sköldstam
ANNOT Advokatbyrå AB

MOTPART

Aleris Specialistvård Motala AB, 556777-8898

Ombud: Advokat Bob Johanson och biträdande jurist Evelina Lund
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Linköpings dom den 13 april 2018 i mål nr 886-18,
se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår ansökan om
överprövning.

Dok.Id 231203

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Capio Movement AB (Capio) yrkar att kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och avslår ansökan om överprövning alternativt att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Östergötlands läns landsting (landstinget) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, avslår ansökan om överprövning.

Aleris Specialistvård Motala AB (Aleris) motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

VAD PARTERNA ANFÖR

Capio

Samtliga parter har tolkat det aktuella kravet på så sätt att det inte innebär något krav på att ange en exakt kvantitativ uppgift. Att Capio och Aleris har tolkat det på detta sätt framgår av att båda anbudsgivarna har angett att underleverantör ska användas vid behov. Att landstinget har tolkat kravet på detta sätt framgår av dess anbudsutvärdering och vad som anförts i processen. Trots att underlaget visar att samtliga aktörer har tolkat kravet på samma sätt väljer förvaltningsrätten att göra en egen tolkning enbart av den anledningen att Aleris för fram invändningen i en överprövningsprocess.

Det är inte på något sätt givet att ”hur stor del” förutsätter en exakt kvantitativ uppgift. Det som efterfrågas är snarare en beskrivning av i vilken omfattning en underleverantör kan komma att utföra delar av uppdraget. Det efterfrågas varken någon procentsats eller siffra. Denna tolkning är fullt förenlig med kravets ordalydelse. Som beskrivning räcker det att, såsom Capio har gjort, ange att det kan komma att ske vid

behov samt när sådant behov kan föreligga och för vilka delar av uppdraget.

Aleris har i sitt svar till det aktuella kravet endast angett att bolaget avser att använda underleverantören vid behov. Såväl Aleris som Capio har således angett att underleverantörer kan komma att användas vid behov. Capio har dock lämnat en mer detaljerad beskrivning än Aleris. Landstinget har således behandlat de båda anbuden lika. Vidare har förvaltningsrätten förfarit felaktigt när den valt att inte pröva landstingets och Capios invändning om att Aleris anbud inte heller uppfyller det aktuella kravet.

Landstinget

Det uppdrag som upphandlingen avser är mycket omfattande och komplext samt ska utvecklas under avtalstiden jämte landstingets behov. Det går inte att på förhand med siffror kvantifiera de olika delarna, vad gäller olika typer av utföranden och tjänster, till sin omfattning. Det är mot denna bakgrund kravet ska läsas och anbudsgivarnas svar förstås.

Såväl Aleris som Capio har tolkat kravet i enlighet med upphandlingens syfte på det sätt som landstinget har funnit godtagbart, dvs. genom angivande av att underleverantörs kapacitet kan komma att nyttjas vid behov. Förmodligen är det även anbudsgivarnas kompetens och förståelse för vad dylika uppdrag innebär som gör att de har svarat som de har gjort.

Mot bakgrund av upphandlingens art, kravets syfte och anbudsgivarnas samstämmiga förståelse av kravet kan något högre krav på precisering inte ställas upp. Något krav på en exakt kvantifiering i matematiska termer finns inte i upphandlingen. Det är således felaktigt att påstå att Capios svar, en utförlig beskrivning kring det som efterfrågas, inte skulle uppfylla kravet. Såväl Aleris som Capio har svarat att underleverantör

kommer att användas vid behov. Capios svar är dock mer utvecklat än Aleris svar. Landstinget kan därmed inte anses ha agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Inte heller kan Aleris anses ha lidit eller riskerat att lida någon skada.

