



KLAGANDE

Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB (PWC)
113 97 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 6401
113 82 Stockholm

KONKURRENSVERKET	
2011-05-18	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 30 mars 2011 i mål nr 4252-11,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU);
nu fråga om avskrivning

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avskriver målet.

YRKANDEN M.M.

PWC har i skrivelse inkommen till kammarrätten den 27 april 2011 överklagat förvaltningsrättens dom och yrkat i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

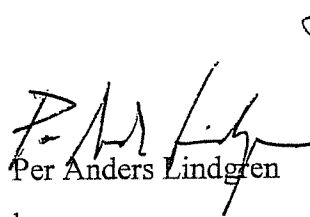
Stockholms läns landsting har den 5 maj 2011 per telefon och e-post till kammarrätten lämnat uppgift om att Stockholms läns landsting den 14 april 2011 tecknat avtal med andra leverantörer än PWC.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Av 16 kap. 10 § första stycket LOU framgår att när en förlängd avtalsspärr gäller enligt 9 §, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet. Av 16 kap. 13 § LOU framgår att överprövning av en upphandling inte får ske efter det att avtal har slutits mellan den upphandlande myndigheten och en leverantör.

Eftersom det har gått mer än tio dagar sedan förvaltningsrätten avgjorde målet och då avtal har slutits därefter är kammarrätten förhindrad att överpröva den aktuella upphandlingen. Målet ska därför avskrivas från fortsatt handläggning.

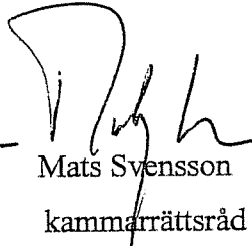
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Per Anders Lindgren

lagman

ordförande



Mats Svensson

kammarrättsråd

referent



Peter Hermansson

assessor



Alexandra Wingmark

föredragande



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM
2011-03-30
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
4252-11
Enhet 17

Bilaga A

SÖKANDE

Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB (PWC)
113 97 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 6401
113 82 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 111813

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

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (landstinget) genomför en upphandling avseende konsulttjänster inom hälso- och sjukvårdsområdet, LS 1010-0824 SLL1656. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU. Upphandlingen omfattar tre delområden och anbudsgivarna kan lämna anbud inom ett eller flera delområden. Delområdena är

- utredningar, analyser och patientlogistik inom hälso- och sjukvårdsområdet
- uppföljning, utvärdering, beställarrevisorer samt medicinska revisioner
- hälsa ur ett ekonomiskt perspektiv/hälsoekonomi

Landstinget har i tilldelningsbeslut den 17 februari 2011 beslutat att teckna kontrakt med andra leverantörer än Öhrlings PricewaterhouseCoopers AB (bolaget).

Förvaltningsrätten har i beslut av den 25 februari 2011 avvisat bolagets yrkande om interimistiskt förordnande med motiveringen att bolaget genom sin ansökan om överprövning uppnått effekten att en förlängd avtalsspärr automatiskt har inträtt.

YRKANDEN M.M.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen rättas så att bolagets anbud prövas och i andra hand att upphandlingen görs om.

Till stöd för sin talan anför **bolaget** i huvudsak följande. Landstinget har brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principen om proportionalitet. Bolaget har därigenom lidit skada. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande trots att föremålet för upphandlingen är konsulttjänster inom hälso- och sjukvård. Tjänster

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

inom hälso- och sjukvård utgör s.k. B-tjänster, vilka oavsett värde styrs av bestämmelserna i 15 kap. LOU. I det kapitlet finns ingen bestämmelse som motsvarar bestämmelserna om bevis på den ekonomiska ställningen och teknisk och yrkesmässig kapacitet i 11 kap. samma lag. Av förfrågningsunderlaget ska det framgå om ett anbud kan komma att antas utan föregående förhandling.

