



KLAGANDE

Unilabs AB, 556118-7179

Ombud: Advokat Susanne Wiklund
Box 1
451 15 Uddevalla

MOTPARTER

1. Stockholms läns landsting

Ombud: Landstingsjurist Johan Johansson
Landstingsstyrelsens förvaltning, SLL Juridik
Box 22550
104 22 Stockholm

2. Dr Furst Medisinsk Laboratorium AS, NO 931 469 851

Ombud: Advokat Sara Li Olovsson och advokat Anna Ulfsdotter Forssell
Box 1432
111 84 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 27 oktober 2017
i mål nr 7899-17, se bilaga A

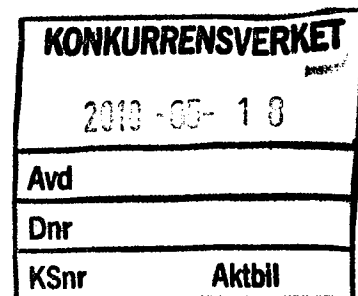
SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

1. Kammarrätten bifaller överklagandet på så sätt att förvaltningsrättens dom upphävs i den del den avser upphandlingsobjekt 1 och 3 i Stockholms läns landstings upphandling av tjänster inom klinisk laboratoriemedicin (dnr LS 2016-1310) och ansökan om överprövning avslås.

2. Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.



BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av tjänster inom klinisk laboriemedicin där Unilabs AB (Unilabs) tilldelades uppdraget för samtliga tre upphandlingsobjekt. För upphandlingsobjekt 1 och 3 kom Dr Fürst Medisinsk Laboratorium AS (Fürst) tvåa. Fürst ansökte om överprövning av upphandlingen i förvaltningsrätten som i dom den 27 oktober 2017 biföll ansökan på så sätt att Unilabs anbud inte skulle beaktas i anbudsutvärderingen för upphandlingsobjekt 1 och 3.

YRKANDEN M.M.

Unilabs yrkar att kammarrätten ska lämna Fürsts ansökan om överprövning utan bifall och att SLL:s tilldelningsbeslut av den 21 mars 2017 alltjämt ska gälla.

Unilabs anför bl.a. följande. Unilabs har uppfyllt alla ska-krav och SLL har inte agerat i strid med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Unilabs har inte åberopat annans kapacitet. I en bilaga till anbudet benämnd "Annans kapacitet" har man redovisat att man anlitar underleverantören Karolinska Universitetslaboratoriet (KUL) för analyser som man skulle kunna utföra men väljer att köpa. Det framgår tydligt i anbudet att Unilabs avser att utföra hela uppdraget självt och det är utifrån den informationen som SLL får antas ha prövat om Unilabs uppfyller ska-kravet på teknisk kapacitet. För det fall Unilabs anses ha åberopat annans kapacitet anser Unilabs att KUL, som är en enhet inom den juridiska personen SLL, inte är ett "annat företag" i LOU:s mening och att Unilabs därför inte åberopat annans kapacitet eftersom det inte är en tredje part i förhållande till SLL och Unilabs. Om KUL ändå anses vara ett annat företag har SLL kännedom om sin egen laboratorieverksamhet vid KUL och har därmed kunnat godta Unilabs uppgift om tillgång till kapaciteten hos KUL. Det är inte ett ska-krav att anbudsgivaren bifogar ett skriftligt åtagande till anbudet.

SLL anser att överklagandet ska bifallas och anför bl.a. följande. Unilabs har uppfyllt kravet på teknisk förmåga och kapacitet utan åberopande av annans kapacitet. Det har saknats anledning för SLL att ifrågasätta uppgifter avseende teknisk förmåga och kapacitet i Unilabs anbud. För det fall KUL anses vara annat åberopat företag avseende kapacitet ska tillgången anses vara styrkt eftersom KUL är samma juridiska person som SLL och att det därför på annat sätt är visat att Unilabs kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Fürst anser att överklagandet ska avslås och anför bl.a. följande. Det framgår uttryckligen av Unilabs anbud att annans kapacitet åberopas. Det innebär att kravet att redovisa en överenskommelse, ett åtagande eller motsvarande som visar att kapaciteten kommer att vara tillgänglig gäller för anbudet. Även av 15 kap. 15 a § LOU framgår att ett konkret bevis ska finnas med i anbudet. Det är visserligen tillräckligt att anbudsgivaren ”på annat sätt” visar att den förfogar över den kapacitet som åberopas, men Unilabs har inte på något som helst sätt i sitt anbud visat att bolaget förfogar över kapaciteten. Unilabs har inte heller styrkt kapaciteten av det skälet att KUL är en enhet inom SLL. KUL:s verksamhet är så pass fristående från SLL i upphandlingsrättslig mening att Unilabs behöver styrka den åberopade kapaciteten med ett skriftligt åtagande.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten instämmer i förvaltningsrättens bedömning att Unilabs får anses ha åberopat annans kapacitet för utförandet av upphandlingsföremålet och att det inte i övrigt framgår av anbudet att Unilabs uppfyller alla krav på egen hand. Kammarrätten instämmer också i bedömningen att det saknas skäl att med hänvisning till proportionalitetsprincipen bortse från kravet i upphandlingen på att redovisa annans kapacitet.