Aleris

Landstinget har genom aktuellt krav begärt att få veta hur stor del av uppdraget som kommer att utföras av underleverantörer och hur fördelningen mellan dessa ser ut. Det följer av kravets ordalydelse att landstinget har efterfrågat en kvantitativ uppgift avseende omfattningen av de delar av uppdraget som kan komma att utföras av underleverantörer. Capio har svarat att det inte kan kvantifiera exakt hur stor del av uppdraget som kommer att utföras av respektive bolag. Capio har således inte lämnat den information som efterfrågats. Capios anbud uppfyller inte det aktuella kravet och ska uteslutas. Aleris instämmer i förvaltningsrättens bedömning att det saknas möjlighet att beakta de invändningar som Capio och landstinget har framställt mot Aleris anbud.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

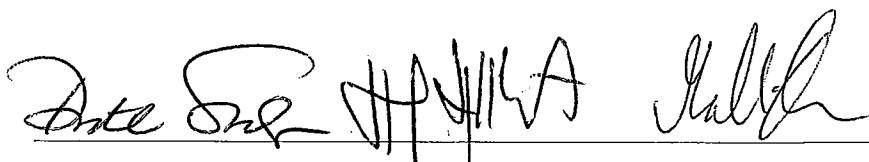
Den grundläggande frågan är hur kravet i avsnitt 2.7.3 i upphandlingsdokumentet ska tolkas och om Capios anbud uppfyller detta krav.

Syftet med det aktuella kravet torde främst vara att landstinget, utifrån de uppgifter som finns tillgängliga hos leverantörerna, tidigt ska kunna få indikationer på hur fullgörandet av kontraktet och behovet av att kontrollera att ställda villkor iakttas under fullgörandet ter sig. Det går normalt sett inte att ställa några högre krav på precision när det gäller de uppgifter som leverantörerna ska lämna i det här skedet av upphandlingsförfarandet (jfr t.ex. prop. 2015/16:195 s. 1125 f.). I förevarande fall är upphandlingsföremålet också sådant att det är svårt att på förhand kvantifiera exakt hur stor

del som kommer att utföras av respektive underleverantör. Det synes inte heller vara nödvändigt att lämna uppgifter om procentsats eller liknande för att ändamålet med kravet ska kunna uppfyllas. Detta kan likväl uppnås genom exempelvis en beskrivning av i vilken omfattning en underleverantör kan komma att utföra delar av uppdraget eller när det kan bli aktuellt att anlita en underleverantör. Med hänsyn till svaren i inkomna anbud och utfallet av landstingets anbudsprövning torde samtliga parter initialt även ha uppfattat kravet så att detta inte innefattar ett absolut krav på kvantifiering.

Mot bakgrund av vad som anges ovan kan det aktuella kravet inte anses innefatta ett absolut krav på kvantifiering. Detta får istället förstås så att det som efterfrågas är en beskrivning av i vilken omfattning en underleverantör kan komma att utföra delar av uppdraget eller när det kan bli aktuellt att anlita underleverantörer. Något högre krav på precision i det här avseendet kan inte utläsas ur upphandlingsdokumentet. Enligt kammarrättens mening är den beskrivning som Capio har lämnat i sitt anbud tillräckligt informativ för att det aktuella kravet ska vara uppfyllt. Redan på denna grund, och då det kan ifrågasättas om Aleris verkligen riskerar att lida skada till följd av den påstådda överträdelsen, saknas skäl för att ingripa mot upphandlingen. Överklagandena ska därför bifallas.

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



Kammarrättsrådet Bodil Stelzer (ordförande), kammarrättsrådet Hans-Olof Hallbäck och tf. kammarrättsassessorn Mattias Håkansson (referent) har deltagit i avgörandet.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2018-04-13
Meddelad i Linköping

Mål nr
886-18

SÖKANDE

Aleris Specialistvård Motala AB, 556777-8898
Box 47134
100 74 Stockholm

Ombud: Advokaten Bob Johanson och biträdande juristen Evelina Lund
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Östergötlands läns landsting, 232100-0040
Upphandlingscentrum
581 91 Linköping

2. Capio Movement AB, 556592-0864
Box 14
301 02 Halmstad

Ombud: Biträdande juristerna Gabriella Fossum och Hugo Lundstedt
Advokatfirman Vinge KB
Box 11025
404 21 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts med innebörden att Östergötlands läns landsting ska genomföra en ny anbudsprövning varvid Capio Movement AB inte ska anses uppfylla kravet enligt punkten 2.7.3 c) i upphandlingsdokumentet.

Dok.Id 321966

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 11 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se www.forvaltningsrattenilinkoping.domstol.se	013-25 11 40	måndag–fredag 08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Östergötlands läns landsting (Regionen) genomför en upphandling av vårdtjänster vid Lasarettet i Motala, dnr UC-2017-61. Upphandlingen genomförs som förenklat förfarande enligt LOU och tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Vid anbudstidens slut hade två anbud inkommit i upphandlingen från Aleris Specialistvård Motala AB (Aleris) och Capiro Movement AB (Capiro). Regionen meddelade den 30 januari 2018 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Capiro tilldelades kontraktet.

