



KLAGANDE

1. Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

2. Jämtlands läns landsting
Box 602
832 23 Frösön

3. Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

4. Norrbottens läns landsting
971 89 Luleå

Ombud för 2-4: Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

MOTPART

Vårdassistent Sverige AB, 556755-2863
Ölandsgatan 42
116 63 Stockholm

Ombud: Advokat Johan Gregow och
jur.kand. Victoria Hellman
Ashurst Advokatbyrå AB
Box 55564
102 04 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Umeås dom den 16 februari 2011
i mål nr 3120-10, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

KONKURRENSVERKET	
2011-06-22	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstingen beslutade i tilldelningsbeslut i mars 2010 att tilldela Vårdassistans Sverige AB (Vårdassistans) kontrakt i 44 kategorier specialistläkare och 10 kategorier specialistsjuksköterskor. LäkarLeasing Sverige AB ansökte om överprövning vilken avslogs av Förvaltningsrätten i Umeå. Domen överklagades till Kammarrätten i Sundsvall som i dom den 12 oktober 2010 (mål nr 1381-10) beslutade om rättelse genom att en ny utvärdering skulle ske och i denna skulle anbudet från Vårdassistans inte beaktas. Kammarrättens dom har vunnit laga kraft. I november 2010 beslutade landstingen i ett nytt tilldelningsbeslut att inte kvalificera Vårdassistans anbud till utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Västerbottens läns landsting, Norrbottens läns landsting, Jämtlands läns landsting och Lanstinget i Västernorrland (landstingen i det följande) yrkar att kammarrätten ska avslå Vårdassistans ansökan om överprövning i förvaltningsrätten.

Vårdassistans anser att överklagandet ska avslås.

PARTERNAS TALAN

Landstingen

Kammarrätten i Göteborg har i ett avgörande funnit att en anbudsgivare som uteslutits från utvärderingen genom lagakraftvunnen dom inte har rätt att ansöka om åtgärder avseende senare beslut i upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen har meddelats prövningstillstånd (mål nr 7311-10). Förutsättningarna i det mål som förvaltningsrätten har haft att avgöra och det ovan relaterade målet från Kammarrätten i Göteborg är identiska.

Det är ostridigt att Vårdassistanss anbuds innehöll en årsredovisning som inte var fastställd. I anbudet fanns även en delårsrapport för ett kvartal 2009. Vidare fanns en skrivelse där det angavs att anbudet kommer att kompletteras med fastställda handlingar så snart som möjligt. När anbuderna öppnades kunde landstingen konstatera att anbudet från Vårdassistans innehöll en icke fastställd årsredovisning. Landstingen beslutade att kvalificera anbudet och när sedan kompletteringen med den fastställda årsredovisningen inkom gjordes ytterligare en granskning som inte föranledde någon annan bedömning. Förvaltningsrätten har i sin dom angivit att bestämmelsen i 11 kap. 9 § LOU är tillämpliga vid förenklade förfaranden enligt 15 kap. LOU, vilket inte har stöd i förarbeten eller praxis.

Vårdassistans Sverige AB

Om Vårdassistans inte skulle kvalificeras på grund av att en preliminär årsredovisning givits in utgör landstingens felaktiga upplysningar till bolaget grund för att göra om upphandlingen. Vidare gäller att anbudens giltighetstid upphörde den 1 december 2010 och även detta utgör grund för att upphandlingen ska göras om.

Den grund landstingen åberopat utgör en grund för avvisning av ansökan om överprövning i förvaltningsrätten och inte en grund för att avslå ansökan. Det finns ett lagakraftvunnet beslut avseende samma sak som landstingen nu åberopar och därför skulle denna talan inte prövas igen. Landstingens inställning är märklig, dvs. att Vårdassistanss talan inte ska få prövas på grund av dom i ett mål där Vårdassistans inte var part och där landstingen, som var part i målet, ostridigt har åberopat felaktiga sakförhållanden innebärande att målet avgjordes utifrån felaktiga förutsättningar. Under sådana förhållanden är det helt ohållbart att neka en anbudsgivare rätt att söka överprövning.

Det saknas grund att utesluta Vårdassistans från kvalificeringen. Bolaget har rätt att åberopa en preliminär årsredovisning, vilken godtogs av landstingen i den första anbudsprövningen. Inget hindrar att sistnämnda bestämmelser tillämpas även vid förenklat förfarande i en upphandling. Landstingen har även lämnat felaktiga instruktioner och information till Vårdassistans under upphandlingsförfarandet och därmed brutit mot principerna om transparens och förutsebarhet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vårdassistans Sverige AB:s talerätt i förvaltningsrätten

Genom tilldelningsbeslut i mars 2010 antogs Vårdassistans som leverantör avseende 44 av 45 läkarkategorier/läkarspecialiteter samt 10 av 11 sjuksköterskekategorier/sjuksköterskespecialiteter. På talan av en annan leverantör fann Kammarrätten i Sundsvall att en ny utvärdering skulle göras varvid Vårdassistans anbud inte skulle beaktas (mål nr 1381-10).