Frågan är därmed om Unilabs har uppfyllt det obligatoriska kravet avseende återopande av annans kapacitet.

Under punkten 7.4 i Anbudsinbjudan anges att en anbudsgivare som avser återopande av annans kapacitet till anbudet ska ”redovisa: En överenskommelse, åtagande eller motsvarande som visar att denne kommer att förfoga över annans kapacitet när kontraktet ska fullgöras.”

Punkten är snarlik en motsvarande bestämmelse om återopande av annans kapacitet i 15 kap. 15 a § LOU. I bestämmelsen anges att en leverantör genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt ska visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Av förarbeten till bestämmelsen framgår bl.a. följande (prop. 2006/07:128 s. 245). Kan en leverantör som återopar annans kapacitet 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 inte förkasta anbudet på grund av bristande kapacitet hos anbudsgivaren.

Bestämmelsen i LOU motsvarar artikel 48.3 i det nu upphävda upphandlingsdirektivet¹. I artikeln anges att en leverantör som återopar annans kapacitet ska bevisa för den upphandlande myndigheten att han kommer att förfoga över de resurser som är nödvändiga för fullgörandet av kontraktet, t.ex. genom att lägga fram enheternas åtagande att förse honom med nödvändiga resurser.

Kammarrätten anser att uttalandena i förarbetena och de bakomliggande bestämmelserna i upphandlingsdirektivet ska uppfattas så att en upphandlande myndighet ska beakta ett anbud där annans kapacitet återopats om anbudsgivaren på ett tillfredsställande sätt visat att kapaciteten kommer att

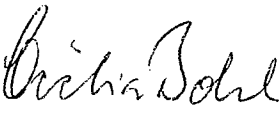
¹ Europaparlamentets och Rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandena vid offentlig upphandling av byggtjänster, varor och tjänster


finnas tillgänglig. Detta kan enligt ordalydelsen i såväl direktivet som i LOU ske på annat sätt än att en överenskommelse ges in.

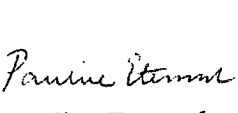
I det aktuella fallet har Unilabs redovisat en överenskommelse med KUL och därmed uppfyllt kravet på återopande av annans kapacitet såsom det formulerats i Anbudsinbjudan. Något uttryckligt krav att överenskommelsen skulle bifogas anbudet anges inte i Anbudsinbjudan. Det har inte framkommit något skäl att ifrågasätta att SLL, utan att överenskommelsen bifogats anbudet, har varit fullt insatta i att överenskommelsen gällt och vad den omfattat. Kammarrätten anser därför att Unilabs på det sätt som föreskrivs i Anbudsinbjudan har visat att den kapacitet som återopas hos KUL kommer att finnas tillgänglig när kontraktet ska fullgöras.

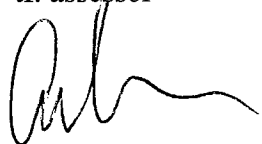
Mot den bakgrunden var det felaktigt att besluta att Unilabs anbud inte skulle beaktas i anbudsutvärderingen av det skälet att Unilabs på ett ofullständigt sätt återopat annans kapacitet. Förvaltningsrättens dom ska därför upphävas i den del den avser upphandlingsobjekt 1 och 3 i upphandlingen och ansökan om överprövning avslås.

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


Cecilia Bohlin
kammarrättsråd
ordförande


Magnus Mathiasson
kammarrättsråd
referent


Pauline Etemad
tf. assessor



Gustav Granholm
kammarrättsfiskal
föredragande



SÖKANDE

Dr Furst Medisinsk Laboratorium AS, NO 931 469 851

Ombud: Advokaterna Anna Ulfsdotter Forssell och Sara-Li Olovsson
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPARTER

1. Stockholms läns landsting, 232100-0016

Ombud: Landstingsjurist Johan Johansson
Landstingsstyrelsens förvaltning
SLL Juridik
Box 22550
104 22 Stockholm