Aleris ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse med innebörden att Regionen ska genomföra en ny anbudsutvärdering varvid Capios anbud inte ska beaktas.

Regionen och Capiro yrkar att förvaltningsrätten avslår ansökan.

VAD PARTERNA BLAND ANNAT HAR ANFÖRT**Aleris**

Capiro har inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen varför Regionen har haft en skyldighet att förkasta Capios anbud. Regionens agerande, att anta Capios anbud trots att Capios anbud inte uppfyller samtliga krav, strider mot likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LOU. Aleris har rangordnats på andra plats i Regionens utvärdering av anbuden och har därmed lidit eller kan komma att lida skada på grund av Regionens förfarande.

Regionen har i punkten 2.7.3 i upphandlingsdokumentet uppställt ett krav att anbudsgivare som avser att anlita underleverantör/-er ska specificera

vissa angivna uppgifter bl.a. enligt punkten c) hur stor del av uppdrag som omfattas specificerat per underleverantör. Såsom kravet är utformat går det inte tolka det på annat sätt än att Regionen önskat få besked om hur fördelningen ska göras mellan underleverantörerna. Kravet gör sig därför särskilt starkt gällande när man, som Capio, har åberopat flera underleverantörer. För den anbudsgivare som, likt Aleris, endast har en underleverantör finns ingen anledning och heller inte någon möjlighet att specificera hur uppdraget ska fördelas mellan de olika underleverantörerna.

Det är inte riktigt som Regionen påstår att det i punkten 2.7.3 inte uttryckligen föreskrivs att anbudsgivaren ska ange hur stor del av uppdraget som kommer att utföras av underleverantörer. Kravet är tydligt och klart. Regionens påstående att kravet är uppfyllt om anbudsgivaren har beskrivit i vilken omfattning som en underleverantör kommer att nyttjas för uppdraget saknar stöd i kravets ordalydelse.

Capio har i sitt anbud under punkten 2.7.3 i strid med det ställda obligatoriska kravet uttryckligen angett att det inte kan anges hur stor del av uppdraget som ska utföras av underleverantörer. Redan därav, när en anbudsgivare själv anger att den inte kan lämna den information som kravet efterfrågar, ska uteslutning av anbudsgivaren ske. Att det inte går att kvantifiera exakt hur stor del av uppdraget är möjligen en sak, men Capio har överhuvudtaget inte ansträngt sig för att uppfylla kravet, trots att det hade varit enkelt att exempelvis ange en ungefärlig andel som ska utföras av underleverantör.

Det är i praxis från Högsta förvaltningsdomstolen klarlagt att ett obligatoriskt krav är ett obligatoriskt krav och att anbudsgivare antingen uppfyller ett sådant krav eller inte. Det går inte, som Regionen tycks påstå, göra gällande att det vore oproportionerligt att diskvalificera Capios anbud för att Capio inte har angett hur stor del av uppdraget som under-

leverantörerna ska utföra. Det är således inte möjligt att, inom ramen för gällande upphandlingslagstiftning, anta Capios anbud därför att det vore oproportionerligt att förkasta det.

Aleris bestrider Regionens påstående att anbudsgivarna har behandlats lika. För det första har Aleris inte angett att bolaget inte kan svara på det obligatoriska kravet. Redan härav föreligger det en sådan skillnad mellan Aleris och Capios svar att det inte är möjligt att åberopa likabehandlingsprincipen. Likabehandlingsprincipen förutsätter nämligen att lika fall ska behandlas lika och olika fall ska behandlas olika. Här är det fråga om två olika situationer och två olika svar. För det andra åberopar Aleris endast en underleverantör varför det varken finns något krav eller något skäl att specificera hur stor del av uppdraget som ska utföras av underleverantören. Det är, i Aleris situation, inte ens möjligt att ange hur stor del av uppdraget som ska fördelas mellan underleverantörerna, eftersom Aleris endast har åberopat en underleverantör. Aleris har, trots detta, för god ordnings skull angett att Aleris Sjukvård AB:s kapacitet kan komma att användas vid behov. Ett sådant krav gäller dock strikt för Capio som har åberopat två underleverantörer. Capio har inte angivit någon sådan fördelning och dess anbud ska därför förkastas.