Kammarrättens dom innebar att Vårdassistans uteslöts från att delta i upphandlingen. Genom Högsta Förvaltningsdomstolens avgörande den 7 juni 2011 (mål nr 471-11) är numera klarlagt att en anbudsgivare som uteslutits av en förvaltningsdomstol men inte beretts tillfälle att yttra sig över ansökningen hade rätt att överklaga förvaltningsdomstolens avgörande genom vilket leverantören uteslöts. Vårdassistans som inte varit part i målet vid kammarrätten har således haft rätt att överklaga kammarrättens dom.

Vid tidpunkten för kammarrättens avgörande den 12 oktober 2010 gällde dock som huvudregel att någon klagorätt inte fanns för Vårdassistans som inte heller överklagade kammarrättens dom (jfr RÅ 2007 not. 131), vilken numera vunnit laga kraft.

I det nu aktuella målet har den upphandlande myndigheten följt kammarrättens lagakraftvunna dom om rättelse, som inneburit att den förut vinnande leverantören Vårdassistans uteslutits från utvärderingen och denna därefter gjorts om. Den upphandlande myndigheten har fattat ett nytt tilldelningsbeslut och utsett en annan leverantör till vinnande leverantör i upphandlingen.

Av Högsta Förvaltningsdomstolen avgörande den 14 juni 2011 framgår att domstolen ifrågasätter om en leverantör som uteslutits genom avgörande av allmän förvaltningsdomstol och inte fått yttra sig i det målet enligt bestämmelserna i 10 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), inte borde ges möjlighet att ansöka om överprövning av nya beslut om utvärdering (mål nr 7311-10).

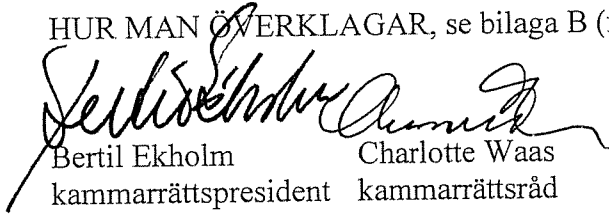
Sverige har vid genomförande av rättsmedelsdirektiven att se till att de minimigarantier som följer av Europaparlamentets och rådets direktiv 2007/66/EG (direktivet) följs. I direktivet anges att ett prövningsförfarande ska vara tillgängligt på de villkor som medlemsstaterna själva anger, åtminstone för var och en som har eller har haft intresse av att få ingå ett visst avtal eller som har lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av påstådd överträdelse (art 1 3.). En anbudsgivare anses berörd om de ännu inte uteslutits definitivt. Ett uteslutande är definitivt om det har meddelats de berörda anbudsgivarna och antingen har prövats lagligt av ett oberoende prövningsorgan eller inte längre kan bli föremål för ett prövningsförfarande (art 2a2.)

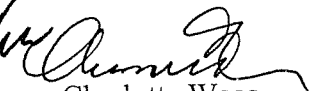
Vårdassistans som inte tillerkänts partställning i kammarrättens mål där Vårdassistans uteslöts från utvärderingen (mål nr 1381-10) har enligt kammarrättens mening rätt att få sin ansökan av det nya beslutet om utvärdering i november 2010 överprövat av förvaltningsrätten.

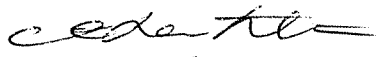
Borde Vårdassistans ha kvalificerats till utvärderingsfasen?

I sak ansluter sig kammarrätten till den bedömning som gjorts i förvaltningsrätten. Kammarrätten finner således på de skäl som anförts av förvaltningsrätten att landstingen agerat i strid mot de gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet och icke-diskriminering genom att inte kvalificera Vårdassistans till utvärderingsfasen och att Vårdassistans lidit skada och att rättelse ska ske beträffande de områden där Vårdassistans antagits enligt de första tilldelningsbesluten. Överklagandet ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Bertil Ekholm
kammarrättspresident
ordförande


Charlotte Waas
kammarrättsråd
referent


Anna-Sara Söderström
tf kammarrättsassessor

Jeanette Sundqvist
föredragande



SÖKANDE

Vårdassians Sverige AB, 556755-2863
Ölandsgatan 42
116 63 Stockholm

Ombud: Johan Gregow och Victoria Hellman
Ashurst Advokatbyrå AB
Box 55564
102 04 Stockholm

MOTPARTER

1. Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

2. Jämtlands läns landsting
Box 654
831 27 Östersund

3. Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

4. Norrbottens läns landsting
971 89 Luleå

Ombud för 2-4: Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att rättelse – på sätt som framgår av domskälen – ska ske genom ny prövning av anbuderna avseende de områden (läkarkategorier/läkarspecialiteter och sjuksköterskekategorier /sjuksköterskespecialiteter) Vårdassistans anbud antagits enligt de första tilldelningsbesluten i mars 2010.