2. Unilabs AB, 556118-7179

Ombud: Advokat Susanne Wiklund
Advokatfirman Kjällgren AB
Box 1
451 15 Uddevalla

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller delvis Dr Furst Medisinsk Laboratorium AS:s ansökan och förordnar att upphandling av tjänster inom klinisk laboriemedicin (dnr LS 2016-1310) avseende upphandlingsobjekt 1: Västra länet och upphandlingsobjekt 3: Sydvästra länet inklusive Södermalm får avslutas först sedan rättelse har vidtagits på så sätt att Stockholms läns landsting genomför en ny anbudsutvärdering varvid anbudet från Unilabs AB inte ska beaktas.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av tjänster inom klinisk laboratoriemedicin (dnr LS 2016-1310). Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) och tilldelningsgrund är lägsta pris. SLL har i tilldelningsbeslut, vilket avsändes den 22 mars 2017, tilldelat uppdraget till Unilabs AB (Unilabs) på samtliga tre upphandlingsobjekt, dvs. 1: Västra länet, 2: Innerstaden exklusive Södermalm och 3: Sydvästra länet inklusive Södermalm. Dr Furst Medisinsk Laboratorium AS (Dr Furst) lämnade näst lägsta pris avseende upphandlingsobjekt 1: Västra länet och 3: Sydvästra länet inklusive Södermalm. Dr Furst lämnade inte anbud avseende upphandlingsobjekt 2: Innerstaden exklusive Södermalm.

YRKANDEN M.M.

Dr Furst ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett genom en ny utvärdering utan beaktande av Unilabs anbud. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Som grund för förstahandsyrkandet anförs att SLL agerat i strid med de grundläggande principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU genom att utvärdera Unilabs anbud trots att det inte uppfyller alla obligatoriska krav i upphandlingen. Genom detta har Dr Furst gått miste om att tilldelas kontrakt och därmed lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Som grund för andrahandsyrkandet anförs att SLL brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, särskilt principerna om likabehandling och transparens, genom att tillämpa en utvärderingsmodell som inte har byggt på verkliga förhållanden och därmed inte varit ägnad att identifiera det anbud som i praktiken haft lägst pris. Genom den bristfälliga utvärderingsmodellen har Dr Furst lidit, eller i vart

fall riskerat att lida, skada eftersom bolaget fått väsentligt sämre möjligheter att lämna bästa möjliga anbud i upphandlingen. Ansökan om överprövning omfattar samtliga tre upphandlingsobjekt i upphandlingen.

SLL bestrider Dr Fürsts yrkanden och anser att förvaltningsrätten ska lämna ansökan om överprövning utan bifall vad gäller förstahandsyrkandet. Vad gäller andrahandsyrkandet anser SLL i första hand att det ska avslås då det saknas grund för överprövning enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU och i andra hand att ansökan ska lämnas utan bifall. Som grund anför SLL att upphandlingen har genomförts på ett korrekt sätt och att prövning och utvärdering av inkomna anbud i upphandlingen har genomförts enligt annonserad modell i enlighet med de grundläggande unionsrättsliga principerna samt LOU. Vinnande leverantör har uppfyllt alla de krav som ställts i förfrågningsunderlaget. Dr Furst har inte lidit eller riskerat att lida skada.

Unilabs, som getts tillfälle att yttra sig, bestrider Dr Fürsts yrkanden och yrkar att Dr Fürsts ansökan om överprövning ska avslås. Grunden för bestridandet är att Unilabs anbud uppfyller alla obligatoriska krav i upphandlingen och är helt i enlighet med förfrågningsunderlaget varför det saknas grund för att utesluta Unilabs anbud från utvärderingen. Vad Dr Furst anför avseende utvärderingsmodellen ska lämnas utan avseende. Dr Fürsts ansökan ska lämnas utan bifall också på den grunden att Dr Furst inte kan anses vara skadelidande då bolagets anbud är behäftat med sådana fel att det rätteligen inte borde ha kvalificerats och upptagits till utvärdering.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att den leverantör som ansökt om överprövning har lidit, eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter sökanden anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU och lagens övriga förfaranderegler. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att genomföra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut (jfr RÅ 2009 ref. 69 och HFD 2013 ref. 5).

Huruvida utvärderingsmodellen strider mot de grundläggande principerna, särskilt principerna om likabehandling och transparens

Dr Furst har bl.a. anfört följande. Befintliga leverantörer har gynnats framför icke-befintliga genom att de förstnämnda har haft kännedom om verkliga förhållanden vilka har varit avgörande för utfallet av utvärderingen i upphandlingen. Denna kunskap har inte kunnat utläsas av SLL:s utvärderingsmodell och därmed inte kommit icke etablerade leverantörer till kännedom. Prislistans konkreta utformning bygger på statistik från år 2015 som är inaktuell och i viss mån helt irrelevant då SLL har underlåtit att uppdatera prislistan utifrån perioden januari till oktober 2016 angående utgående analyser, nedlagda analyser samt så kallade singelanalyser som numera görs som dyrare kombinationsanalyser. Prislistan innehåller analyser som varken efterfrågas av SLL eller erbjuds av de befintliga leverantörerna, såsom analysen "Folat" med analyskod NPU02071 (position 215 i prisbilagan).