Regionen

Regionen har inte agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att kvalificera Capios anbud. Regionen har heller inte i övrigt brutit mot någon av de grundläggande principerna som återfinns i 4 kap. 1 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Aleris har inte lidit och riskerar inte heller att lida någon skada.

Regionen har bedömt att Capios svar under punkten 2.7.3 c) innebär att Capios anbud uppfyller det aktuella kravet. De företag som Capio

specificerat under punkt 2.7.3 beskrivs som en kapacitetstillgång. Capiro har utförligt beskrivit respektive företags roll i uppdraget. Aleris synes mena att Capiro, genom den del i svaret där Capiro anger att det mot bakgrund av vad som beskrivs om företagets roll i uppdraget är svårt att kvantifiera exakt hur stor del av uppdraget som kommer att utföras av respektive företag, inte uppfyller kravet under punkt 2.7.3 c). Regionen vill dock framhålla att något krav på exakt preciserande inte följer av kravet.

Regionen delar inte Aleris påstående om att Capiro inte har ansträngt sig för att lämna svar för kravuppfyllnad under punkt 2.7.3 c). Tvärtom har Capiro ingående beskrivit respektive företags roll i uppdraget. Det bör framhållas att de företag som Capiro har uppgett som underleverantörer under punkt 2.7.3 är företag vars tekniska och yrkesmässiga kapacitet åberopas av Capiro för att uppfylla kraven på referensuppdrag under punkt 2.7.8.1. Det kan således inte jämföras med den situationen att en anbudsgivare, som själv uppfyller alla kvalificeringskrav i en upphandling, väljer att lägga ut delar av uppdraget på en underleverantör. I sådant fall torde det vara förenat med större enkelhet att mer preciserat ange vilken/vilka del/delar av uppdraget som underleverantören ska utföra. Mot bakgrund av hur Capiro avser att nyttja Capiro Tonkin Grand Large SAS och Clinique Belharra SAS skulle det vara oproportionerligt att förkasta Capios anbud på den grunden att Capiro inte i kvantifierbara termer har angett hur stor del av uppdraget som underleverantörerna ska utföra.

Det kan av kravet vidare inte utläsas att beskrivningen ska uppnå någon särskild grad av konkretion för att kravet ska anses uppfyllt. Mot bakgrund av detta måste kravet anses uppfyllt om anbudsgivare har beskrivit i vilken omfattning som en underleverantör kommer att nyttjas för uppdraget. Capiro uppfyller således kravet, eftersom Capiro ingående har redogjort för att angivna underleverantörers erfarenhet, inklusive de medicinska, personella och kompetensmässiga resurserna, kommer att stå till Capios förfogande vid

utförande av uppdraget. Underleverantörernas erfarenhet kommer att nyttjas vid behov och om sådan erfarenhet kan förväntas gynna den enskilda patienten och/eller den vård som Capio med sitt anbud hoppas få bedriva på uppdrag av Regionen.

Att kravet ska förstås på detta sätt styrks också av hur Bolaget har svarat på kravet under punkt 2.7. 3 c). Uppenbarligen har Aleris gjort samma tolkning av kravet som Capio, dvs. att det varit tillräckligt för kravuppfyllnad att beskriva i vilken omfattning som en underleverantör kommer att nyttjas för uppdraget. Två vana anbudsgivare har således uppfattat det aktuella kravet på samma sätt. Detta illustrerar att kravet rätteligen ska förstås på så sätt att det är tillräckligt att beskriva i vilken omfattning som en underleverantör kan komma att nyttjas för uppdraget för att kravet ska anses uppfyllt. Härigenom uppfyller Capios anbud tveklöst det aktuella kravet.

Det Aleris anför om att kravet särskilt gör sig gällande för Capio eftersom Capio angett flera underleverantörer är svårbegripligt. Av kravet kan tydligt utläsas att anbudsgivare som avser att anlita underleverantör/-er ska specificera hur stor del av uppdrag som omfattas specificerat per underleverantör. Kravet gäller således på samma sätt oavsett om en anbudsgivare avser att anlita en eller flera underleverantör/-er. Att kravet ska tolkas och tillämpas olika beroende på huruvida anbudsgivare anger en underleverantör eller flera underleverantörer är ingenting som kravet överhuvudtaget ger uttryck för.