Förvaltningsrätten avslår i övriga delar ansökan och upphäver tidigare interimistiska beslut i de delarna.

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att rättelse ska ske genom ny prövning av anbuderna avseende de områden (läkarkategorier/läkarspecialiteter och sjuksköterskekategorier/sjuksköterskespecialiteter) Vårdassistans anbud antagits enligt de första tilldelningsbesluten i mars 2010.

Förvaltningsrätten avslår i övriga delar ansökan och upphäver tidigare interimistiska beslut i de delarna.

BAKGRUND

Landstingen i Norrbottens, Västerbottens, Västernorrlands och Jämtlands län (härefter benämnda Landstingen) har i en gemensam upphandling som administrerats av Västerbottens läns landsting infordrat anbud på bemanningstjänster avseende specialistläkare och specialistsjuksköterskor (dnr VLL 1530-2009). Vid upphandlingen har förenklat förfarande använts.

Landstingen beslutade, genom separata tilldelningsbeslut, i mars 2010 att avseende 44 av 45 läkarkategorier/läkarspecialiteter samt 10 av 11 sjuksköterskekategorier/sjuksköterskespecialiteter teckna avtal med Vårdassistans Sverige AB (Vårdassistans).

Flera leverantörer begärde överprövning av upphandlingen i förvaltningsrätten. Av betydelse i förevarande mål är den ansökan om överprövning som gjordes av LäkarLeasing Sverige AB. Genom dom den 16 juni 2010 (mål nr 1317-10) avslog förvaltningsrätten ansökan. Domen överklagades till Kammarrätten i Sundsvall som den 12 oktober 2010 (mål nr 1381-10) beslutade att upphandlingen i vissa angivna delar inte fick avslutas förrän rättelse gjorts genom ny utvärdering av anbuden på så sätt att anbudet från Vårdassistans inte skulle beaktas.

Efter förnyad prövning av anbuden i november 2010 har Landstingen beslutat att inte kvalificera anbudet från Vårdassistans till utvärdering.

YRKANDEN M.M.

Vårdassistentens yrkar i en ansökan första hand att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse på så sätt att dess anbud inte ska förkastas. I andra hand yrkar Vårdassistenten att upphandlingen ska göras om.

Landstingen bestrider bifall till Vårdassistentens ansökan.

Genom interimistiska beslut den 3 december 2010 har förvaltningsrätterna i Umeå, Luleå och Härnösand förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER I DETTA MÅL

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

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

UTREDNINGEN

Förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlagets T1 Anbudsinbjudan anges bl.a. följande.

2.5.2 Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning

Anbudsgivaren **skall** ha en stabil ekonomisk ställning. Som bevis **skall** anbudsgivaren till anbudet bifoga kopia av den senast fastställda årsredovisningen inklusive den undertecknade revisionsberättelsen.

Tilldelningsbeslut i november 2010

Till samtliga landstings tilldelningsbeslut har Tillägg till upphandlingsrapport bifogats. I det dokumentet anges bl.a. följande.

Till följd av domslut i samband med överprövning i kammarrätt och förvaltningsrätt har upphandlingen rättats genom förnyad prövning av anbudet. Enligt domslut har Vårdassistans inte kvalificerat sig för utvärdering. Vid förnyad anbudsprövning har anbudet från Vårdassistans ej kvalificerat sig för utvärdering. Fastställd årsredovisning inklusive undertecknad revisionsberättelse var ej bifogad vid anbudstidens utgång. Vårdassistans uppfyller därmed ej kravet på stabil ekonomisk ställning.

