

LÄNSRÄTTEN I  
STOCKHOLMS LÄN

**DOM**  
2008-11-28  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
21821-08  
Rotel 222

KONKURRENSVERKET	
2008-12-01	
Ansö	
Dnr	
Doss	Aktbil

### SÖKANDE

1. Maria Beroendecentrum AB, 556616-3522

Ombud:

Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Johan Rick  
Hamilton Advokatbyrå Stockholm KB  
Box 715  
101 33 Stockholm

2. Carema Specialistvård Aktiebolag

Ombud:

Advokat Carl Bokwall och jur.kand. Per-Owe Bumgarth  
Advokatfirman Cederquist KB  
Box 1670  
111 96 Stockholm

### MOTPART

Stockholms läns landsting  
Juridik och Upphandling  
Box 6401  
113 82 Stockholm

### SAKEN

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

### DOMSLUT

Länsrätten avslår Carema Specialistvård Aktiebolags ansökan om intervention i målet.

Länsrätten bifaller Maria Beroendecentrum AB:s ansökan om överprövning enligt LOU och förordnar att Stockholms läns landstings upphandling av specialiserad beroendevård rättas på så vis SLL genomför en ny anbudsprövning varvid anbud från Carema utesluts från vidare utvärdering.

Dok.Id 380443

<b>Postadress</b> 115 76 Stockholm	<b>Besöksadress</b> Tegeluddsvägen 1	<b>Telefon</b> 08-561 680 00	<b>Telefax</b> 08-561 680 01	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 09:00-15:00
<b>E-post:</b> lansrattenistockholm@dom.se				

## BAKGRUND

Stockholms läns landsting ("SLL") genomför en upphandling av specialiserad beroendevård för vuxna, LS0801-0045. Enligt tilldelningsbeslut den 21 oktober 2008 beslöt SLL att anta anbud från Carema Specialistvård AB ("Carema").

## YRKANDE M.M.

**Maria Beroendecentrum AB** ("MBAB") ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att anbud från Carema skall förkastas. I andra hand yrkar MBAB att upphandlingen skall göras om. Till stöd för sin talan anför MBAB i huvudsak följande.

### *Skall-krav avseende verksamhetschef*

I förfrågningsunderlaget under punkt 1.6, "Krav på anbudsgivaren" uppställs ett skall-krav om att det "skall finnas en verksamhetschef i enlighet med reglerna i Hälso- och sjukvårdslagen. I det fall verksamhetschefen inte är läkare skall också medicinsk ansvarig finnas. Som bevis skall anbudsgivaren till anbudet bifoga meritförteckning för verksamhetschef eller meritförteckningar för verksamhetschef och medicinskt ansvarig. Meritförteckning/-ar skall innehålla anställningstid, formell kompetens och yrkeserfarenhet.". Motsvarande krav återfinns i anbudsformuläret. I fråga 59 i "frågor och svar" av den 13 augusti 2008 ställdes en fråga rörande bl.a. skall-kravet om verksamhetschef. Frågan löd: "I samtliga anbud står det att 1 person med minst tre års erfarenhet inom respektive område, samt att meritförteckning på verksamhetschef skall bifogas och om verksamhetschefen ej är läkare även meritförteckning på medicinskt ansvarig. Våra frågor/funderingar är om vi måste rekrytera en verksamhetschef innan vi svarar på anbudet eller godtas det om rekryteringen sker när avtal har skrivits. Det känns för oss lite oprofessionellt att erbjuda en person en anställning när det ännu inte finns någon verksamhet." Till svar på ovan-

stående fråga angav SLL: "Vid anbudets inlämnande skall anbudsgivaren ha den tekniska förmåga, kapacitet och erfarenhet som har definierats via skall-krav i anbudsförfrågan. Som bevis skall anbudsgivaren bifoga till anbudet de intyg/beskrivningar som begärs. Bl.a. verksamhetschef skall finnas och dennes meritförteckning skall bifogas anbudet." Genom detta svar förtydligar således SLL att de aktuella skall-kraven skall vara uppfyllda vid tidpunkten för anbudets inlämnande. På denna punkt råder ingen tvekan. Carema har i sitt anbud när de fyllt i anbudsformulär kryssat "Ja" avseende att de uppfyller det aktuella skall-kravet om verksamhetschef. En genomgång av Caremas anbud visar att Carema som verksamhetschef har angivit Sven Westerlund och bifogat dennes CV till anbudet. Av Sven Westerlunds CV framgår dock att han för närvarande är anställd av SLL och således inte är anställd hos Carema. Det framgår att Sven Westerlund under perioden 1998 – januari 2008 varit anställd på Beroendecentrum Stockholm, SLL. Sedan januari 2008 har Sven Westerlund varit anställd vid Hässelby-Vällingby psykiatriska mottagning, SLL. Det är följaktligen ostridigt att Sven Westerlund vid tidpunkten för anbudets inlämnande inte var anställd hos Carema. Av ovanstående framgår därmed att Carema inte uppfyller skall-kravet om verksamhetschef då Sven Westerlund vid tidpunkten för anbudets inlämnande inte varit anställd av Carema. Att det är tidpunkten för anbudets inlämnande som skall vara avgörande för frågan huruvida det aktuella skall-kravet är uppfyllt framgår tydligt av fråga 59 i "frågor och svar". Anbudet från Carema borde därför ha förkastats. SLL har genom att anta Caremas anbud agerat i strid med likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. - SLL hävdar att det förekommit en felskrivning av svaret på fråga 59 i "frågor och svar". SLL anger att "[v]id närmare granskning av förfrågningsunderlaget och frågor och svar, i synnerhet svaret på fråga 59, kan SLL konstatera att det fanns en olycklig felskrivning. Istället för vid "anbudets inlämnande" i svaret på fråga 59 bör det ha stått vid "avtalsstart" i den första meningen." SLL:s påstående att SLL skrivit fel i svaret till fråga 59 i "frågor och svar" synes vara en ren efterhandskonstruktion mot bakgrund av hur fråga 59 samt

svaret på fråga 59 är formulerade. Fråga 59 var mycket tydlig. Det råder således ingen tvekan om att SLL har förtydligat det aktuella skall-kravet på så sätt att det är tidpunkten för anbudets inlämnande som är den relevanta tidpunkten för när kravet skall vara uppfyllt. Det är svårt att se hur detta mycket tydliga svar på den mycket tydliga frågan skulle kunna utgöra en "olycklig felskrivning". Även om det skulle röra sig om en felskrivning har det aktuella skall-kravet genom svaret på fråga 59 preciserats till att det skall vara uppfyllt vid anbudets inlämnande. Det går följaktligen inte att, som SLL synes göra, hävda att kravet genom den "olyckliga felskrivningen" får en annan innebörd än avsett och att man därmed kan bortse från vad som de facto står i svaret till fråga 59. Faktum är att skall-kravet om verksamhetschef skall vara uppfyllt vid tidpunkten för anbudets inlämnande och att Carema vid tidpunkten för anbudets inlämnande inte uppfyller detta skall-krav. Eftersom Caremas anbud inte uppfyller skall-kravet borde anbudet ha förkastats. SLL anför vidare att det aktuella kravet skulle vara "konkurrenshämmande eftersom endast den nuvarande leverantören kan uppfylla kraven vid anbudets inlämnande". Detta bestrids. Utformningen av skall-kravet avseende verksamhetschef är helt kopplat till "reglerna i Hälso- och sjukvårdslagen". SLL förefaller felaktigt tolka kravet på verksamhetschef enligt 29 § hälso- och sjukvårdslagen som att det måste finnas en specifik verksamhetschef för den verksamhet som upphandlingen avser, dvs. specialiserad beroendevård. Av Norstedts lagkommentar till nämnda paragraf anges följande: "Omfattningen eller inriktningen av den verksamhet som skall ledas av en verksamhetschef bestäms inte i lagen utan blir beroende av de beslut som vårdgivaren fattar. En verksamhet under egen verksamhetschef kan sålunda både vara mycket stor och mycket liten." Således har anbudsgivarna varit fria att ange exempelvis befintlig verksamhetschef som leder annan typ av hälso- och sjukvård än den som omfattas av upphandlingen som verksamhetschef för den vård som omfattas av upphandlingen. Dessutom kan det finnas leverantörer som har erfarenhet av uppdrag för andra landsting och då kan åberopa en verksamhetschef för denna verksamhet. Skall-kravet att verksamhetschef skall finnas vid