Enligt förfrågningsunderlaget skall anbudsgivaren i bilaga 2 till anbudsinvitan, prisbilaga, för vart och ett av delområdena ange pris för konsultnivå 4 i ett vitt fält, vilket ska utgöra grunden för prissättningen även för övriga, lägre konsultnivåer. Bolaget har av misstag kommit att fylla i priser även för konsultnivåerna 2 och 3. Orsaken till att bolaget fyllt i även dessa kolumner är att den elektroniska prisbilagan i ett tidigare skede använts för intern kalkylering. Priserna för nivåerna 2 och 3 fylldes dessutom felaktigt i med samma belopp som konsultnivå 4 för samtliga delområden. Landstinget har inte sett till att den utrustning som använts i upphandlingen för att elektroniskt ta emot anbud på ett säkert sätt fungerat på ett tillfredsställande sätt. Ett enkelt sätt att säkerställa att anbud kan lämnas på ett säkert sätt är att skrivskydda sådana dokument som ska lämnas in i sådana delar som inte ska ändras. Underlåtenheten från landstingets sida att göra detta har medfört skada för bolaget. Motsvarande dokument i andra av landstingets upphandlingar har varit skrivskyddade. Landstinget borde ha uppmärksammat bolaget på att anbudet innehöll ett uppenbart fel och låtit bolaget vidta rättelse. Att som landstinget inte göra detta strider mot de gemenskapsrättsliga principerna och kravet på affärsmässighet vid upphandlingar. Om landstinget prövat bolagets anbud i sak hade det varit lika konkurrenskraftigt som de vinnande anbuden.

Landstinget bestrider yrkandena och genmäler bl.a. följande.

Upphandlingen avser inte rena hälso- och sjukvårdstjänster och ska inte sammanblandas med bemanningstjänster. Tjänsterna ska snarare liknas vid

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM

DOM

Allmänna avdelningen

de tjänster som managementkonsulter tillhandahåller och utgör därför A-tjänster. 15 kap. LOU är således inte tillämpligt på den aktuella upphandlingen. Landstingets val av förfarande är korrekt. Enligt anbudsinvändningen skulle anbud lämnas skriftligen. Det är alltså inte fråga om en e-upphandling, varför bolagets påstående om brister i landstingets utrustning är svårförståeligt och synes sakna relevans. Det framgick tydligt av instruktionerna till prisbilagan att endast det vita fältet skulle fyllas i. Övriga anbudsgivare har fyllt i prisbilagan korrekt. Att bolaget inte läst instruktionerna och därmed inte fyllt i prisbilagan så att skall-kraven uppfylls, kan inte anses vara ett uppenbart skrivfel. Landstinget har inte någon skyldighet att kontakta anbudsgivare i vars anbud fel har upptäckts. Rättelser får endast ske om diskriminering av övriga anbudsgivare inte kan uppkomma. Särskild försiktighet är påkallad när det som i denna situation handlar om ett skall-krav.

Bolaget gemämler och anför i huvudsak följande. De krav som ställs på leverantörerna i upphandlingen är bl.a. att de ska ha goda kunskaper om hälso- och sjukvårdens organisation, inom landstinget dess struktur och verksamheter som en del av ett samhällsperspektiv. De ska vidare ha goda kunskaper om vård samband inom hälso- och sjukvård samt goda kunskaper om nationella beskrivningssystem. Konsulter som utför beställarrevisorer och medicinska revisioner ska ha den medicinska kompetens som utredningen kräver, exempelvis legitimerad läkare med adekvat specialistkompetens eller annan legitimerad personal beroende på uppdragets art. Beskrivningen av efterfrågade tjänster och kraven på konsulterna är till övervägande del av den art som inte ryms inom kategorin A-tjänster. Det är inte fråga om organisationskonsulttjänster eller s.k. managementtjänster. Landstinget har de facto accepterat invändningen om den ej fungerande säkra utrustningen för kommunikation med elektroniska medel eftersom landstinget skrivskyddat motsvarande prisbilagor i en senare upphandling. Felet i bolagets anbud är att anse som

ett uppenbart fel och då det är fråga om sådana fel prövas inte om rättelsen kan ske utan särbehandling eller konkurrensbegränsning. Tvärtom är det risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning om en anbudsgivare inte tillåts rätta ett uppenbart fel.

DOMSKÄL

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande myndigheter ska 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.

I 16 kap. 5 § samma lag stadgas att 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 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.

Val av upphandlingsförfarande

Europeiska kommissionen har tagit fram en s.k. CPV-nomenklatur för varor, tjänster och byggentreprenader (prop. 2009/10:180 s.92-93).

I 2 kap. 5 § LOU stadgas att med CPV-nomenklaturen avses den gemensamma terminologi vid offentlig upphandling som antagits genom Europaparlamentets och rådets förordning (EG) nr 2195/2002 av den 5 november 2002 om gemensam terminologi vid offentlig upphandling (CPV), ändrad genom kommissionens förordning (EG) nr 2151/2003.

Den 15 september trädde en förordning (213/2008/EC) i kraft som innehåller nya omarbetade CPV-koder.