Parternas anföranden

Vårdassistans anför bl.a. följande

Inledning: Landstingen har genomfört en förenklad upphandling av ramavtal för bemanningstjänster avseende specialisläkare och specialistsjuksköterskor. Upphandlingen är uppdelad i ett flertal olika områden avseende specialistvård. Det är möjligt att lämna anbud på samtliga eller vissa områ-

den. Vårdassistans har lämnat anbud som omfattade samtliga specialistvårdområden i samtliga landsting. Landstingen meddelade tilldelningsbeslut i mars 2010. Åtskilliga anbudsgivare erhöll kontrakt, bl.a. Vårdassistans som erhöll kontrakt för samtliga landsting avseende 44 av 45 läkarkategorier och 10 av 11 sjuksköterskekategorier. LäkarLeasing Sverige AB begärde emellertid överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten lämnade ansökan utan bifall men kammarrätten förordnade att upphandlingen skulle rättas på så sätt att Vårdassistans anbud inte skulle utvärderas. Vårdassistans har inte varit part i målet. I domstolsprocessen har Landstingen lämnat felaktiga uppgifter om upphandlingsförfarandet och de instruktioner som lämnats till anbudsgivarna. Kammarrättens dom har således inte avgjorts utifrån faktiska sakförhållanden i upphandlingen. Landstingen meddelade i november 2010 nya tilldelningsbeslut vari framgår att Vårdassistans inte kvalificerat sig för anbudsutvärdering.

En korrekt beskrivning av sakförhållandena vid Landstingens första anbudsprövning är följande: I god tid *innan* kvalificeringen och tiden för anbudsingivande gav Landstingen information till Vårdassistans om att det var i sin ordning att inge preliminär årsredovisning och att sådan handling godtogs istället för en fastställd årsredovisning. I enlighet med detta ingav Vårdassistans en preliminär årsredovisning genom anbudet. Vårdassistans kvalificerades i enlighet med Landstingens information om preliminär årsredovisning. Vårdassistans gav sedan *efter* anbudstidens utgång och *efter* det att anbudet hade getts in och även *efter* det att Vårdassistans redan hade kvalificerats in den fastställda årsredovisningen. Det är givet att denna saknar betydelse eftersom de handlingar Vårdassistans redan ingett hade godkänts och kvalificering redan hade skett.

Landstingen har, vid den andra anbudsprövningen, felaktigt uteslutit Vårdassistans i upphandlingen.

Grunder för talan är följande:

- (i) Landstingen har före anbudsgivning angett att man godtog den preliminära årsredovisningen som bevisning för ekonomisk och finansiell ställning. Detta gjordes i enlighet med 11 kap. 9 § LOU. Vårdassistenten hade även rätt att återropa den preliminära årsredovisningen enligt denna bestämmelse i förening med 11 kap. 7 § LOU. Likväl förkastades Vårdassistentens anbud just p.g.a. att en preliminär årsredovisning lämnades in genom anbudet. Detta är av förklarliga skäl felaktigt och i strid mot LOU. Förfarandet strider även mot principen om förutsebarhet och transparens i 1 kap. 9 § LOU.
- (ii) Genom att uppge att det var i sin ordning att inge preliminär årsredovisning som bevisning för ekonomisk och finansiell ställning har Landstingen ändrat ett skall-krav om att fastställd årsredovisning skulle ges in genom anbud. Vidare har Landstingen inför sitt andra tilldelningsbeslut cirka ett år efter anbudsgivning ändrat tillbaka skall-kravet till att en fastställd årsredovisning skulle ges in. Detta utgör väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget. Sådana är otillåtna. Dessutom strider det också mot principen om förutsebarhet och transparens. Det är t.o.m. uppenbart förvillande och har medfört att Vårdassistenten och även andra anbudsgivare har lidit eller kan komma att lida skada.
- (iii) För det fall att godtagandet av preliminär årsredovisning ej skulle vara korrekt och i enlighet med LOU har Landstingen i vart fall, genom att uppge för Vårdassistenten att man godtog preliminär årsredovisning som bevisning för ekonomisk och finansiell ställning, uppenbarligen lämnat felaktiga och missvisande uppgifter till Vårdassistenten. Denna felaktiga och missvisande information strider av förklarliga skäl mot LOU och bl.a. mot principerna om förutsebarhet och transparens. Det har också medfört eller kan komma att medföra skada. Vårdassistenten hade nämligen annars sett till att det fanns en fastställd årsredovisning att lämna in genom anbudet.

Utveckling av den första grunden: Landstingen har godtagit preliminär årsredovisning som bevisning för ekonomisk ställning och någon grund för att förkasta Vårdassistanss anbud föreligger inte.