anbudets inlämnande kan således uppfyllas av andra än den nuvarande leverantören till SLL. Trots eventuell oklarhet med anledning av svaret på fråga 59 anser SLL att man har behandlat alla anbudsgivarna lika genom att i varje enskilt fall utgå från den riktiga ursprungliga formuleringen, dvs. att verksamhetschef och anbudsgivarens erforderlig erfarenhet "skall finnas men att det däremot inte krävs att de är på plats vid anbudets inlämnande.". SLL:s argument att de anser sig ha behandlat alla anbudsgivare lika genom att utgå från "den riktiga ursprungliga formuleringen" saknar stöd i LOU. För det första framgår det inte av förfrågningsunderlaget eller anbudsformuläret att det skulle räcka att en verksamhetschef finns vid avtalsstart. Tvärtom ligger det närmast till hands att tolka skrivningen att verksamhetschef skall finnas som att verksamhetschef skall finnas vid anbudstillfället. För det andra är det inte tillåtet att tillämpa den "den riktiga ursprungliga formuleringen" när SLL i svar till fråga 59 tydligt givit skall-kravet en viss innebörd. Dessutom har Carema gynnats eftersom dess anbud antagits trots att det inte uppfyller skall-kravet avseende verksamhetschef. SLL har genom att anta Caremas anbud agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap 9 § LOU.

*Brist i Caremas anbud oberoende av tidpunkt för uppfyllande av skall-krav*

I 11 kap. 12 § LOU stadgas att "leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen ifråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.". I prop. 2006/07:128 sid. 245 stadgas avseende den aktuella bestämmelsen att "den leverantör som inte för egen del klarar det kapacitetskrav som den upphandlande myndigheten eller upphandlande enheten ställt upp som krav i en upphandling är det således möjligt att träffa en överenskommelse med ett annat företag om att detta företag skall ställa sina resurser till anbudssökandens eller anbudsgivarens förfogande. Kan denne med stöd av avtal eller på annat sätt visa att han förfogar över den andra partens resurser och

därmed uppnår erforderlig kapacitet i upphandlingen kan den upphandlande myndigheten eller den upphandlande enheten inte förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudssökanden eller anbudsgivaren.”. Av detta följer att i de fall anbudsgivaren inte med stöd av avtal eller på annat sätt kan visa att han förfogar över den andra partens resurser, kan den upphandlande myndigheten på denna grund förkasta anbudet. I prop. 2006/07:128 s. 245 hänvisas till ett avgörande från EG-domstolen (C-176/98 Holst Italia Spa mot Comune di Cagliari, REG 1999 1- 8607) som legat till grund för regleringen av tillgång till andras kapacitet i de nya EG-direktiven och 11 kap. 12 LOU. Det kan även nämnas att Kammarrätten i Sundsvall i dom av den 27 maj 2005 i mål nr 1430-05 hänvisat till detta avgörande. I domskälen anges att “EG-domstolens praxis framgår att en anbudsgivare som inte själv uppfyller de av den upphandlande enheten angivna villkoren ändå kan delta i en offentlig upphandling om han kan åberopa andra enheters kapacitet och styrka att han förfogar över dessa enheters resurser.”. Carema tillhandahåller i sitt anbud inget åtagande från Sven Westerlund som exempelvis anger att han kommer att säga upp sig från SLL och ta anställning på Carema för det fall Carema vinner upphandlingen. Carema visar inte heller att man på annat sätt förfogar över Sven Westerlund som resurs. Det enda som framgår av Caremas anbud är att Sven Westerlund vid tidpunkten för anbudets inlämnande var anställd hos SLL. Oberoende av när skall-kravet avseende verksamhetschef ska vara uppfyllt så har inte Carema visat att man förfogar över den externa nyckelresurs, i detta fall Sven Westerlund som verksamhetschef man åberopat i sitt anbud. Caremas anbud borde därför under alla förhållanden ha förkastats.

#### *Skall-krav avseende anbudsgivarens erfarenhet*

I förfrågningsunderlaget under punkt 1.6 anges att anbudsgivaren eller person i anbudsgivarens verksamhetsledning skall ha minst tre (3) års erfarenhet av arbete med målgruppen inom specialiserad beroendevård som landstinget har ansvar för eller liknande verksamhet. Som bevis skall

anbudsgivaren bifoga till anbudet en förteckning över minst ett uppdrag som anbudsgivaren eller dennes nyckelpersonal utfört under de senaste tre åren. Av SLL:s svar på fråga 59 i "frågor och svar" framgår att tidpunkten för anbudets inlämnande är den relevanta tidpunkten för uppfyllandet också för nu aktuellt skall-krav. Av Caremas anbud framgår att de vid ifyllandet av referensbilaga har angivit Sven Westerlund som "en person i anbudsgivarens ledning". Då Sven Westerlund vid tidpunkten för anbudets inlämnande inte var anställd hos Carema är inte Sven Westerlund en "person i anbudsgivarens ledning". Caremas anbud uppfyller därmed inte det aktuella skall-kravet och borde ha förkastats. SLL har genom att trots detta anta Caremas anbud agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

#### *Skall-krav om stabil ekonomisk ställning*

Enligt punkt 1.6 i förfrågningsunderlaget skall en anbudsgivare ha en "stabil ekonomisk ställning". Här stadgas att "SLL kommer vid den ekonomiska kvalificeringen göra en helhetsbedömning av den ekonomiska risken för företaget under avtalstiden genom att göra en ekonomisk/finansiell kontroll hos kreditupplysningsföretag.". Vidare stadgas att om "anbudsgivaren har ovanligt låga respektive negativa nyckeltal utifrån branschgenomsnittet och/eller negativt resultat skall en godtagbar förklaring kunna lämnas med anbudet så att det är klarlagt att anbudsgivaren innehar stabil ekonomi.". Det framgår dock inte av förfrågningsunderlaget vad som krävs vid en sådan kontroll för att en anbudsgivare skall anses ha en "stabil ekonomisk ställning". Att SLL i förfrågningsunderlaget anger att de kommer att göra en "helhetsbedömning av den ekonomiska risken för företaget genom att göra en ekonomisk/finansiell kontroll hos kreditupplysningsföretag" förtydligar inte på något sätt vad som krävs för att en "stabil ekonomisk ställning" skall anses föreligga. Vad som anges i förfrågningsunderlaget är en beskrivning av hur uppfyllandet av kravet kommer att kontrolleras och säger således inget om kravet i sig, t.ex. vilken "rating" hos relevant kreditupplysningsföretag som krävs för att kravet om

“stabil ekonomisk ställning” skall anses uppfyllt. Inte heller den ovan citerade skrivningen i förfrågningsunderlaget avseende jämförelsen av nyckeltal bidrar till att öka förutsebarheten. Till att börja med framgår inte vilka nyckeltal som kommer att bedömas. Det finns ett stort antal nyckeltal och att inte precisera vilka nyckeltal som avses medför att förutsebarheten i praktiken blir obefintlig. Vidare framgår inte heller hur “branschgenomsnittet” skall förstås eller vilken “bransch” som avses. Denna fråga är av avgörande betydelse för om en anbudsgivare skall ha någon möjlighet att skapa sig en uppfattning huruvida denne har låga nyckeltal jämfört med “branschgenomsnittet”. Således framgår det inte av förfrågningsunderlaget vad som avses med en stabil ekonomisk ställning. Detta medför att det inte är möjligt för en potentiell anbudsgivare att kunna förutse huruvida denne uppfyller detta krav eller inte. Kravet strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Kammarrätten i Stockholm har i dom av den 21 april 2005 i mål 1419-05 slagit fast att ett skall-krav på “stabil ekonomisk ställning” är för vagt formulerat för att uppfylla kraven på öppenhet och förutsebarhet, (transparens) enligt LOU. Som framgått ovan finns även tilläggsupplysningar i förfrågningsunderlaget i upphandlingen avseende skallkravet på stabil ekonomisk ställning. Dessa tilläggsupplysningar är dock av samma karaktär som i ovan anfört avgörande och förtydligar inte på något sätt vad som egentligen avses med en “stabil ekonomisk ställning”. – Hur SLL anser sig veta att kravet är känt för leverantörer framgår inte, ännu mindre framgår hur SLL vet att det inte föreligger tveksamhet om kravets innebörd trots att kravet inte tydligt specificeras i förfrågningsunderlaget, exempelvis genom att ange att viss soliditet, likviditet och/eller omsättning kommer att beaktas. Det faktum att en upphandlande myndighet presumerar att innebörden av ett skall-krav är allmänt känt är aldrig skäl för att i förfrågningsunderlaget inte tydligt precisera det aktuella kravet. Vad som anges i förfrågningsunderlaget är en beskrivning av hur kravet kommer att kontrolleras och preciserar inte kravet i sak.