Denna analys är nedlagd av såväl Karolinska Universitetslaboratoriet (KUL) som Unilabs hösten 2014 respektive hösten 2016. Som annat exempel kan nämnas att Unilabs hösten 2016 publicerade ett offentligt meddelande om att analysen Clostridium difficile SLL00345 ersattes med SLL0350 Clostridium difficile toxin A + B samt att de två analyserna Neisseria gonorrhoeae DNA SLL00392 och Chlamydia trachomatis PCR SLL00412 ersattes med en gemensam analys (så kallad dubbelanalys) benämnd SLL51286 Chlamydia trachomatis + Neisseria gonorrhoea DNA. Unilabs har därmed kunnat manipulera prislistan genom att lämna enkronaspriser på de analyser som Unilabs vet inte längre köps av SLL alternativt har bytts ut till andra analyser. SLL begärde en förklaring till Unilabs onormalt låga anbudspris. Unilabs svar styrker att Unilabs haft kännedom om verkliga förhållanden och kunnat prissätta därefter då en återkommande formulering är att Unilabs har utgått från de mängder som Unilabs räknat med att SLL kommer att efterfråga avseende respektive produktkod. Dr Furst hade lämnat andra priser i upphandlingen än vad som nu skedde om bolaget hade vetat att vissa analyser var utgående eller redan hade bytts ut.

SLL har bl.a. anfört följande. Dr Furst påstår felaktigt att åtgärder/analyser som Unilabs lämnat enkronaspriser på inte kommer kunna beställas vid driftstart. Strategisk prissättning är inte otillåten enligt LOU. Om de nio analyser/åtgärder där Unilabs offererat enkronaspriser tas bort från alla anbudsgivares anbud är Dr Fursts utvärderingspris, trots att påstådda brister således har läkts, fortfarande långt ifrån konkurrenskraftigt. Då Dr Furst inte på ett konkret sätt visat att de lidit eller riskerat att lida skada saknas förutsättningar för överprövning och bolagets yrkande bör avslås redan på denna grund. Om förvaltningsrätten prövar frågan i sak anförs följande. Statistik över faktiska köp av åtgärder/analyser för år 2015 är objektiva fakta med grund i vad SLL faktiskt har köpt in under år 2015. SLL har på ett väldigt tydligt sätt uppgett att det inte går att garantera några volymer och att utvärderingspriset inte är detsamma som kontraktsvärdet. Statistik avseende år

2015 valdes av SLL eftersom det är den statistik som på bäst sätt redovisar uppskattat utfall för ett helt kalenderår och således även på bäst, mest lika-behandlande och transparent sätt identifierar det anbud som har lägst pris. Avtalsperioden för vårdavtalet i upphandlingen har en löptid på fem år. Eftersom avtalet är tillämpligt i flera år så är det även naturligt att produktlistorna förändras under avtalsperioden vilken framgår av 7 § i Vårdavtalet. Två av anbudsgivarna, Unilabs och Aleris Sjukvård AB (Aleris), är i dagsläget avtalsparter till SLL inom tjänsteområdet klinisk laboratoriemedicin. Trots att både Unilabs och Aleris har tillgång till samma information från SLL som Dr Fürst åberopar som grund för sitt påstående avseende utvärderingsmodellen har anbudsgivarna kommit in med helt skilda anbud. Unilabs har på begäran av SLL lämnat förklaringar till det onormalt låga priset som SLL bedömt som objektivt godtagbara och tillfredställande.

Unilabs har bl.a. anfört följande. Unilabs delar SLL:s uppfattning om att det inte finns ett informationsövertag eller sådana brister Dr Fürst gör gällande. Samtliga anbudsgivare har haft samma villkor och förutsättningar att avge anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att det avgörande vid bedömningen av om ett förfrågningsunderlag uppfyller LOU:s krav gällande transparens är om förfrågningsunderlaget är tillräckligt tydligt för att rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå kraven på samma sätt (jfr EU-domstolens avgörande C- 19/00 SIAC Construction Ltd).

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning i RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten har därvid uttalat bl.a. följande. I det uppställda kravet på affärsmässighet får anses ligga att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphand-