Vårdassistans är ett relativt nystartat bolag som startade sin verksamhet i början av 2008. Det första räkenskapsåret var förlängt och omfattade perioden 2008-04-04—2009-06-30. Enligt 7 kap. 10 och 11 §§ aktiebolagslagen ska årsredovisningen fastställas senast sex månader efter bokslutsdag. På grund av en fråga om avdragsrätt för mervärdesskatt och att beslut i denna fråga behövde fattas av Skatteverket innan redovisningen fastställdes förelåg det inte någon fastställd årsredovisning i början av november 2009, dvs. inför anbudet. Anbudstiden löpte ut den 1 december 2009. Mot den bakgrunden kontaktade Vårdassistans Landstingen, genom upphandlaren Gunilla von Bergen, den 13 november 2009. Landstingen angav då per telefon att man godtog den preliminära årsredovisningen som bevisning för den ekonomiska ställningen. Detta har i efterhand bekräftats per mail av Landstingen, se bilaga 1.

Det råder således inte någon som helst tvekan om att Landstingen före anbudsgivning har godtagit den preliminära årsredovisningen som bevis för ekonomisk och finansiell ställning. Detta i enlighet med 11 kap. 9 § LOU där det anges att om en leverantör har ett godtagbart skäl för att inte visa de handlingar och uppgifter som den upphandlande myndigheten begär, får leverantören visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling som den upphandlande myndigheten finner lämplig. Landstingen fann uppenbarligen att det förelåg godtagbart skäl för att inte visa en fastställd årsredovisning och att den preliminära årsredovisningen var lämplig. Tilläggas kan att om inte åberopande av annan bevisning – i stället för fastställd årsredovisning – skulle vara tillåten skulle bolag som ej hade eller till anbuds-

tidpunkten kunde erhålla fastställd årsredovisning överhuvudtaget inte kunnat delta i upphandlingen.

Det anges i den upphandlingsrättsliga litteraturen att en rimlig tolkning av sista meningen i 11 kap. 9 § LOU är att uttrycket annan handling avser varje handling där leverantören kan bevisa sin ekonomiska ställning, men att en upphandlande myndighet också måste acceptera varje sådan handling som är lämplig, t.ex. bevis om den totala omsättningen. Bevis som anges i uppräknningen av olika bevis i 11 kap. 7 § måste accepteras. Med all säkerhet måste de accepteras även om de inte efterfrågats, om de bevisar det som är syftet med det begärda bevismedlet (se Falk, Lag om offentlig upphandling – en kommentar, s 324).

I 11 kap. 7 § LOU anges att bevis på en leverantörs ekonomiska och finansiella ställning kan utgöras av just uppgift om företagets samlade omsättning (punkten 3) och balansräkningar (punkten 2). Den preliminära årsredovisningen som bilades anbudet utgör en uppgift om resultat- och balansräkning – och således även omsättning – som Vårdassistans och dess ledning ställt sig bakom. Det är således inte någon tvekan om att materialet utgör ”uppgift om företagets samlade omsättning” och omfattas av 11 kap. 7 § LOU. Vårdassistans gav även in en delårsrapport för perioden 1 juli 2009 – 30 september 2009 för att styrka sin stabila ekonomiska ställning. I anbudet skrevs en kommentar till detta. Mot den bakgrunden har Vårdassistans uppenbarligen uppfyllt kravet på bevisning avseende ekonomisk ställning. Likväl har Landstingen i Tillägg till upphandlingsrapport angett att kravet på en stabil ekonomisk ställning inte uppfylls. Detta är uppenbarligen felaktigt och fullständigt oförenligt med Gunilla von Bergens telefonsamtal som bekräftats per mail. Detta strider givetvis även mot LOU och redan därigenom ska talan bifallas. Beslutet att förkasta Vårdassistans anbud strider även mot 11 kap. 9 § LOU i förening med 11 kap. 7 § LOU i enlighet med vad som redogjorts för ovan. Tilläggas kan att Landstingen

aldrig har ifrågasatt Vårdassistans ekonomiska ställning. I kammarrättens dom anges att Landstingen anför att de handlingar som Vårdassistans gett in i upphandlingen visar att företaget har en stabil ekonomisk ställning. Landstingen anför att 11 kap. 7 § LOU inte är tillämplig eftersom det ej hänvisas till den bestämmelsen i 15 kap. 2 §. I 15 kap. 2 § LOU hänvisas inte till någon av bestämmelserna i 11 kap. 7-9 §§. Det innebär emellertid inte att det är otillåtet att uppställa krav på ekonomisk kapacitet (se Falk, lag om offentlig upphandling – en kommentar, s. 438). Om så sker ska principerna enligt 11 kap. 7-9 §§ naturligen tillämpas. 11 kap. 9 § LOU är tvingande och kan inte ”skrivas bort” genom förfrågningsunderlaget. Leverantörerna har således, oavsett förfrågningsunderlagets utformning, rätt att visa sin ekonomiska kapacitet med annan handling.