*Utformning av utvärderingskriteriet "mervärde"*

I förfrågningsunderlaget anges tydligt att kvalitetsområdet "Målgruppsanpassat vårdutbud och vårdform" skall viktas till 40 procent, medan resterande tre kvalitetsområden skall viktas till 20 procent vardera. Trots detta anges i förfrågningsunderlaget även att "varje kvalitetsområde har lika värde vid utvärderingen.". Hur detta förhåller sig till det faktum att de olika kvalitetsområdena har olika viktning är högst oklart. Det är här inte förutsebart för anbudsgivare och potentiella anbudsgivare hur dessa fyra underkriterier ska viktas i förhållande till varandra vid utvärderingen. EG domstolen har i mål C-532/06 Emm. G. Lianakis AE m.fl. mot Dimos Alexandroupolis m.fl. slagit fast att viktning av underkriterier måste vara förutsebar för anbudsgivare.

En andra brist avseende kriteriet mervärde avser de patientgrupper som kommer att utvärderas. Grupp 1 defineras som "Målgrupper enligt punkt 2.1 i Kravspecifikationen". I detta avsnitt i Kravspecifikationen anges att vårdtjänster skall rikta sig till alla personer som är 18 år och äldre, som är folkbokförda i Stockholm och har svår eller komplicerad missbruk/beroendeproblematik, samt också personer som omhändertagits av polisen med stöd av lagen (1976:511) om omhändertagande av berusade personer. Vidare anges i kravspecifikationen att vårdgivaren skall beakta de särskilda vårdbehov som finns hos fem särskilt angelägna patientgrupper. Av dessa fem uppräknade särskilt angelägna grupper är det endast två, "Unga vuxna, 18-25 år", samt "Kvinnliga patienter", som beaktats vid utvärderingen. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget varför SLL valt att utvärdera endast två av fem "särskilt angelägna grupper" trots att det står i kravspecifikationen att vårdgivarna skall beakta de särskilda vårdbehoven hos alla fem grupper.

En tredje brist avser grupp nr 4, dvs. "Annan patientgrupp/er där omhändertagandet behöver utvecklas". Här framgår således inte av förfrågningsunderlaget vilken patientgrupp det rör sig om, något som medför att förutsebarheten blir obefintlig. Vidare synes den språkliga utformningen av kriteriet öppna upp för att mer än en patientgrupp kan komma att

utvärderas under punkt 4. Detta är något som ytterligare förstärker oklarheten avseende den aktuella punkten. För det fall anbudsgivarna anger olika patientgrupper blir det inte möjligt för SLL att göra en objektiv jämförelse av anbuden i denna del. En jämförelse av MBAB:s, Caremas och Aleris anbud i denna del visar att anbudsgivarna anger olika grupper i denna del. Denna icke-definierade patientgrupp utgör en fjärdedel av utvärderingskriteriet mervärde, vilket i sin tur utgör 40 procent av den totala utvärderingen. Den icke-definierade gruppen utgör följaktligen en betydande del av den totala utvärderingen. Att anbudsgivare och potentiella anbudsgivare i detta fall inte kan förutse vilken den fjärde patientgruppen är som kommer att utvärderas står tydligt i strid med transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

En fjärde brist avseende utvärderingskriteriet mervärde är vad som anges i förfrågningsunderlaget avseende vad SLL kommer att utgå från vid bedömningen av mervärde. T.ex. anges vad avser kvalitetsområde 1, Målgruppsanpassat vårdutbud och vårdform, kommer SLL utgå från "angivna krav under punkt 1 under Mål och inriktning i kravspecifikation". En genomgång av det aktuella avsnittet i kravspecifikationen ger dock vid handen att det i detta avsnitt inte uppställs några uttryckliga krav överhuvudtaget. Det blir här således högst oklart vad SLL avser med sin hänvisning till punkt 1 i kravspecifikationen. Detta medför att det inte blir möjligt för anbudsgivare att förutse vad SLL kommer att utgå ifrån vid utvärdering av kvalitetsområde 1. – MBAB åberopar Kammarrättens i Sundsvall dom den 16 april 2008 i mål nr 2947-07. Sammanfattningsvis strider utvärderingskriteriet mervärde mot transparensprincipen, lika-behandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

#### *Utformning av utvärderingskriteriet pris*

Enligt förfrågningsunderlaget skall pris lämnas i enlighet med Prisbilagan. En brist avseende kriteriet pris är att den volym som används för att räkna ut det totala priset skall uppskattas av varje anbudsgivare för sig. Detta medför att alla anbud kommer att skilja sig åt vad avser uppskattad volym.

Anbudet är då inte objektivt jämförbara. Denna brist bekräftas i "frågor och svar". Den aktuella frågan löd: "Utifrån vilket underlag är det tänkt att man ska uppskatta volymerna för att göra totalprisberäkningen?" Svaret från SLL löd: "Underlagen speglar den tidigare produktionen på olika sätt. Anbudsgivaren får själv välja vilket eller vilka underlag som bäst kan ligga till grund för en prisberäkning."

En annan brist avseende kriteriet pris är att det i Prisbilagan finns tre avdelningar med rubriken "[ö]ppenvård anges av vårdgivare". I "frågor och svar" har det begärts en förklaring vad som är avsett med dessa avdelningar. SLL har svarat att "här är det öppet för anbudsgivaren att själva ange typ av mottagning och besöksmix. Se även utvärderingskrav enligt anbudsfrågan punkt 1.7 Kvalitetsområde 1: målgruppsanpassat vårdutbud och vårdform. Utbudet här bör avspegla sig i prisbilagan.". Av svaret från SLL framgår således att här får anbudsgivare till viss del själva välja vilka delar av anbudet som skall utvärderas avseende pris. En jämförelse mellan Prisbilagorna i MBAB:s, Caremas och Aleris anbud visar på tydliga skillnader hur denna del har hanterats. Carema och Aleris har endast uppskattat volym avseende en mottagning och lämnat övriga två avdelningar i Prisbilagan utan uppskattad volym. MBAB har fyllt i samtliga tre avdelningar i Prisbilagan. – Bristerna medför att anbudet inte är objektivt sett jämförbara och har inte saknat betydelse. Utformningen av utvärderingskriteriet pris strider därmed mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