lande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

I utredningen anges bl.a. följande. I Anbudsinbjudan anges bl.a. följande. Under punkten 2. Omfattning anges att SLL inte garanterar några volymer. De volymer som anges utgör grund för utvärdering av anbud samt som allmän information om verksamheten. I punkten 5. Anbudspris anges att anbudspriser ska anges i svenska kronor (SEK) och inkludera samtliga kostnader för åtaganden enligt anbudsinbjudan inklusive samtliga bilagor. Priser anges enligt Prisbilaga. I bilaga 2.1 till Anbudsinbjudan, Anvisning till prisbilaga, anges att vårdgivaren på samtliga närlaboratorier inom respektive område ska tillhandahålla de produkter/analyser som framgår av prisbilaga, A- och B-lista. A-listan ligger till grund för utvärdering av anbud. Under rubriken "A-lista – antal analyser, utvärdering" anges att beställaren har angett summan av utförda analyser per produktkod/analys under 2015 i hela länet i prisbilagan (Källa: FUMS). Utfallet 2015 används vid utvärderingen av det totala anbudspriset för respektive upphandlingsobjekt. Under "Pris per analys – A-lista" anges att anbudsgivaren lämnar sitt pris per analys i priskolumnen på A-listan. Priset multipliceras med utfallet 2015 per analys och ger ett belopp. Beloppen summeras längst ned i prisbilagan till ett anbudspris som blir ett utvärderingspris.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Dr Furst har anfört att prislisans konkreta utformning bygger på statistik från år 2015 som är inaktuell och i viss mån helt irrelevant då SLL har underlåtit att uppdatera prislisan utifrån perioden januari till oktober 2016. Dr Furst har konkret angripit fyra stycken analyser såsom utgående eller utbytta. Oaktat att så skulle vara fallet, dvs. att dessa fyra analyser inte längre beställs eller avser beställas av SLL, innehåller Prislisa A-lista laboratoriemedicin, som enligt Bilaga 2.1 Anvisning till prisbilaga ligger till grund för utvärderingen av anbudet, ett stort antal olika typer av kliniska åtgärder/analyser. De fyra analyserna är vidare inte samtliga av de nio analyser Unilabs lämnat enkronasanbud för. Dr Furst har avseende resterande analyser endast anfört att även andra analyser är utgående och inte beställs i samma omfattning år 2016 som år 2015 men inte konkretiserat vilka analyser som avses. Förvaltningsrätten anser att detta är för vagt formulerat för att Dr Furst skulle ha visat att det gått att strategiskt prissätta sitt anbud som befintlig leverantör på ett sätt som icke-befintliga leverantörer inte har kunnat. Förvaltningsrätten anser vidare inte att det Dr Furst anfört kan läggas till grund för att hela utvärderingsmodellen som sådan kommit att leda till att anbudet med lägsta pris inte antagits eller att SLL skulle ha utelämnat information i upphandlingsunderlaget som varit nödvändig för att utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

Förvaltningsrätten finner därmed att Dr Furst inte har visat att utvärderingsmodellen strider mot principerna i LOU eller att SLL i övrigt trätt LOU för när i denna del.

Huruvida Unilabs anbud uppfyller obligatoriskt krav

I utredningen i punkten 7.4 Anbudsinbjudan anges under rubriken Annans kapacitet att en anbudsgivare vid behov får åberopa andra företags kapacitet (15 kap. 15 a § LOU). Om anbudsgivare avser åberopa annans kapacitet ska anbudsgivaren till anbudet redovisa en överenskommelse, åtagande eller

motsvarande som visar att denne kommer att förfoga över annans kapacitet när kontraktet ska fullgöras. Under kravet finns ett fält vari anges "Bifogas" och "Bilaga nr" för anbudsgivarna att fylla i. Unilabs har i sitt anbud i detta fält hänvisat till Bilaga 7. Annans kapacitet vari anges: "*Unilabs har en idag gällande överenskommelse med KUL för de analyser Unilabs inte utför och hänvisar till den överenskommelsen. Överenskommelsen delges beställaren vid förfrågan. Det gäller bl.a. lågvolymsanalyser eller analyser för sällsynta diagnoser exempelvis genetiska utredningar.*" Denna överenskommelse har ostridigt inte bilagts anbudet av Unilabs.

Dr Fürst har bl.a. anfört följande. Unilabs kan inte på egen hand utföra de analyser som ingår i upphandlingen utan behöver utnyttja kapacitet från KUL för att kunna uppfylla samtliga åtaganden i upphandlingen. Analyser som köps i liten volym eller genetiska analyser ingår i upphandlingen. Unilabs kan enligt överenskommelsen med KUL överlåta sina kunder till KUL för vissa analysers utförande och ett separat avtalsförhållande uppkommer mellan kunderna ifråga och KUL. Unilabs har inte genom att bifoga en överenskommelse, ett åtagande eller liknande visat att Unilabs kommer förfoga över KUL:s relevanta kapacitet vid fullgörandet av kontraktet i upphandlingen. Unilabs uppfyller därmed inte kravet i punkten 7.4.

SLL har bl.a. anfört följande. SLL har valt att inte ställa detaljerade krav på det materiella innehållet i bevismedlen avseende kvalificeringskraven i upphandlingen. Fåtalsanalyser och analyser inom genetik omfattas inte av upphandlingen. Unilabs åberopade kapacitet inom angivna områden är således inte relevant för upphandlingen och ska inte beaktas av SLL. Analyser inom genetik samt vissa fåtalsanalyser tillhandahålls av KUL för hela Stockholms län, se SLL:s nuvarande avtal med KUL, och KUL kommer att ansvara för högspecialiserade analyser och vissa fåtalsanalyser, se Bilaga 1.1 Upphandlingsobjekt. Analyser inom genetik är s.k. högspecialiserade analyser vilket är notoriska fakta. Av prisbilagorna

framgår att genetik inte är en av undergrupperna och att fåtalsanalyser inte ingår. Enligt punkt 13 i Anbudsinbjudan har anbudsgivaren även accepterat samtliga krav och samtliga avtalsvillkor i och med inlämnandet av anbudet. För det fall domstolen bedömer att Unilabs åberopande av annans kapacitet i upphandlingen ändå är ett tillämpligt ska-krav i upphandlingen ska det inte tillämpas. Kravet saknar relevans för att bedöma om anbudsgivaren är en lämplig leverantör eftersom den av Unilabs åberopade kapaciteten inte har någon koppling till upphandlingsföremålet. En uteslutning hade därmed stridit både mot proportionalitets- och likabehandlingsprincipen.