Det var naturligt för Vårdassistans att senare inkomma med den fastställda årsredovisningen, vilket även angavs i anbudet. I linje med Landstingens instruktioner den 13 november 2009 och den först genomförda kvalificeringen har emellertid inte fastställd årsredovisning utgjort någon förutsättning för deltagande i upphandlingen. Detta har också Vårdassistans förstått. Det var emellertid likväl naturligt att inkomma med den fastställda årsredovisningen vilket skedde efter kvalificeringen. Det saknar betydelse för upphandlingsprocessen och kvalificeringen om en anbudsgivare efter genomförd kvalificering eller t.o.m. efter genomfört upphandlingsförfarande inkommer med handlingar – som inte är eller varit nödvändiga för att anbudet skulle antas eller kvalificeras.

Vad som anges i kammarrättens dom: Häri anges att Landstingen anfört att man beslöt att begära att Vårdassistans skulle komplettera sitt anbud baserat på det förhållande att det är ett nystartat företag och att någon fastställd årsredovisning inte förelåg vid tidpunkten för anbudstidens utgång. Landstingen har emellertid inte alls begärt att Vårdassistans skulle komplettera sitt anbud. Det är fullständigt felaktigt och dessutom oförenligt med

Gunilla von Bergens mail. Landstingen har således lämnat helt felaktiga uppgifter i överprövningstvisten mot LäkarLeasing. Kammarrätten har även tagit fasta på de felaktiga uppgifter som förts fram. I domskälen anges bl.a. följande: ”Bestämmelsen i 11 kap. 9 § LOU innebär att en leverantör får bevisa sin ekonomiska status på annat sätt än som begärts under förutsättning att leverantören har godtagbara skäl för att inte visa de begärda bevisen, och att den upphandlande myndigheten godtar de bevis som lämnas. I detta fall har landstingen inte godtagit den preliminära årsredovisningen utan begärt att Vårdassistans skulle komplettera sitt anbud med en fastställd årsredovisning. Det kan därmed inte anses ha varit fråga om att landstingen med stöd av 11 kap. 9 § LOU tillåtit ett annat bevis än det begärda.” Kammarrätten har sedan funnit att det inte varit fråga om komplettering, dvs. att enbart inkomma med konkretiseringar. Mot den bakgrunden, och genom att godta tillkommande material, gick Landstingen utöver vad som var tillåtet. Eftersom det varit fråga om en otillåten åtgärd menade kammarrätten att det inte hade varit diskriminerande att avstå från att begära komplettering. Kammarrätten har således avgjort målet utifrån andra omständigheter än de som faktiskt förelegat. Av kammarrättens dom framgår att en tillämpning av 11 kap. 9 § LOU hade kunnat vara möjlig. En sådan tillämpning uteslöts dock på grund av Landstingens felaktiga utförda talan i det målet.

Utveckling av den tredje grunden: För det fall förvaltningsrätten inte anser att talan kan bifallas p.g.a. vad som anförts ovan har Landstingen i vart fall lämnat felaktiga instruktioner till Vårdassistans, i strid mot LOU och principen om transparens/förutsebarhet. Vårdassistans har erhållit direkta uppgifter från upphandlande myndighet om att preliminär årsredovisning godtogs som bevisning för att visa ekonomisk ställning. Det rör sig om uppgifter lämnade i upphandlingsförfarandet. Dessa uppgifter och instruktioner från upphandlande myndighet är naturligtvis bindande och kan inte frångås av den upphandlande myndigheten. Anbudsgivare har självfallet rätt att

utgå från upphandlande myndighets uppgifter/instruktioner. Myndigheten kan inte sedan tillämpa helt andra principer vid granskningen av anbudet.

Vårdassistenten har anpassat sitt agerande och sitt anbud efter Landstingens uppgift om att en preliminär årsredovisning godtogs som bevisning för ekonomisk ställning. Tillsammans med företagets revisor på PriceWaterhouse Coopers (PWC) arbetades intensivt för att få till stånd en fastställd årsredovisning före den 1 december 2009. Det fanns behov av att erhålla beslut från Skatteverket rörande en fråga om momsredovisning före fastställandet av årsredovisningen. Det var mot den bakgrunden som årsredovisningen inte var fastställd vid tidpunkten för telefonsamtalet med Gunilla von Bergen den 13 november 2009. Vårdassistenten och PWC hade kunnat begära att frågan handlades skyndsamt hos Skatteverket så att årsredovisningen kunde fastställas före den 1 december 2009. Som en direkt konsekvens av de uppgifter som Landstingen lämnade avstod Vårdassistenten/PWC från att forcera igenom ett sådant beslut. I stället gavs således den preliminära årsredovisningen tillsammans med delårsrapport för perioden 1 juli 2009 – 30 september 2009 in med anbudet. Vårdassistenten har ju rätt att även åberopa annan bevisning utöver den som Landstingen uppgett att de accepterar. Ovanstående har intygats av PWC.