*Kompletteringar under förhandlingar i strid med LOU*

Nämnden för offentlig upphandling (NOU) har i ett uttalande av den 4 april 1998, dnr 227/97-26 uttalat att "upphandling kan lätt bli en källa till diskriminering hos den upphandlande enheten om denna inte noggrant beaktar principerna om lika och rättvis behandling av leverantörerna och upphandlingsprocessens förutsebarhet och öppenhet. Förhandlingarna förutsätter hög kompetens hos köparen och är både tidsödande och resurskrävande, eftersom de på ett rättvist och icke-diskriminerande sätt skall

upprepas med olika anbudsgivare. En förutsättning för detta och ett praktiskt hjälpmedel i arbetet kan enligt NOU:s uppfattning vara att upprätta en förhandlingspromemoria eller protokoll. Det är också viktigt att understryka att förhandlad upphandling inte kan ersätta kravet på klara, fullständiga och tydliga förfrågningsunderlag. Förhandlingen får inte användas för att uppväga brister i förfrågningsunderlaget och leverantörerna skall inte behöva vara osäkra på vad det är som den upphandlande enheten efterfrågar. Förhandlingarna skall givetvis inte användas till att föra in nya krav eller alternativa utföranden vilka inte ryms inom den av förfrågningsunderlaget angivna ramen.”. En risk med förhandlingar är att anbudsgivare tillåts komplettera anbud på sätt som står i strid med LOU. Begränsningar i rätten att komplettera ett anbud gäller även vid förhandlingar enligt LOU. Regler om förtydligande och komplettering vid förenklad upphandling återfinns i 15 kap. 12 § LOU. Denna bestämmelse motsvarar i sak 1 kap. 21 § “gamla” LOU. Enligt 1 kap. 21 § första stycket “gamla” LOU får en upphandlande enhet medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningen att få lämna anbud. Av paragrafens andra stycke framgår att den upphandlande enheten också får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I ett förslag till avgörande av EG-domstolen i mål C-87/941 har Generaladvokat Lenz anfört bl.a. följande beträffande begreppen förtydligande” (precisering) respektive “komplettering”. “Från semantisk utgångspunkt anser jag att termen ‘precisera som används i rådets och kommissionens gemensamma förklaring, måste förstås i meningen att lämna detaljuppgifter som gör det möjligt att mer klart beskriva föremålet det handlar om, eller att med större exakthet definiera föremålet. Vad gäller den andra termen i det gemensamma uttalandet, nämligen ’komplettera’ ser jag det som att inkomma med kompletterande uppgifter som tidigare inte varit tillgängliga. De två termerna har det gemensamt att det inte handlar om att ersätta tidigare uppgifter, utan tvärtom konkretisera dem på ett eller annat sätt. Denna

reflektion att varken preciseringar eller kompletteringar har till följd att tidigare fakta ersätts av nya, stöds av den objektiva reflektionen att möjligheten att byta ut vissa uppgifter potentiellt kan missgynna andra anbudsgivare'. NOU har i yttrande den 9 december 2003 i Kammarrättens i Sundvall mål 2831-03, uttalat sig om skillnaden mellan 1 kap. 21 § första och andra stycket LOU. I yttrandet poängterar NOU att tolkningen av 6 kap. 8 § första och andra stycket LOU samt 1 kap. 21 § första och andra stycket LOU skall ske på ett enhetligt sätt, varför uttalandet även är av intresse i förevarande fall. Enligt NOU är skillnaden att det första stycket medger att tidigare fakta ersätts med nya, dock endast om den ursprungliga informationen är uppenbart felaktig och inte innebär att innehållet i anbudet väsentligen ändras. I andra stycket avses med förtydligande eller kompletteringar endast att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras, dvs. inte att tidigare lämnade uppgifter ändras eller ersätts av nya uppgifter. Av förhandlingsprotokoll av den 1 oktober 2008 framgår att SLL av Carema efterfrågar en "detaljerad verksamhetsövergångsplan" avseende hur en verksamhetsövergång kommer att genomföras. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att en verksamhetsövergång kan bli aktuellt. I svar till fråga 37 i "frågor och svar" anger SLL att de inte kan ställa krav på verksamhetsövergång i denna upphandling eftersom SLL inte är överlämnande part. Att SLL i förhandlingsprotokoll av den 1 oktober 2008 har efterfrågat en detaljerad verksamhetsövergångsplan måste tolkas som att SLL har ändrat sig och förutsätter en verksamhetsövergång. Detta innebär en väsentlig förändring av förutsättningarna för upphandlingen och en sådan förändring får inte ske genom förhandling. För det fall det hade framgått av förfrågningsunderlaget att verksamhetsövergång skulle ske hade det kunnat vara intressant för potentiella anbudsgivare, som inte deltog i upphandlingen, att lämna in anbud. En verksamhetsövergång inklusive övergång av personal kan vara helt avgörande för den potentiella anbudsgivare som inte har tillräckliga resurser att genomföra uppdraget med befintlig personalstyrka. Vissa potentiella anbudsgivare kan således ha avstått från att lämna anbud till följd av att de inte haft tillräckliga resurser

avseende personal, vilket kunnat uppnås genom en verksamhetsövergång. SLL har genom att efterfråga och tillåta Caremas komplettering under förhandlingarna avseende verksamhetsövergång agerat i strid med LOU. Vad avser de förtydliganden/kompletteringar som Carema tillåtit göra under förhandlingarna, utöver detaljerad verksamhetsövergångsplan, innebär dessa att Carema lämnat nya uppgifter utöver vad som är tillåtet enligt 15 kap. 12 § LOU. SLL har genom att tillåta Caremas kompletteringar/förtydliganden under förhandlingarna agerat i strid med 15 kap 12 § LOU. – Även Aleris AB och Sirius Humanum AB kanske skulle ha lämnat helt annorlunda anbud om de känt till att en verksamhetsövergång var aktuell. Även dessa två anbudsgivare skulle därför kunna komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU. MBAB vidhåller även att de förtydliganden/kompletteringar som Carema tillåtit göra under förhandlingarna innebär att Carema lämnat nya uppgifter utöver vad som är tillåtet enligt 15 kap. 12 § LOU.

#### *Skada*

MBAB kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU eftersom det kan antas att MBAB, vid en tydlig utformning av förfrågningsunderlaget samt en korrekt genomförd anbudsutvärdering, skulle kunna ha antagits som leverantör i upphandlingen. Det kan emellertid konstateras att det enligt rättspraxis inte krävs att konstaterade brister i upphandlingen faktiskt har medfört eller kan komma att medföra att sökanden inte vinner upphandlingen för att åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU skall komma ifråga.

#### *Ny upphandling eller rättelse*

Regeringsrätten har i RÅ 2005 ref. 47 uttalat följande vid valet mellan att besluta att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas: "Den brist som konstaterats kan inte anses ha påverkat upp handlingens konkurrensuppsökande skede, utan i stället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud skall göras. Det är därför tillräckligt att utvärderingsfasen av upphandlingen rättas." Vid

valet mellan att förordna om rättelse och förordna om att upphandlingen skall göras om, skall vidare alltid beaktas att rättelse är en mindre ingripande åtgärd än att förordna om att upphandlingen skall göras om, jfr Kammarrättens i Göteborg dom av den 20 mars 2006 i mål nr 6589-05. Vad MBAB påstått avseende brister i Caremas anbud påverkar inte upphandlingens konkurrensuppsökande skede. För det fall länsrätten finner att Caremas anbud inte uppfyller skall-kraven avseende verksamhetschef och/eller erfarenhet och därmed borde ha förkastats föreligger inga hinder att meddela rättelse med anledning av vad MBAB angett i avsnitt 5.3 i ansökan om överprövning och i avsnitt 4 ovan, då där framförda brister i upphandlingen inte heller avser det konkurrensuppsökande stadiet av upphandlingen. – MBAB bifogar bl.a. tilldelningsbeslut med utvärderingsrapport, anbudsfrågan, anbudsformulär samt utdrag ur anbud i den aktuella upphandlingen.

SLL bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. Om Länsrätten finner att SLL har brutit mot LOU eller grundprinciperna på ett sätt som medför att MBAB eller övriga leverantörer kan komma att lida skada avenligt 16 kap. 2 § LOU medger SLL att länsrätten beslutar att upphandlingen skall göras om.