Om förvaltningsrätten ändå skulle finna att Capios svar under punkt 2.7.3 c) inte uppfyller det obligatoriska kravet kan det ändå inte anses som att Regionen har agerat i strid mot likabehandlingsprincipen genom att kvalificera Capios anbud. Detta eftersom Aleris svar, om än mindre utförligt än Capios, ger uttryck för samma sak som Capios svar. Att Aleris inte uttryckligen, likt Capio, har angett att det är svårt att kvantifiera exakt hur

stor del av uppdraget som kommer att utföras av respektive bolag innebär inte att svaret inte ger uttryck för samma sak som Capios svar. Regionen har således behandlat anbudsgivarna helt lika i detta avseende varför det inte kan hävdas att Regionen har agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Genom att såväl Capios som Aleris anbud har kvalificerats med sina liknande svar i fritextfält under punkt 2.7.3 c) har Aleris inte lidit och riskerar inte heller att lida skada av att Capios anbud har kvalificerats.

Capio

Enligt kravet i punkten 2.7.2 i upphandlingsdokumentet ska den anbudsgivare som avser att anlita underleverantör specificera hur stor del av uppdraget som ska utföras av underleverantör. Redan av denna anledning saknar Aleris fog för sin tolkning av att det endast behöver specificeras hur stor del av uppdraget som ska utföras om anbudsgivaren avser att anlita fler än en underleverantör. I den efterföljande punkten 2.7.3 anges sedan att den som ska anlita underleverantör/-er ska specificera namn och organisationsnummer på underleverantör/-er samt ange hur stor del av uppdraget som omfattas per nämnda underleverantör/-er. Det är således under denna punkt som anbudsgivaren har att specificera hur stor del av uppdraget som ska utföras av underleverantören. Det kan konstateras att kravet ifråga inte uttryckligen kräver någon exakt kvantifiering avseende omfattningen på uppdrag som kan komma att utföras av underleverantör. Anbudsgivaren har därmed endast att beskriva hur stor del av uppdraget som avses på det sätt som lämpligen låter sig göras.

Det kan vidare konstateras att Capios och Regionens tolkning av kravet även har stöd i kravets syfte/ändamål. Kravet i punkten 2.7.3 återfinns nämligen i 17 kap. 6 § LOU som ger en upphandlande myndighet rätt att begära att en leverantör ska lämna in uppgifter om huruvida, och i så fall hur stor del av kontraktet, som leverantören kan komma att fullgöra genom att

lägga ut på någon annan än leverantören och vilka underleverantörer som leverantören avser att anlita för att fullgöra kontraktet i den delen.

Upphandlingen genomförs visserligen som ett förenklat förfarande enligt 19 kap. LOU, men syftet med bestämmelsen får ändå anses relevant för tolkningen av kravet. Likaså bör begränsningarna avseende möjligheten att begära in, och använda, den aktuella typen av uppgifter beaktas.

Av 17 kap. 6 § LOU framgår således att en anbudsgivare kan behöva lämna uppgifter om hur den planerar att fullgöra ett kontrakt med avseende på frågan om huruvida underleverantören kommer att användas (prop. 2015/16:195 s. 839). Syftet med bestämmelsen är att ge den upphandlande myndigheten möjlighet att kontrollera om fullgörandet av ett kontrakt kommer ske eller sker i enlighet med de villkor som har fastställts för fullgörandet. Det är således frågan om delar av kontraktet kan komma att fullgöras av någon annan än anbudsgivaren som är relevant för syftet med aktuellt krav och inte antalet underleverantörer eller hur fördelningen ser ut dem emellan. Det är fördelningen mellan anbudsgivaren och underleverantör/-er som är intressant.

Det kan därutöver konstateras att uppgifter av den typ som lämnas enligt 17 kap. 6 § LOU inte ens är förpliktande för leverantören i förhållande till den upphandlande myndigheten. Om en upphandlande myndighet väljer att begära in uppgifter, utgör bestämmelserna inte heller grund för att ifrågasätta lämnade uppgifter om planering såvitt gäller ett kontrakts fullgörande med avseende på anlitan av underleverantörer. Den bedömning en leverantör gör i frågan om huruvida underleverantörer måste anlitas för ett kontrakts fullgörande kan således inte ifrågasättas. Det går enbart att ifrågasätta om en leverantörs anbud helt saknar sådana uppgifter trots att myndigheten har begärt att uppgifterna ska lämnas in. I sådant fall kan det alltså finnas grund för att lämna anbudet utan avseende, men inte för att uppgifterna inte når upp till en viss "nivå" eller "precision" (se prop.