Om förvaltningsrätten skulle anse att det var fel av Landstingen att godta en preliminär årsredovisning som bevisning för ekonomisk ställning finns inte annat alternativ än att göra om upphandlingen. Det är under sådana förhållanden givet – och även ostridigt – att Landstingens uppgifter var felaktiga, vilket av förklarliga skäl strider mot LOU och då bl.a. mot principen om transparens och förutsebarhet. I förevarande fall har Landstingens felaktiga uppgifter lett till att Vårdassistenten har förkastats. Det är inte någon tvekan om att skaderekvisitet är uppfyllt.

Landstingen anför bl.a. följande

Vid den första kvalificeringen godkände Landstingen anbudet från Vårdassistans och argumenterade sedan i den följande processen såväl i förvaltningsrätten som kammarrätten för att det var ett riktigt beslut. När sedan kammarrätten förordnade att anbudet från Vårdassistans inte skulle beaktas hade Landstingen att rätta sig efter det. Landstingen bestrider således att det var felaktigt att inte kvalificera Vårdassistans anbud till förnyad utvärdering efter kammarrättens dom.

Det vitsordas att Landstingen inte begärt att Vårdassistans skulle komplettera sitt anbud. Det vitsordas även att Vårdassistans fick information från Landstingen den 13 november 2009 med det innehåll som framgår av e-postmeddelandet den 5 maj 2010, se bilaga 1. Av meddelandet framgår att Landstingen informerat Vårdassistans om att det var möjligt att lämna en preliminär årsredovisning.

Vårdassistans anbud innehöll en årsredovisning som inte var fastställd. Anbudet innehöll även en delårsrapport. I anslutning till dessa handlingar fanns även en skrivelse från Öhrlings PriceWaterhouseCoopers AB (PWC) i vilken angavs att Vårdassistans anbud skulle kompletteras med fastställda handlingar så snart som möjligt.

Sakförhållandena kring Landstingens kvalificering är följande. Då anbuden öppnades kunde konstateras att anbudet från Vårdassistans innehöll en icke fastställd årsredovisning. Efter granskning av handlingarna i anbudet beslutades att kvalificera anbudet till utvärdering. Beslutet fattades omedelbart efter anbuden öppnats. När sedan Vårdassistans efter anbudstidens utgång kompletterade sitt anbud med den fastställda årsredovisningen hade Landstingen att ta ställning till denna handling. Vårdassistans hade i anbudet uttryckligen angett att den fastställda årsredovisningen utgjorde en

komplettering till anbudet. Granskningen av den fastställda årsredovisningen föranledde inte Landstingen att ändra sitt tidigare beslut angående kvalificeringen.

Såväl den preliminära som den senare fastställda årsredovisningen har ingått i det samlade material som Landstingen haft att bedöma under förfarandet. Det bör dock för tydlighetens skull betonas att beslutet att kvalificera Vårdassistans anbud till utvärderingen fattades med handlingarna i det ursprungliga anbudet, dvs. den preliminära årsredovisningen och delårsrapporten, som underlag.

Den information som Landstingen lämnade den 13 november 2009 utgör inte i sig något beslut om kvalificering. Vårdassistans agerande visar att man inte kan ha uppfattat den information som lämnades av Landstingen på det sättet. Vårdassistans menar att man anpassat sitt agerande och sitt anbud efter Landstingens uppgift om att en preliminär årsredovisning skulle godtas som bevisning för ekonomisk ställning. Om så är fallet varför angav då Vårdassistans i sitt anbud att detta senare skulle kompletteras med den fastställda årsredovisningen? När den fastställda årsredovisningen inges görs inte detta i något service- eller informationssyfte utan som en komplettering av det tidigare avgivna anbudet. Det är också ostridigt att anbudet senare kompletterades med den fastställda årsredovisningen. Kompletteringen saknar enligt Landstingens mening inte betydelse.

Vid upphandlingen har använts förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU. I 15 kap. 2 § LOU anges vilka bestämmelser i andra kapitel av LOU som ska tillämpas vid upphandling enligt 15 kap. LOU. Bestämmelsen i 11 kap. 7 § LOU om bevis på leverantörens ekonomiska ställning finns inte med i denna uppräknning.