*Skall-kraven avseende verksamhetschef och anbudsgivarens erfarenhet*  
SLL har prövat om anbudsgivarna uppfyller de krav som ställts i kvalifikationskraven vilka angetts i förfrågningsunderlaget. Kvalifikationskraven har angetts på ett tydligt sätt och för att kvalificera måste anbudsgivaren uppfylla alla "skall" krav. Vid närmare granskning av förfrågningsunderlaget och frågor och svar, i synnerhet svaret på fråga 59, kan SLL konstatera att det fanns en olycklig felskrivning. Istället för vid "anbudets inlämnande" i svaret på fråga 59 bör det ha stått vid "avtalsstart" i den första meningen. Det stadgas i 29 § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) att inom hälso- och sjukvård skall det finnas någon som svarar för verksamheten, verksamhetschef. Det är från denna utgångspunkt att

SLL krävde att en verksamhetschef "skall finnas" för verksamheten, inte för anbudet. Anbudsgivaren bör namnge en verksamhetschef vid anbudets inlämnande men det kan givetvis inte förväntas av en anbudsgivare att denne skall ha anställt en verksamhetschef innan anbudsgivaren tilldelas uppdraget. Ett sådant skall-krav skulle vara oproportionerligt och dessutom konkurrenshämmande eftersom endast den nuvarande leverantören kan uppfylla kraven vid anbudets inlämnande. I förevarande fall angav Carema Sven Westerlund som både verksamhetschef och en person i anbudsgivarens ledning som hade den erfarenhet som krävs trots att han enligt dennes CV inte var anställd än hos Carema vid anbudets inlämnande. Ingen anbudsgivare i denna upphandling blev diskvalificerad i kvalifikationsfasen på grund av dessa skall-krav. Trots eventuell oklarhet med anledning av svaret på fråga 59, anser SLL att man har behandlat alla anbudsgivarna lika genom att i varje enskilt fall utgå från den riktiga ursprungliga formuleringen dvs. att verksamhetschef och anbudsgivarens erforderliga erfarenhet "skall finnas", men att det däremot inte krävs att de är på plats vid anbudets inlämnande. – Syftet med skall-kravet avseende verksamhetschef och arbetsgivarens erfarenhet var att anbudsgivaren skulle redovisa någon eller några som uppfyllde kraven vid anbudets inlämnande. Kravet "skall finnas" innebar inte att verksamhetschefen eller personen med den erfarenhet som krävs skulle vara anställda vid samma tidpunkt. Genom att Carema i sitt anbud angivit Sven Westerlund och bifogat dennes meritförteckning i sitt anbud är för SLL liktydigt med att Carema förfogar över angiven resurs. Faktum är att om skall-kraven avseende verksamhetschef och arbetsgivarens erfarenhet skulle vara liktydigt med anställd vid anbudets inlämnande skulle det utgöra dels ett oproportionerligt krav, dels en konkurrensbegränsning. Nya aktörer och nystartade företag skulle som en följd av sådana skall-krav ha svårt att delta i upphandlingen eftersom, som en leverantör uttryckt sig i fråga 59, det vore "oprofessionellt att erbjuda en person en anställning när det ännu inte finns någon verksamhet".



*Skall-krav om stabil ekonomisk ställning*

Av punkten 1.6 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren skall ha en "stabil ekonomisk ställning". Det är ett sedvanligt krav på leverantören att denne skall inneha en stabil ekonomisk ställning. Kravet är känt för leverantörer och det föreligger inte någon tveksamhet om vad kravet innebär. Det anges vilka bedömningar som kan komma att göras. Kravet är tydligt och i enlighet med lagtexten i 11 kap. 7-9 § LOU. Det kan noteras att länsrätten i dom den 17 juni 2008 i mål 10236-08 nyligen har övervägt om ett likalydande skall-krav som återfinns i det aktuella förfrågningsunderlaget kunde anses vara ett alltför vagt krav. Länsrätten ansåg att SLL hade preciserat kravet genom att redogöra för vad kravet innebar i upphandlingen genom att exempelvis ange att SLL skulle utgå från branschgenomsnittet. Länsrätten fann därför inte att skall-kravet stod i strid med kraven på öppenhet och förutsebarhet. SLL bestrider därför att skall-kravet om stabil ekonomisk ställning bryter mot principen om transparens och 1 kap. 9 § LOU. Det kan även noteras att det inte finns någon anbudsgivare som diskvalificerades i den aktuella upphandlingen på grund av att man inte uppfyllde det ifrågavarande skall-kravet. MBAB har inte heller visat att bolaget på grund av skall-kravet lidit eller kan komma att lida någon skada. – SLL anser att kravet att "anbudsgivaren skall ha en stabil ekonomisk ställning" är tydligt specificerat i punkten 1.6 genom att det anges vilka bedömningar som ska göras. Det står otvetydigt att SLL kommer att göra en "helhetsbedömning av den ekonomiska risken genom att göra en kontroll hos kreditupplysningsföretag" och att bland annat anbudsgivarens resultat och nyckeltal ska granskas. Nyckeltal, t.ex. soliditet och kassalikviditet, anses vara goda indikatorer på ett företags ekonomiska stabilitet. Branschgenomsnittet redovisas i kreditupplysningsrapporter och varierar beroende på branschen inom vilken anbudsgivaren har registrerat sig hos bolagsverket. Om ett anbudsgivarens resultat är negativt eller anbudsgivarens nyckeltal är negativa eller ovanligt låga utifrån branschgenomsnittet måste anbudsgivaren lämna en godtagbar förklaring. Skillnaden mellan skall-kravet i domen från Kammarrätten i Stockholm i

mål nr 1419-05 och skall-kravet som nu är ifråga är att det tidigare inte var lika utförligt och preciserat..

*Utformning av utvärderingskriteriet mervärde*

Det stämmer att det finns en felskrivning under rubriken mervärde i förfrågningsunderlaget. Det borde ha stått antingen olika värde eller ingenting alls men SLL anser dock inte att denna felskrivning är av stor betydelse för förutsebarheten. Viktningen för de olika kvalitetsområdena anges tydligt i den föregående paragrafen och i en matris i förfrågningsunderlaget. Det är också anmärkningsvärt att det inte fanns några frågor om denna punkt från leverantörerna vilket antyder att viktningen av kvalitetsområdena ansågs vara tillräckligt tydligt angiven trots felskrivningen.

MBAB påpekar vidare att SLL har valt att utvärdera endast två av fem "särskilt angelägna grupper" trots att det står i kravspecifikationen att vårdgivarna skall beakta de särskilda vårdbehoven hos alla fem grupper. Det är SLL:s uppfattning att det är för den upphandlande myndigheten att bestämma vilka grupper som ska ligga till grund för utvärderingen. I den aktuella upphandlingen har SLL bestämt att endast utvärdera två av fem grupper vilket också tydligt framgått av förfrågningsunderlaget.

MBAB hävdar att det inte framgår av förfrågningsunderlaget vad den fjärde patientgruppen, dvs. "Annan patientgrupp/er där omhändertagandet behöver utvecklas", avser, vilket därför påverkar förutsebarheten av aktuella och potentiella anbudsgivare. SLL menar att även detta påstående inte är riktigt. Syftet med denna grupp var att faktiskt ge anbudsgivaren utrymme att föreslå, utifrån deras samlade kunskap och erfarenhet, grupper där omhändertagandet behöver utvecklas. Det var således inte oförväntat att anbudsgivarna föreslog olika patientgrupper och, som framgår av utvärderingen i denna del, har anbudsgivarna fått mervärdepoäng för denna grupp om deras förslag var motiverat.

MBAB påstår också att det är oklart vad SLL kommer att utgå ifrån vid bedömningen av mervärde i kvalitetsområde 1: Målgruppenpassat vårdutbud och vårdform på sid. 8 i förfrågningsunderlaget. Där står det att "vid

bedömningen utgår SLL från angivna krav under punkt 1 i Kravspecifikationen, "Mål och inriktning". Det är korrekt att det i detta avsnitt inte uppställs några uttryckliga krav eftersom det endast handlar om mål. Det var ett olyckligt ordval men som i praktiken måste anses sakna betydelse.