2015/16:195 s. 839–840). Det är mot denna bakgrund som kraven i punkten 2.7.2 och 2.7.3 ska förstås.

Det är i målet ostridigt att Aleris har angivit Aleris Sjukvård AB som underleverantör och sitt anbud angett att Aleris Sjukvård ska utföra delar av uppdraget "vid behov". Att Aleris lämnat uppgiften i fråga talar således starkt för att bolaget har uppfattat att kravet på att ange hur stor del av uppdraget som omfattas specificerat per underleverantör gäller alldeles oavsett om anbudsgivaren avser att anlita en eller flera underleverantörer. Härtill kan konstateras att vare sig Capio eller Aleris har lämnat någon exakt kvantifiering avseende hur stor del av uppdraget som ska utföras, och förefaller därmed vara överens om att en exakt kvantifiering inte vare sig kan eller behöver lämnas när underleverantören endast avses att användas vid behov. I annat fall får det förutsättas att Aleris skulle ha lämnat en exakt kvantifiering, vilket uppenbarligen inte har gjorts.

I anbudet under sitt svar på punkten 2.7.3 c) har Capio i korthet anfört att Capio Tonkin Grand Large SAS och Clinique Belharra SAS vid behov kommer att tillhandahålla yrkesmässig kapacitet hänförlig till den erfarenhet som respektive bolag erhållit vid utförandet av sitt referensuppdrag under Capios fullgörande av aktuellt uppdrag. Genom att Capio i svaret hänvisat till de under punkten 2.7.8 angivna referensuppdrag som respektive bolag utfört och de åtagande som getts in från dessa framgår följaktligen också vad respektive underleverantör kan komma att tillhandahålla för kapacitet.

Capio har således uppfyllt kravet i punkten 2.7.3 eftersom bolaget har förklarat när respektive underleverantör kan komma att utföra del av uppdraget (vid behov) och vilken kapacitet (dvs. del av uppdraget) som detta gäller för. Genom att ange när och vad som omfattas har Capio således angett hur stor del av uppdraget som omfattas specificerat per underleverantör.

För det fall kravet i punkten 2.7.3 mot förmodan skulle tolkas på ett sätt som innebär att det inte är tillräckligt att ange att underleverantörer kommer att anlitas "vid behov", samt under vilka förutsättningar och för vilka delar av uppdraget har följaktligen vare sig Aleris eller Capiro uppfyllt det aktuella kravet. Eftersom Regionen dock delar den tolkning som Capiro och Aleris har gjort avseende kravet i sitt respektive anbud har Regionen följaktligen godkänt båda anbuden. Capiro och Aleris har således behandlats helt lika.

Om domstolen skulle finna att Capios anbud borde ha förkastats kan Regionen således ändå inte anses ha agerat i strid med likabehandlingsprincipen eftersom både Capiro och Aleris anbud i så fall har utvärderats trots samma "brist". Varken Capiro eller Aleris har således särbehandlats. Det skulle tvärtom strida mot likabehandlingsprincipen att bifalla Aleris ansökan. Denna invändning mot Aleris anbud är direkt hänförlig till Aleris ansökan om överprövning eftersom det i denna görs gällande att Regionen har brutit mot likabehandlingsprincipen och att bolaget lidit skada härav. Den ska därför prövas i målet och få till följd att ansökan om överprövning avslås (jfr bl.a. Kammarrätten i Stockholms mål 924-12 och Kammarrätten i Göteborgs mål 3244-3245-13 samt EU-domstolens mål C-100/12, Fastweb). Detta särskilt sedan också Regionen har påtalat detta förhållande i sina yttranden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlingsdokument m.m.

I punkten 2.7.3 *Specifikation av underleverantörer* anges, såvitt här är relevant, följande.