Unilabs har bl.a. anfört följande. Unilabs uppfyller krav på teknisk och yrkesmässig förmåga att självständigt utföra hela uppdraget utan åberopande av annans kapacitet och har inte åberopat annans, KUL:s, kapacitet, se Unilabs anbudsbilaga 5 "Text till samtliga aktivitetsplaner". Det saknades därmed anledning att tillhandahålla ett åtagande från KUL. Unilabs har redovisat en överflödigt uppgift om att KUL är en befintlig underleverantör till Unilabs på platsen för åberopande av annans kapacitet enligt svaret från SLL på fråga 67 i Frågor och svar. KUL är SLL, dvs. samma juridiska person. Eftersom det inte finns någon tredje part i förhållande till SLL och Unilabs kan det överhuvudtaget inte vara fråga om åberopande av annans kapacitet. För det fall förvaltningsrätten kommer till bedömningen att Unilabs åberopat annans kapacitet är kravet uppfyllt genom att Unilabs på liknande/motsvarande sätt visat att bolaget kommer förfoga över KUL:s kapacitet under avtalstiden. SLL har full kännedom om KUL, dess verksamhet, om Unilabs överenskommelse med KUL och om Unilabs förfogar över KUL:s kapacitet. Syftet med regeln är därmed uppfyllt.

Frågan för förvaltningsrättens prövning i denna del är huruvida SLL agerat i strid med LOU och förfrågningsunderlagets punkt 7.4 genom att kvalificera Unilabs anbud.

I utredningen anges bl.a. följande. I avsnitt 4. Anbudets form och innehåll, punkten 4.1. Språk och dokumentation i Anbudsinbjudan anges att SLL genomför anbudsbedömning utifrån de efterfrågade delarna av anbudet. Extra handlingar eller uppgifter i anbudet som inte är nödvändiga för en fullständig bedömning, oavsett språk, kommer inte att beaktas. I Avtal mellan SLL och KUL, HSN 0905-0475, anges att bl.a. följande tjänster gäller för hela länet: analyser inom genetik samt vissa fätalsanalyser. I Avtal gällande laboratoriemedicin mellan KUL och Unilabs av den 7 mars 2011 anges i avsnitt 1. Bakgrund, under punkten 1.1., att Unilabs efterfrågar tjänster inom ett unikt segment klinisk laboratoriemedicin. Analyssortiment framgår av bilaga.1. I punkten 1.2 anges att KUL tillhandahåller tjänster inom klinisk laboratoriemedicin. I avsnitt 2. Tjänstens omfattning, under punkten 2.1, anges att KUL utför analys av de underleverantörsanalyser som skickas till KUL från Unilabs kunder. Om Unilabs under avtalets löptid utökar sitt eget analyssortiment med analyser i Bilaga 1, utgår de analyserna ur avtalet. I Bilaga 1.1 Upphandlingsobjekt anges att SLL:s egen verksamhet KUL att ansvara för högspecialiserade analyser och vissa fätalsanalyser vilka inte omfattas av upphandlingen. I Unilabs anbudsbilaga 5 "Text till samtliga aktivitetsplaner" anges bl.a. följande. Unilabs organisation i Sverige och i Stockholm har god kapacitet och förmåga att utföra uppdraget. Unilabs har centrallaboratorium i Stockholm med god kapacitet och teknisk förmåga att utföra upphandlande tjänster. Företaget har ett analysutbud som består av mer än 2500 olika analyser. I Frågor och svar, fråga nr 67 med svar, anges frågan "Finns det några begränsningar kring användandet av underleverantörer och ska användandet av underleverantörer specificeras på annat sätt än genom åberopande av annans kapacitet i Anbudsinbjudan punkten 7.4?". I svaret från SLL anges: "Om underleverantörer går att läsa i Allmänna villkor punkt 1.10 och i Vårdavtalet 5 §. I den mån anbudsgivaren använder sig av annat bolag för att uppfylla kvalificeringskraven under punkt 7 i Anbudsinbjudan, se vidare punkt 8.4". I Allmänna villkor punkten 1.10 Underleverantör anges att med

underleverantör avses i avtalet annan vårdgivare som utför hela eller delar av det uppdrag vårdgivaren har enligt avtalet. Om vårdgivaren anlitar underleverantör för utförande av åtaganden enligt avtalet ska vårdgivaren ansvara för underleverantörens åtagande såsom för sitt eget. Vårdgivaren ska på beställarens begäran lämna information om vilka underleverantörer som anlitas. I Vårdavtalet 5 § anges att vårdgivaren senast 90 dagar före driftstart till beställaren ska redovisa om vårdgivaren avser att lägga ut vissa delar av upphandlingskontraktet på underleverantör.