#### *Utformning av utvärderingskriteriet pris*

MBAB påstår felaktigt att uppskattningen av volym och möjlighet för anbudsgivarna att själva ange typ och antal mottagningar utgör ett hinder för en objektiv jämförelse av anbudet. Prismodellen är avsedd för att ge anbudsgivarna en chans att själva välja vilket eller vilka underlag som bäst kan ligga till grund för en prisberäkning. SLL vill inte binda anbudsgivarna till ett särskilt upplägg. Uppskattningen av volym, fördelningen av de olika besökstyperna och mottagningar görs av anbudsgivaren utifrån egen erfarenhet och kunskap. Viss vägledning för beräkningen av volym och fördelning ges i Bilaga 8 till förfrågningsunderlaget. Uppskattningen av volym, fördelning av de olika besökstyperna, antal mottagningar, beaktande av vikterna och skall-kraven i prisbilagan är alla faktorer som tillsammans påverkar totalprisberäkningen. SLL utvärderar därefter anbudets totala ersättning per år. Genom skall-kraven och viktning kan SLL till viss del påverka fördelningen av de olika besökstyperna och mottagningar, men det är för anbudsgivaren att komma fram till ett lämpligt totalt pris. Även om det finns smärre fel i ordval, som saknar betydelse, ger förfrågningsunderlaget ett underlag för anbudsgivarna att skaffa sig en tillräcklig uppfattning om vad SLL efterfrågar och därmed kunna skapa sig en klar bild av möjligheterna för att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

#### *Information under förhandlingar*

Som framgår av svaret till fråga 37 i frågor och svar: "SLL kan inte ställa krav på verksamhetsövergång i denna upphandling eftersom SLL inte är överlämnande part. Om nuvarande Leverantör inte vinner upphandlingen är en verksamhetsövergång möjlig men måste diskuteras mellan de två privata

aktörerna: den nuvarande Leverantören och den nya Leverantören, Beställaren ser gärna att kontinuitet i vården upprätthålls”. Att SLL i förhandlingsprotokoll av den 1 oktober 2008 har efterfrågat en detaljerad verksamhetsövergångsplan betyder inte att SLL har ändrat förutsättningarna för upphandlingen eller gett Carema möjligheten att komplettera dennes anbud. Det var Carema som vid förhandling nämnde att det skulle betraktas som en verksamhetsövergång. Mot bakgrund av SLL:s svar till fråga 37 är det naturligt att SLL efterfrågade under förhandlingarna om precisering och hur i praktiken leverantörens planer för att klara uppdraget ser ut. Det är givetvis viktigt för SLL att utreda om leverantören redan har personal, resurser och lokaler som erfordras på plats för att sköta uppdraget eller hur dessa kommer att säkerställas inför avtalsstart. Denna information påverkar inte utvärderingen och SLL anser att inga anbudsgivare skulle kunna lida skada på grund av denna efterfråga. – MBAB hävdar att Carema “ges möjlighet” att genom verksamhetsövergång överta personal från MBAB. Det är obegripligt att MBAB fortfarande kan hävda ovanstående mot bakgrund av svaret på fråga i frågor och svar. Att SLL efterfrågat en övertagandeplan innebär varken att förutsättningarna för upphandlingen eller utvärderingen av anbuden påverkats utan är endast information för att säkerställa att uppdraget kan utföras. MBAB påstår att Carema fick göra kompletteringar under förhandlingarna. SLL bestrider detta. SLL valde att föra förhandlingar med flera anbudsgivare, bl.a. med Carema och MBAB där varje anbudsgivare fick diskutera sitt anbud med SLL. Detta strider inte mot 15 kap. 12 § LOU. Caremas brev den 30 september och den 3 oktober 2008 är endast skriftliga svar på frågor angående anbudet som ställdes under förhandlingarna. Det är märkligt att MBAB påstår att detta är särbehandling när MBAB också diskuterat sitt anbud och fick inkomma med skriftliga svar. Det är ännu märkligare med hänsyn till att MBAB dessutom erhöll ytterligare poäng för sitt anbud efter utveckling av sina beskrivningar under förhandlingen. Det är SLL:s mening att förfrågningsunderlaget kan vara utformat på många olika sätt så länge LOU och de gemenskapsrättsliga principerna inte träds för när.

Carema har den 24 november 2008 ansökt om intervention i målet och till stöd för sin ansökan anfört i huvudsak följande. Syftet med MBABs ansökan är att få Carema diskvalificerad. Carema har därför ett starkt skyddsvärt intresse och hemställer därför att länsrätten behandlar Carema som part och beviljar Carema att inträda som intervenient i målet i analogi med 14 kap 9. § rättegångsbalken. MBABs ansökan om överprövning riktar huvudsakligen in sig på Caremas anbud genom att MBAB försöker få anbudet diskvalificerat genom att påstå att det förekommer brister i anbudet och att rättelse ska vidtas i första hand. Målet berör därför Caremas rätt varför Carema har ett intresse i saken. Frågan om Carema skall betraktas som part i länsrätten har nära samband med bedömningen om Carema kommer att ha rätt att överklaga länsrättens avgörande. Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 5 bedömt om en leverantör som tilldelats kontrakt hade rätt att överklaga en meddelad dom av länsrätten som innebär att leverantörens anbud diskvalificerades. Regeringsrätten fann att beslutet att anta en viss leverantör inte i sig gav partsställning i länsrätten när det beslut som begärdes överprövat inte varit inriktad på om den leverantör som antagits skulle diskvalificeras, utan om ett annat anbud skulle ha beaktas av den upphandlande myndigheten. Viss kammarrättspraxis har efter Regeringsrättens avgörande utgått ifrån att en ansökan om överprövning som delvis riktar in sig på att en viss leverantör inte uppfyller samtliga skallkrav, ger den anbudsgivaren som åtgärden riktas mot partsställning i länsrätten, jfr även Kammarrätten i Göteborgs dom av den 21 juni 2006 i mål nr 3 845-06 samt Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 3441-06. Regeringsrätten har senare i RÅ 2007 not 131 indikerat att en anbudsgivare som antagits som leverantör inte har rätt att överklaga en senare meddelad dom av innebörd att upphandlingen får avslutas först sedan viss rättelse skett. I målet inriktade sig klaganden på den upphandlande myndighetens åtgärder att tillåta kompletteringar och hur utvärderingen skett. Klagandes talan riktade således inte delvis in på det vinnande anbudets utformning. Caremas uppfattning är att bolaget i högsta grad berörs av rättegången i länsrätten och att Carema bar talerätt. Carema har ett rättsskyddsbehov i och med att

Carema tilldelats kontrakt av SLL. Detta kontrakt riskerar Carema att bli av med, utan att man bereds möjlighet att delta som part, försvara sitt eget anbud och i övrigt tillvarata sina rättsliga intressen. Detta gör sig särskilt gällande eftersom den klagande direkt angriper Caremas anbud. SLL bar i en sådan situation ingen rättslig eller faktisk skyldighet att tillvarata Caremas rättigheter och intressen. Caremas möjligheter att ansöka om överprövning ett nytt tilldelningsbeslut är begränsade eftersom domstolen i allt väsentligt kommer att bedöma samma omständigheter i denna process. Om Carema inte tillåts att yttra sig nu skulle detta innebära att Carema fråntas möjligheten att föra talan i saken. Carema blir därmed den enda av anbudsgivarna i upphandlingen som inte kommer att tillhandahållas några effektiva rättsmedel och detta endast pga. att bolaget tilldelats upphandlingen. Om man ser till andra rättsområden har Kammarrätten i Stockholm och Regeringsrätten valt att utvidga talerätten och rätten att klaga på domar för att tillgodose partens beaktansvärda rättsskyddsintresse i domar den 23 januari 2008 i mål nr 34-35-08 respektive den 7 mars 2006 i mål nr 3778-04. Vidare har Regeringsrätten har i ett mål som rörde försäljningstillstånd av läkemedel ansett att ett läkemedelsföretag som sålde ett originalläkemedel hade rätt att överklaga läkemedelsverkets beslut att tillåta försäljning via ett s.k. förenklat förfarande. Regeringsrätten konstaterar att det saknas bestämmelser om vem som har talerätt i frågan om läkemedelsverkets beslut. Den allmänna regeln i 22 § FL ger endast en allmän riktlinje för hur frågan om talerätt ska bedömas. Regeringsrätten ansåg att de principer som utbildats i praxis var avgörande. Regeringsrätten uttalade att Bolag X hade ett beaktansvärt intresse av att få de rättsliga förutsättningarna för Läkemedelsverkets beslut överprövade. Bolag X fick därför talerätt att överklaga beslutet. Carema menar att samma beaktansvärda intressen som aktualiserades i dessa båda mål även gör sig gällande i nu aktuella upphandlingsmål. Länsrätten måste med anledning av vad som anförts ovan ge Carema ställning som part i målet och bevilja rätt Carema att intervensera i målet. Detta eftersom Carema har ett beaktansvärt intresse i saken och att utgången av målet påverkar Caremas rättsliga ställning.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

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.

I 11 kap. 12 § LOU är föreskrivet att en leverantör får vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören skall genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet skall fullgöras.

I 12 kap. 1 § LOU är följande föreskrivet. En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 2 § samma lag och kapitel är följande föreskrivet. En upphandlande myndighet skall ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, skall dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning skall anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, eller i
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 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.