Om anbudsgivaren avser att anlita underleverantör/-er ska nedan angivna uppgifter specificeras av anbudsgivaren i nedan angivna fält.

a. Ange företagsnamn på underleverantör/-er
Fritext
[...]

c. Ange hur stor del av uppdrag som omfattas specificerat per underleverantör ovan
Fritext

Aleris har i sitt anbud under punkten 2.7.3, såvitt här är relevant, angett följande.

a. Ange företagsnamn på underleverantör/-er

Aleris Sjukvård AB
[...]

c. Ange hur stor del av uppdrag som omfattas specificerat per underleverantör ovan

Aleris Sjukvård ABs kapacitet kan komma att användas vid behov.

Capio har i sitt anbud under punkten 2.7.3, såvitt här är relevant, angett följande.

a. Ange företagsnamn på underleverantör/-er

Capio Tonkin - Grand Large SAS
Clinique Belharra SAS
[...]

c. Ange hur stor del av uppdrag som omfattas specificerat per underleverantör ovan

Capio Tonkin Grand Large SAS (Capio Tonkin) och Clinique Belharra SAS (Belharra) (gemensamt "koncernbolagen") har utfört referensuppdrag som omfattar samtliga de krav som Region Östergötland ställer på liknande uppdrag (dvs. kirurgisk verksamhet med elektiv (öppen och slutenvård) och akut vård avseende såväl mottagnings- som operationsverksamhet för en eller flera basspecialister). Koncernbolagen ingår i samma koncern som Capio Movement, och deras erfarenhet (inkl. de medicinska, personella och kompetensmässiga resurser hänförliga till referensuppdragen) står till Capio Movements förfogande vid utförandet av aktuellt uppdrag (se "Bilaga 2.7 underleverantörer åtagande Belharra" och Bilaga 2.7 "Underleverantörer åtagande Tonkin", vilka innehåller åtagande från respektive koncernbolag).

Det är mot denna bakgrund svårt att kvantifiera exakt hur stor del av uppdraget som kommer att utföras av respektive bolag, men de kommer således att tillhandahålla yrkesmässig kapacitet hänförlig till den erfarenhet som respektive bolag erhållit vid utförandet av sitt referensuppdrag till Capio Movement (och därmed också till Region Östergötland) vid behov och om sådan erfarenhet kan förväntas gynna den enskilda patienten och/eller den vård som Capio Movement hoppas få bedriva för Region Östergötland. Det vill säga, krävs t.ex. Capio Tonkins erfarenhet eller någon personell/medicinsk eller kompetensmässig resurs så kommer Capio Tonkin att tillhandahålla det vid Capio Movements utförande av aktuellt uppdrag i enlighet med sitt åtagande (se ovan nämnda bilagor). På samma sätt kommer Belharra att tillhandahålla

den yrkesmässiga kapacitet och erfarenhet som visar sig komma en patient eller Capio Movements vårdverksamhet i stort under uppdraget till godo.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet är fri att bestämma hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas samt kriterierna för tilldelning av kontrakt så länge de gemenskapsrättsliga principerna iakttas. De obligatoriska krav som anges i upphandlingsdokumentet ska normalt vara till fullo uppfyllda i anbudet för att den upphandlande myndigheten ska kunna uppta ett anbud till slutlig anbudsutvärdering och tilldela anbudsgivaren kontrakt i upphandlingen (jfr HFD 2016 ref. 37).

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är innebörden av det ställda kravet enligt punkten 2.7.3 c) i upphandlingsdokumentet. Aleris har i målet gjort gällande att kravet endast gäller för det fall anbudsgivare avser att anlita flera underleverantörer och att kravet innebär att Regionen önskar få besked om hur fördelningen ska göras mellan underleverantörerna. Regionen och Capio har i sin tur hävdade att kravet gäller på samma sätt oavsett om en anbudsgivare avser att anlita en eller flera underleverantör/-er och att kravet innebär att anbudsgivaren ska ange i vilken omfattning som en underleverantör kommer att nyttjas för uppdraget.

Förvaltningsrätten anser inledningsvis att en upphandlande myndighet måste anses ha ett visst tolkningsföreträde beträffande skrivningar i det egna upphandlingsdokumentet. Ett sådant tolkningsföreträde måste dock tillämpas inom ramen för unionsrättens principer, särskilt transparensprincipen. Förvaltningsrätten finner vid en sådan bedömning att det inte framkommit något vägande skäl att tolka skrivningen i punkten 2.7.3 c) vad beträffar huruvida kravet åsyftar fördelningen mellan anbudsgivare och underleverantör/-er eller fördelningen underleverantörer emellan på annat sätt än vad Regionen gjort gällande i målet. Att kravet innebär att

anbudgivaren ska ange hur stor del av uppdraget som ska utföras av angiven/angivna underleverantör/-er jämfört med hur stor del av uppdraget anbudgivaren själv utför följer även logiskt och semantiskt genom utformningen av det aktuella kravet och är något som en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare har kunnat förstå och räkna med.