Förvaltningsrätten konstaterar att punkten 8.4 i Anbudsinbjudan inte finns och att SLL med största sannolikhet menat punkten 7.4 rörande Annans kapacitet i svaret på ovan angivna fråga i Frågor och svar.

Innehållet i 15 kap. 15 a § LOU är i allt väsentligt detsamma som i avsnitt 7.4 i Anbudsinbjudan som även hänvisar till bestämmelsen. I paragrafen anges att en leverantör vid behov när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags kapacitet. Vidare anges att leverantören genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt ska visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

I förvaltningsrättens mening kan punkten 7.4 i Anbudsinbjudan och svaret från SLL på fråga 67 i Frågor och svar inte förstås på annat sätt än att anbudsgivarna skulle använda punkten 7.4 för att redovisa annat bolag vars kapacitet åberopades. Förvaltningsrätten finner att Unilabs anbud och det sätt Unilabs fyllt i kravet i punkten 7.4 med bilägandet av bilagan benämnd "Annans kapacitet" inte kan tolkas på något annat sätt än att bolaget åberopat annans kapacitet för utförandet av upphandlingsföremålet.

Förvaltningsrätten anser inte heller att det av utredningen i övrigt eller av Unilabs anbud framgår att Unilabs på egen hand uppfyller kraven. De

generella skrivningarna i anbudet om att Unilabs har fullgod kapacitet att leverera uppdraget klarlägger inte att samtliga analyser i upphandlingen kan levereras, detta särskilt mot beaktande av att uppgifterna blir motstridiga mot uppgiften om att vissa specificerade analyser enligt bilagan Annans kapacitet ska tillhandahållas av KUL. Förvaltningsrätten finner därmed inte att det framgår att Unilabs har tillräcklig kapacitet att utföra åtagandet. Inte heller kan det i förvaltningsrättens mening genom utredningen vara klarlagt att Unilabs återopande endast skulle omfatta analyser som inte omfattas av upphandlingen. Detta särskilt mot beaktande av den exemplifierande skrivning som angivits i bilagan Annans kapacitet där Unilabs endast givit exempel på de analyser KUL ska utföra. Det är således inte klarlagt att överenskommelsen med KUL endast skulle avse de däri namngivna analyserna eller om fler avsågs. Ingen annanstans i anbudet framkommer heller att Unilabs kommer förfoga över KUL:s kapacitet.

SLL och Unilabs har vidare anfört att Unilabs enligt punkt 13 i Anbudsinbjudan har accepterat samtliga krav och samtliga avtalsvillkor i och med inlämnandet av anbudet. Förvaltningsrätten konstaterar dock att det i utredningen även, i Anbudsinbjudan under punkten 4.2. Obligatoriska krav, anges att förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav vilka är ovillkorliga och att förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa obligatoriska krav är uppfyllda. Enligt förvaltningsrättens mening kan inte den anförda skrivningen läka brister som konstaterats avseende uppfyllandet av ett obligatoriskt krav (jfr t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 28 oktober 2015 i mål nr 3162-3174-15).

Förvaltningsrätten anser därmed att Unilabs återopat annans kapacitet utan att till anbudet redovisa en överenskommelse, åtagande eller motsvarande som visar att denne kommer att förfoga över annans kapacitet när kontraktet

ska fullgöras i strid med det obligatoriska kravet i Anbudsinbjudan punkt 7.4.

SLL har anfört att för det fall domstolen bedömer att Unilabs åberopande av annans kapacitet i upphandlingen ändå är ett tillämpligt ska-krav i upphandlingen ska det inte tillämpas eftersom det vore oproportionerligt och i strid med förfrågningsunderlaget. Att upprätthålla kravet skulle stå i strid med både likabehandlings- och proportionalitetsprincipen. Unilabs har även anfört att KUL är SLL, dvs. samma juridiska person, och att SLL därmed har full kännedom om KUL och om Unilabs förfogar över KUL:s kapacitet varför syftet med regeln ändock är uppfyllt.

Nästföljande fråga för förvaltningsrättens prövning är således huruvida det skulle strida mot principerna om likabehandling och proportionalitet att upprätthålla ska-kravet i punkten 7.4 i Anbudsinbjudan.

Proportionalitetsprincipen innebär bl.a. att krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska stå i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen och till de mål som eftersträvas (se prop. 2006/07:128 s. 132 och 2009/10:180 s. 91). En upphandlande myndighet måste således se till att kraven som ställs är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud (jfr HFD 2016 ref. 37).