*Målets utredning*

Under punkten 1.4 i aktuell anbudsförfrågan har bl.a. angetts att priser och volymfördelning av olika besök mm skall anges enligt prisbilagan. Av prisbilagan framgår att anbudsgivare skall ange kostnader för olika typer av besök fördelat på olika mottagningar samt ange uppskattad volym per år.

Under punkten 1.6 i anbudsförfrågan liksom i bilaga 6 – Anbudsformulär – till detta har under 1.6 Krav på anbudsgivaren, Anbudsgivarens erfarenhet, angetts i huvudsak följande.

Anbudsgivaren eller person i Anbudsgivarens verksamhetsledning skall ha minst tre (3) års erfarenhet av arbete med målgruppen inom specialiserad beroendevård som landstinget har ansvar för eller liknande verksamhet. Som bevis skall Anbudsgivaren bifoga till anbudet en förteckning över minst ett (1) uppdrag som Anbudsgivaren eller dennes nyckelpersonal utfört under de senaste tre (3) åren. Förteckning skall anges enligt referensbilaga, bilaga 4.

Vidare anges i anbudsförfrågan liksom i anbudsformuläret under Verksamhetschef bl.a. följande.

Det skall finnas en verksamhetschef i enlighet med reglerna i Hälso- och sjukvårdslagen. I det fall verksamhetschefen inte är läkare skall också medicinskt ansvarig finnas. Som bevis skall Anbudsgivaren till anbudet bifoga meritföreteckning för verksamhetschef eller meritförteckningar för verksamhetschef och medicinskansvarig. Meritföreteckning/-ar skall innehålla anställningstid, formell kompetens och yrkeserfarenhet.

Under punkten 1.7, Prövning och utvärdering av anbud, anges bl.a. följande.

*/.../*

2. Utvärdering sker enligt nedan angivna utvärderingskriterier. 1. Pris 60 procent; 2. Mervärde 40 procent. Mervärde bedöms enligt följande. Utvärdering kommer att ske utifrån de fyra kvalitetsområden som finns beskrivna i Kravspecifikationen. Vart och ett av kvalitetsområdena bedöms för fyra patientgrupper. Mervärde bedöms för följande kvalitetsområden: 1. Målgruppsanpassat vårdutbud och vårdform 40 procent; tillgänglighet 20 procent; Kunskapsbaserad vård 20 procent och samverkan 20 procent. Varje kvalitetsområde har lika värde vid utvärderingen. Bedömningen av mervärde sker var för en av följande patientgrupper (ej rangordnade): Målgrupper enligt punkt 2.1 i Kravspecifikationen; 2. Unga vuxna, 18-25 år; 3. Kvinnliga patienter; 4. Annan patientgrupp/er där omhändertagandet behöver utvecklas. Varje patientgrupp har lika värde vid utvärderingen. */.../* Bedömningen av Anbudsgivarens beskrivning av mervärde sker utifrån nedanstående tregradiga skala och bedömningen görs av SLL med utgångspunkt i nedanstående matris.



I punkt 2.1 Målgrupper i den aktuella Kravspecifikationen anges följande.

Vårdtjänsterna skall rikta sig till alla personer 18 år och äldre, som (1) är folkbokförda i Stockholms län och har svår eller komplicerad missbruk/beroendeproblematik /.../ (2) som omhändertagits av polisen med stöd av lagen (1976:511) om omhändertagande av berusade personer.

I sammanställning av de frågor som ställts till SLL under upphandlingen samt SLL:s svar på dessa har bl.a. följande angetts.

*Fråga 59:* I samtliga anbud står det att 1 person med minst 3 års erfarenhet inom respektive område, samt att meritförteckning på verksamhetschef skall bifogas och om verksamhetschefen ej är läkare även meritförteckning på medicinskt ansvarig. Våra frågor/funderingar är om vi måste rekrytera en verksamhetschef innan vi svarar på anbudet eller godtas det om rekryteringen sker när avtal har skrivits. Det känns för oss lite oprofessionellt att erbjuda en person en anställning när det ännu inte finns någon verksamhet.

*Svar 59:* Vid anbudets inlämnande skall anbudsgivaren ha den tekniska förmåga, kapacitet och erfarenhet som har definierats via skall-krav i Anbudsförfrågan under p. 1.6 Krav på Anbudsgivaren, Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet. Som bevis skall anbudsgivaren bifoga till anbudet de intyg/ beskrivningar som begärs. Bl a verksamhetschef skall finnas och dennes meritförteckning skall bifogas anbudet.

*Fråga 76:* I prisbilagan finns tre avdelningar med rubrik ”öppenvård anges av vårdgivare” förutom de ”lokala integrerade beroendemottagningarna”. Vad avses?

*Svar 76:* Här är det öppet för anbudsgivaren att själv ange typ av mottagning och besöksmix. Se även utvärderingskrav enligt anbudsförfrågan punkt 1.7 Kvalitetsområde 1: Målgruppsanpassat vårdutbud och vårdform. Utbudet här bör avspegla sig [i] prisbilagan.

*Fråga 77:* Utifrån vilket underlag är det tänkt att man ska uppskatta volymerna för att göra totalprisberäkningen?

*Svar 77:* Underlagen speglar den tidigare produktionen på olika sätt. Anbudsgivaren får själv välja vilket eller vilka underlag som bäst kan ligga till grund för en prisberäkning. Vid beräkning av volymer och besöksmix för de integrerade lokala mottagningarna skall hänsyn tas till befolkningens storlek och förväntade behov. I detta arbete kan uppgifterna i bilaga 8 användas.

### *Länsrättens bedömning*

Vad gäller Caremas ansökan om intervention i målet konstaterar länsrätten att parter i ett mål om ansökan om överprövning enligt LOU är sökanden

och den upphandlande myndigheten/enheten. Någon allmän rätt att inter-  
venera eller att bli betraktad som motpart finns inte enligt förvaltnings-  
processlagen. Någon sådan rätt har inte heller kommit till uttryck i 16 kap.  
1-2 §§ LOU och det framgår inte heller av förarbetena till vare sig nya eller  
gamla LOU att det varit lagstiftarens avsikt att annan än den upphandlande  
myndigheten är att betrakta som motpart i länsrätten. Genom de s.k. rätts-  
medelsdirektiven som delvis ligger till grund för 16 kap:s LOU utformning  
åläggs medlemsstaterna att tillhandahålla ett prövningsförfarande som kan  
åberopas av var och en som har eller har haft intresse av att få ett  
upphandlingskontrakt och som har skadats eller riskerar att skadas av en  
påstådd överträdelse (artikel 1.3 i rådets direktiv 89/665/EEG och  
92/13/EEG). Det kan enligt länsrättens mening varken ur dessa direktiv  
eller EG-domstolens rättspraxis utläsas att gemenskapsrätten avsett  
tillskapa någon rätt för den anbudsgivare som av upphandlande enheten  
antagits som leverantör att som part delta i ett sådant prövningsförfarande.  
Vidare har de allmänna förvaltningsdomstolarna i flera avgöranden avvisat  
överklaganden av den anbudsgivare som av upphandlande enheten antagits  
som leverantör men som genom underinstansernas avgöranden inte kommit  
i fråga för kontrakt (jfr. bl.a. RÅ 2002 ref. 5, RÅ 2007 not. 131 och  
Kammarrättens i Göteborgs dom den 3 mars 2008 i mål nr 1104-08). I RÅ  
2002 ref. 5 uttalade regeringsrätten bl.a. att klaganden – den anbudsgivare i  
målet som hade antagits som leverantör av den upphandlande enheten – inte  
kunde anses ha haft ställning som part i målet i länsrätten. För det fall  
överprövningsförfarandet leder till ett nytt tilldelningsbeslut från den  
upphandlande myndigheten varigenom en annan anbudsgivare antas som  
leverantör torde den anbudsgivare som i det första tilldelningsbeslutet  
tilldelats kontraktet vara oförhindrad att ansöka om överprövning för det  
fall denna anbudsgivare anser att upphandlingen genomförs i strid med  
LOU. Även en sådan anbudsgivare har således möjlighet att i ett över-  
prövningsförfarande tillvarata sin rätt och utan att denna ges möjlighet att  
uppträda som part i det första överprövningsförfarandet. Länsrätten finner

mot denna bakgrund att Carema saknar rätt att inträda som part i nu aktuellt mål i länsrätten. Caremas ansökan om intervention skall därför avvisas.