Vad sedan beträffar vilken precision av uppgiften som efterfrågats finner förvaltningsrätten emellertid att det redan av ordalydelsen av kravet ("hur stor del") följer att Regionen har efterfrågat en kvantitativ uppgift avseende omfattningen på de delar av uppdraget som kan komma att utföras av underleverantör, även om det i skrivningen inte efterfrågas exakt siffra eller procentsats. Huruvida ett sådant krav är proportionerligt eller får konsekvenser som Regionen inte avsett är inte föremål för förvaltningsrättens prövning eftersom Aleris angriper inte det ställda kravet som sådant. Förvaltningsrätten lämnar därför utan beaktande de invändningar som Regionen och Capio framför i detta avseende.

Förvaltningsrätten konstaterar att Capio i sitt anbud under den aktuella punkten har angett att bolaget kommer att använda sig av angivna underleverantörer vid behov samt att det är svårt att kvantifiera exakt hur stor del av uppdraget som kommer att utföras av respektive underleverantör. Mot bakgrund av det som ovan anfördes om kravets innebörd uppfyller den aktuella skrivningen inte det ställda kravet varför Regionen borde ha förkastat Capios anbud. Det föreligger därmed ett fel i upphandlingen som kan läggas till grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU.

Regionen och Capio har i målet invänt att Regionen har behandlat Aleris och Capio lika eftersom inte heller Aleris i sitt anbud har angett exakt hur stor del av uppdraget som kommer att utföras av angiven underleverantör. Aktuell invändning har bäring på frågan om Aleris kan anses lida eller riskera att lida skada till följd av det upphandlingsfel Aleris gjort gällande.

Frågan är då om förvaltningsrätten, inom ramen för detta mål, har att beakta de invändningar som framförts i aktuellt hänseende.

I kammarrättspraxis förekommer tre synsätt i frågan huruvida det kan prövas invändningar från upphandlande myndighet i en överprövningsprocess om att sökandens tidigare godtagna anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Kammarrätten i Stockholm har i mål 5929-10 kommit fram att sådana invändningar inte kan tas upp till sakprövning. Kammarrätten i Göteborg har i mål 741-13 och 1641-15 uttryckt att sådana invändningar kan sakprövas men endast i den del de utgör ett bemötande av den överprövande leverantörens talan, t.ex. rörande ett visst obligatoriskt krav. Kammarrätten i Stockholm i mål 924-12 och Kammarrätten i Jönköping i mål 1507-16 har i sin tur kommit fram till att sådana invändningar kan sakprövas fullt ut. Något avgörande från Högsta förvaltningsdomstolen som klargör rättsläget finns inte.

Främst med hänsyn till att det står den upphandlande myndigheten fritt att ompröva sin tidigare anbudsutvärdering såväl under som efter en överprövningsprocess kan inte förvaltningsrätten finna att vare sig effektivitetshänsyn, processekonomiska fördelar, kravet på likabehandling eller upphandlingsmålens särskilda karaktär under förevarande förhållanden kan motivera avsteg från den generella principen om reformatio in pejus, dvs. att den enskilde inte ska riskera att komma i ett sämre läge om ett myndighetsbeslut eller dom överklagas. Det Regionen och Capio anfört rörande Aleris uppfyllelse av det aktuella kravet kommer därför inte att beaktas inom ramen för detta mål.

Mot bakgrund av det ovan anförda har förvaltningsrätten att utgå ifrån att Aleris uppfyller det ställda kravet och att Aleris därmed är den enda kvalificerade anbudgivaren och skulle ha tilldelats kontraktet. Aleris lider

därmed skada genom Regionens ovan konstaterade överträdelse. Ansökan ska därmed bifallas.

Regionens överträdelse är inte hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd. Upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsprövning görs varvid Capio inte ska anses uppfylla kravet enligt punkten 2.7.3 c) i upphandlingsdokumentet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Magnus Wickström
Rådman

Handläggare har varit föredragande juristen Stefka Bokmark.



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 nås 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.