Syftet med kravet i fråga måste enligt förvaltningsrättens mening vara att säkerställa att anbudsgivarna har den kapacitet som krävs för att leverera föremålet för upphandlingen, och om annans kapacitet behöver åberopas, säkerställa att anbudsgivaren skulle förfoga över annans kapacitet när kontraktet skulle fullgöras. Förvaltningsrätten anser inte att SLL, med beaktande av avvikelsen i förhållande till det aktuella kravet, kunnat säkerställa att anbudsgivaren skulle förfoga över annans kapacitet när kontraktet skulle fullgöras. Vad Unilabs anfört om att SLL är KUL

förändrar inte denna bedömning. Kravet är vidare tydligt och transparent. I förvaltningsrättens mening står kravet i proportion till det behov som ska täckas av upphandlingen. Kravet måste vidare anses vara adekvat och relevant och inte gå utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud. Enligt förvaltningsrättens mening skulle det därmed inte stå i strid med proportionalitetsprincipen att upprätthålla kravet.

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (se EU-domstolens avgörande mål C-243/89 Europeiska gemenskapernas kommission mot Danmark, särskilt punkten 37). Om den upphandlande myndigheten under upphandlingens gång överväger att avvika från ett obligatoriskt krav har myndigheten att bedöma om en avvikelse är möjlig i förhållande till de allmänna principerna, främst principen om likabehandling (jfr HFD 2016 ref. 37).

Förvaltningsrätten finner mot beaktande av ovanstående att SLL agerat i strid med den grundläggande principen om likabehandling i 1 kap. 9 § LOU när ett anbud som inte uppfyllde ett ställt obligatoriskt krav kvalificerades vidare till utvärdering.

Huruvida Dr Furst lidit skada

Unilabs har gjort gällande att Dr Furst inte kan anses skadelidande då Dr Fursts anbud inte uppfyller obligatoriska krav i upphandlingen avseende styrkande av tillräcklig ekonomisk och finansiell ställning och därmed inte borde ha kvalificerats till utvärdering. Därtill anser Unilabs att anbudet innehåller en otillåten reservation. Förvaltningsrätten anser att Unilabs i sin ställning som motpart endast kan ange sin inställning vad gäller de av Dr Furst anförda bristerna i Unilabs anbud. I denna del kan vad Unilabs anfört

inte ses som en del av argumentationen mot uppgifterna i ansökan varför förvaltningsrätten inte prövar invändningen om att Dr Furst inte har lidit skada på grund av brister i Dr Fursts anbud (jfr HFD 2013 ref. 24). Förvaltningsrätten har ovan funnit att SLL agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att inte förkasta Unilabs anbud trots att det inte uppfyllde ett obligatoriskt krav. Dr Furst har för upphandlingsobjekten 1: Västra länet och 3: Sydvästra länet inklusive Södermalm rangordnats direkt efter Unilabs och har därmed för dessa upphandlingsobjekt lidit skada. Det föreligger därmed grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU avseende upphandlingsobjekt 1 och 3.

Val av ingripande

Förvaltningsrätten har för det fall det finns skäl för ingripande enligt LOU att välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas, oavsett hur leverantörens yrkande har utformats (jfr RÅ 2005 ref. 47). En förutsättning för att endast den mindre ingripande åtgärden rättelse ska kunna väljas är att det fel som förekommit inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede (jfr HFD 2016 ref. 37).

Av vad som framförts i målet har inte annat framkommit än att SLL gjort en prövning av Unilabs anbud utifrån innehållet i offentliggjort förfrågningsunderlag. Det har med andra ord i målet inte framkommit att SLL medvetet valt att förändra innehållet i aktuellt krav för att tillåta annat än det obligatoriska kravet. Det aktuella felet avser således brister i SLL:s kvalificering av anbudet vid den enskilda tillämpningen av det publicerade kravet ifråga. Eftersom bristen därmed inte kan anses ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen finner förvaltningsrätten att det är tillräckligt att upphandlingen rättas avseende upphandlingsobjekt 1: Västra länet och 3: Sydvästra länet inklusive Södermalm på så sätt att anbudsutvärderingen görs om utan beaktande av Unilabs anbud.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner att SLL, genom att utvärdera anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen, har agerat i strid med likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Detta har medfört att Dr Furst har lidit skada avseende upphandlingsobjekt 1: Västra länet och 3: Sydvästra länet inklusive Södermalm. Det föreligger således skäl för att ingripa mot upphandlingen med stöd av 16 kap. 6 § LOU. Dr Fursts ansökan ska därför delvis bifallas på så sätt att upphandlingen avseende upphandlingsobjekt 1 och 3 får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom att SLL genomför en ny anbudsutvärdering utan beaktande av Unilabs anbud. Ansökan i den delen den avser ingripande i upphandlingen avseende upphandlingsobjekt 2: Innerstaden exklusive Södermalm ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Eva Pedersen

Rådman

Miriam Khelil har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelserna ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelserna kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. **I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att avtal inte får ingås, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet.** Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelserna med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen.
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet.
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd.
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta.
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