Vad sedan gäller MBAB:s ansökan om överprövning gör länsrätten följande bedömning. En upphandling enligt LOU skall kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna skall ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som skall upphandlas. Uppställda krav får inte frångås.

Angående vad MBAB har anfört angående *skall-krav avseende verksamhetschef* konstaterar länsrätten att det ligger närmast till hands att tolka detta krav, särskilt genom det förtydligande som skett genom svaret på fråga 59, som att verksamhetschef skall finnas redan vid anbudets inlämnande. Då Carema inte i sitt anbud har visat att man vid anbudets inlämnande förfogade över Sven Westerlund som verksamhetschef har anbudet antagits i strid med detta skall-krav.

Vad därefter gäller frågan om *skall-kravet angående anbudsgivarens erfarenhet* måste även detta krav enligt länsrättens mening förstås på så sätt att kravet skall vara uppfyllt vid anbudets inlämnande. Med andra ord måste när anbudet lämnades in en person i arbetsgivarens ledning ha minst tre års erfarenhet av arbete med målgruppen inom specialiserad beroendevård som landstinget har ansvar för eller liknande verksamhet. Oavsett om Carema i sitt anbud hade visat att Sven Westerlund skulle komma att ingå i bolagets ledning vid ett fullgörande av ett eventuellt avtal i upphandlingen så är i målet ostridigt att han ännu inte var anställd hos Carema vid anbudets inlämnande och kan således inte anses ha ingått i Caremas ledning vid denna tidpunkt. Att denna den mest närliggande tolkningen av anbudsförfrågan eventuellt medför att upphandlingen såsom åberopats av SLL kan komma att genomföras i strid med andra principer i LOU eller de gemenskrätsrättsliga principer som bär upp lagen föranleder ingen annan

bedömning. SLL har således, genom att i strid med ett uppställt skall-krav anta Caremas anbud, genomfört upphandlingen i strid med likabehandlingsprincipen.

Vad sedan gäller vad MBAB har anfört om det i upphandlingen uppställda *skall-kravet på stabil ekonomisk ställning* konstaterar länsrätten att det i förevarande mål – till skillnad från det av bolaget i denna del åberopade kammarrättsavgörandet – i vart fall inte har framkommit att vad MBAB har åberopat i denna del också har medfört att MBAB har eller kan komma att lida skada. Det saknas därför grund att vidta åtgärder med stöd av LOU mot SLL:s upphandling av denna anledning.

Vad sedan gäller *utformning av utvärderingskriteriet "mervärde"* i upphandlingen har MBAB anfört att det inte framgår av förfrågningsunderlaget varför SLL valt att utvärdera endast två av de fem patientgrupperna trots att det står i kravspecifikationen att vårdgivarna skall beakta de särskilda vårdbehoven hos alla fem grupper. SLL har härvid gjort gällande att det är för den upphandlande myndigheten att bestämma vilka grupper som ska ligga till grund för utvärderingen och att SLL har bestämt att endast utvärdera två av fem grupper samt att detta tydligt framgått av förfrågningsunderlaget. Länsrätten konstaterar att det av anbudsförfrågan framgår vilka patientgrupper som kommer att utvärderas och att endast två av de grupper som angetts som angelägna grupper under 2.1.1. i Kravspecifikationen kommer att utvärderas, samt att så också har skett vid utvärderingen. SLL:s utvärdering har således inte i denna del genomförts i strid med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Vad gäller övriga av MBAB åberopade felaktigheter avseende detta skall-krav konstaterar länsrätten att SLL:s förfrågningsunderlag i vissa avseenden inte är optimalt utformat och att utvärderingskriterierna i vissa avseenden är oprecisa. Emellertid är det den upphandlande myndigheten som har att utforma den utvärderingsmodell som enligt myndigheten är bäst lämpad att ge det bästa resultatet i upphandlingen, allt under förutsättning att bestämmelserna i

LOU och gemenskapsrätten iakttas. Inte heller är det en förvaltningsdomstols uppgift i mål om överprövning enligt LOU att göra någon egentlig prövning av de subjektiva kriterier som ligger till grund för den upphandlande myndighetens utvärdering och poängsättning (jfr. t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 23 oktober 2008 i mål nr 3706-08). Mot denna bakgrund och med beaktande av föremålet för upphandlingen och vad SLL har yttrat i denna del finner länsrätten att förfrågningsunderlagets utformning i förevarande fall är godtagbart. Vad MBAB har åberopat avseende utformningen av utvärderingskriteriet mervärde medför således inte att upphandlingen genomförs i strid med LOU.

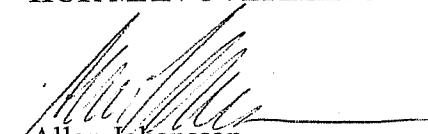
Länsrätten konstaterar att förfrågningsunderlaget vad gäller utformning av *utvärderingskriteriet pris* lämnar utrymme för anbudsgivare att lämna olika förslag till lösningar som i sin tur kommer att påverka utvärderingen i upphandlingen. Vilka konsekvenser olika av anbudsgivarna uppskattade volymer får för beräkningen av det totala anbudspriset är emellertid klart förutsebart och det har inte framkommit att SLL har frångått den i prisbilagan uppställda utvärderingsmodellen. Vidare kan det ur en upphandlande myndighets synvinkel, såsom SLL har anfört i förevarande mål, vara önskvärt att anbudsgivare i en så komplex upphandling som det här är fråga om stimuleras att föreslå lösningar som inte den upphandlande myndigheten själv kunnat förutse vid utformning av förfrågningsunderlaget. Inte heller vad MBAB har åberopat avseende utformningen av utvärderingskriteriet pris medför således att SLL genomför upphandlingen i strid med åberopade gemenskapsrättsliga principer eller LOU.

Vad sedan gäller vad MBAB har anfört och åberopat i fråga om att Carema skulle ha fått göra *kompletteringar under förhandlingar i strid med LOU* gör länsrätten följande bedömning. Länsrätten konstaterar att SLL inte torde kunna ställa krav på verksamhetsövergång vid ett eventuellt byte av leverantör av specialiserad beroendevård. Att SLL har ett intresse av kontinuitet i vården, däribland praktiska aspekter vid ett byte av leverantör,

är enligt länsrättens mening naturligt och framgår av de frågor som besvarats i upphandlingen. Vidare har inte framkommit att den av SLL efterfrågade verksamhetsövergångsplanen har påverkat utvärderingen av anbuden. Länsrätten finner mot denna bakgrund att vad MBAB har åberopat härvidlag inte innebär att förhandlingarna och därmed upphandlingen har genomförts i strid med LOU.

Länsrätten konstaterar sammanfattningsvis att den av SLL genomförda upphandlingen har genomförts i strid med LOU:s krav på likabehandling av anbudsgivare då anbud antagits från Carema trots att detta anbud inte uppfyller i förfrågningsunderlaget uppställda skall-krav. Detta har medfört att MBAB kan komma att lida skada. Vad slutligen gäller val av åtgärd konstaterar länsrätten att den, oavsett hur parterna utformar sina yrkanden i upphandlingsprocessen, kan välja mellan att besluta att upphandlingen skall göras om eller att den skall rättas (jfr RÅ 2005 ref. 47 och Kammarrättens i Sundsvall beslut den 20 juli 2006 i mål nr 1975-06). Parterna disponerar således inte över vilken åtgärd som slutligen blir aktuell. Fråga i målet blir således huruvida upphandlingen skall göras om eller om det är tillräckligt att enbart vidta rättelse. Vid bedömningen av vilken åtgärd som bör tillgripas konstaterar länsrätten att mer ingripande åtgärder än vad som är nödvändigt inte bör vidtas. Med hänsyn härtill finner länsrätten att det är tillräckligt att SLL vidtar rättelse på så sätt att det görs en ny anbudsprovning varvid anbud från Carema utesluts från vidare utvärdering.

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

  
Allan Johansson  
rådmän

Föredragande har varit Henrik Grönberg