DOMSKÄL

Vårdassistenten menar att Landstingen, vid den andra anbudsprövningen i november 2010, felaktigt uteslutit dess anbud från utvärdering. Som grund härför anförs i första hand att Landstingen före anbudsgivning i enlighet med 11 kap. 9 § LOU angett att man godtog den preliminära årsredovisningen som bevisning för ekonomisk och finansiell ställning.

Det har i förevarande mål framkommit, och dessa uppgifter är även ostri-
diga mellan parterna,

- att Vårdassistenten den 13 november 2009 på grund av att företaget var nystartat gavs möjlighet av Västerbottens läns landsting att lämna en preliminär årsredovisning,
- att det anbud som Vårdassistenten ingav före anbudstidens utgång innehöll preliminär årsredovisning och en delårsrapport
- att Landstingen, vid den första anbudsprövningen, beslutade att utifrån handlingarna i Vårdassistentens anbud kvalificera det för utvärdering
- att Landstingen inte har begärt att Vårdassistenten skulle komplettera sitt anbud.

Förvaltningsrätten kan konstatera att parternas uppgifter i målet och e-postmeddelandet den 5 maj 2010 (se bilaga 1) visar att Vårdassistenten erhållit någon form av dispens från det i förfrågningsunderlaget angivna skallkravet att till anbudet bifoga kopia av den senast fastställda årsredovisningen. Den exakta innebörden av dispensen är dock något oklar. Utöver ordalydelsen i e-postmeddelandet bör enligt förvaltningsrättens mening tas fasta bl.a. på att Landstingen utifrån handlingarna i anbudet faktiskt beslutade att kvalificera det för utvärdering. Vidare var Vårdassistenten nystartat och ett upprätthållande av skallkravet utan att tillåta annan bevisning har en diskriminerande effekt gentemot nystartade företag. Att godta annan bevisning överensstämmer också med vad som anges i 11 kap. 9 § LOU

om att få visa sin ekonomiska kapacitet med någon annan handling än vad upphandlande myndighet begärt såvida det finns godtagbart skäl härför. Det bör visserligen noteras att aktuell upphandling genomförs genom förenklat förfarande enligt 15 kap. LOU och att 11 kap. 9 § LOU inte är direkt tillämplig eftersom någon hänvisning till denna bestämmelse inte finns i 15 kap. 2 § LOU. Enligt förvaltningsrättens mening bör dock de principer som framkommer i 11 kap. 9 § LOU kunna ge vägledning även vid förenklat förfarande. Med hänsyn till vad som ovan anförts anser förvaltningsrätten att det måste anses klarlagt att Vårdassistans getts möjlighet att till anbudet bifoga preliminär årsredovisning istället för fastställd årsredovisning. Landstingen menar att den omständigheten att Vårdassistans i sitt anbud anger att det senare kommer att kompletteras med fastställd årsredovisning talar mot att man kan ha uppfattat det vara tillräckligt att inge preliminär årsredovisning. Enligt förvaltningsrättens mening förefaller det dock naturligt att, även om man fått uppgift om att det är tillräckligt att inge ett preliminärt dokument, inge ett efterfrågat slutligt dokument när sådant tagits fram. På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att Landstingen agerat i strid mot de gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet och icke-diskriminering genom att inte kvalificera Vårdassistans anbud till utvärderingsfasen.

Den fråga som då uppkommer är om Vårdassistans lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av Landstingens agerande. Genom att vid kvalificeringen av anbudet inte godta preliminär årsredovisning, trots att man fått besked om att den skulle godtas, har Vårdassistans lidit skada. Skadan begränsar sig dock till de områden (läkarspecialiteter och sjuksköterskespecialiteter) Vårdassistans anbud antagits enligt de första tilldelningsbesluten i mars 2010.

Grund för åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger således. Förvaltningsrätten kan enligt nämnda bestämmelse besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Det ankommer på domstolen att besluta om vilken åtgärd som är lämplig i det enskilda fallet. Den i målet aktuella felaktigheten hänför sig till prövningen av anbuden för vilka situationer det normalt är tillräckligt med rättelse. En rättelse innebär att läget återställs i det avseendet att Vårdassistentens anbud återigen kommer att utvärderas. För rättelse talar också hänsynen till det större antal övriga leverantörer som antagits. Det förhållandet att det i målet aktuella skall-kravet har en diskriminerande effekt är inte tillräckliga skäl för att välja alternativet att upphandlingen ska göras om. Förvaltningsrätten finner därför att rättelse ska ske genom ny prövning av anbuden.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att rättelse ska göras beträffande de områden (läkarspecialiteter och sjuksköterskespecialiteter) Vårdassistentens anbud antagits enligt de första tilldelningsbesluten i mars 2010.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (Dv 3109/1c)



Björn Johansson
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.

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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 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.