Av förarbetena till LOU i sin tillämpliga lydelse framgår bl.a. att vid upphandling är tjänster kategoriserade som s.k. A- eller B-tjänster. Till A-tjänster räknas sådana tjänster som traditionellt sett ansetts lämpa sig väl

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

för gränsöverskridande handel, exempelvis landtransporter, datatjänster, revision och fastighetsförvaltning. B-tjänster är sådana tjänster som unionslagstiftaren a priori betraktat som mindre väl lämpade för gränsöverskridande handel. Vilka tjänster som är B-tjänster framgår av bilaga 3 till LOU och LUF. Uppräkningen i bilagan innehåller exempelvis hotell och restaurangtjänster, järnvägstransport, sjötransport, hjälptjänster och tjänster i anslutning till transporter samt juridiska tjänster (...)
Upphandling av B-tjänster, oavsett värde ska ske enligt 15 kap. LOU och LUF (prop. 2009/10:180 s.92-93).

Bolaget har anfört att tjänsterna i upphandlingen är s.k. Hälso- och sjukvårdstjänster som utgör B-tjänster enligt CPV-nomenklaturen. Enligt nomenklaturen utgörs dock denna tjänstekategori av tjänster med tydlig koppling till kärnverksamheten hälso- och sjukvård. Nomenklaturen för kategorin Hälso- och sjukvårdstjänster innefattar cirka 100 olika typer av tjänster. Förutom tjänster av rent medicinsk art (exempelvis kirurgisk sjukhusvård, tandläkarvård och mentalvård på sjukhus) sorteras en rad andra tjänster med klar anknytning till hälso- och sjukvård in i denna kategori (exempelvis rådgivning tillhandahållen av sjuksköterskor, farmaceutiska tjänster och familjeplanering).

Landstinget menar att tjänsterna som är aktuella i upphandlingen inte är att betrakta som hälso- och sjukvårdstjänster utan snarare liknar dem som managementkonsulter tillhandahåller. Managementtjänster sorteras i CPV-nomenklaturen under rubriken Organisationskonsulttjänster, vilka utgör A-tjänster. I denna kategori av tjänster återfinns även tjänster som utvecklingsrådgivning, utvärderingskonsulttjänster, företags- och organisationsrådgivning och allmän organisationsrådgivning.

Mot bakgrund av utredningen i målet finner förvaltningsrätten att de tjänster som omfattas av upphandlingen i vart fall till övervägande del måste anses utgöra sådana konsulttjänster som enligt CPV-nomenklaturen

sorterar under rubriken Organisationskonsulttjänster. Då dessa utgör A-tjänster har landstinget haft möjlighet att tillämpa ett öppet förfarande i upphandlingen på så sätt som skett. Ett öppet förfarande enligt LOU medger inte förhandling, vilket också framgår av förfrågningsunderlaget.

Utrustning för kommunikation med elektroniska medel

Av punkt 1.10. "Anbudspriser" i upphandlingens förfrågningsunderlag framgår bl.a. följande. Priser ska ifyllas i bilaga 2. Av sagda bilaga 2, Prisbilaga, framgår för respektive delområde ordagrant följande.

- Lämnat pris för konsultnivå 4, vitt fält nedan, ska utgöra grunden för prissättningen (100 %) och ska fyllas i av anbudsgivaren.
- Pris för konsultnivå 2 ska vara 75 % av lämnat pris för konsultnivå 4 – denna kolumn ska inte fyllas i, summan kommer upp automatiskt
- Pris för konsultnivå 3 ska vara 85 % av lämnat pris för konsultnivå 4 – denna kolumn ska inte fyllas i, summan kommer upp automatiskt

Det får enligt förvaltningsrättens bedömning anses falla på anbudsgivarens eget ansvar att säkerställa att instruktionerna i förfrågningsunderlaget följs. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget i upphandlingen är klart formulerat avseende prisangivelser och att de omständigheter som bolaget redovisat som skäl till varför kolumnerna utfyllts felaktigt, trots den tydliga instruktionen, inte kan läggas landstinget till last. De uppställda kraven i förfrågningsunderlaget framstår vidare enligt förvaltningsrättens bedömning inte som oproportionerliga.

Rättelse

Av 9 kap 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

Bolaget har anfört att de tre felaktigt utfyllda formulären i prisbilagan är att anse som uppenbara fel.

Förutsättningarna för att som upphandlande myndighet medge rättelse av ett inlämnat anbud är begränsade och förutsätter att felet, felräkningen eller felskrivningen framstår som *uppenbar*. Ordet *uppenbar* torde förutsätta att den upphandlande enheten insett eller borde ha insett att det föreligger en form av misstag. En rättelse får inte ske om det innebär ett kringgående av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna för upphandling om bl.a. likabehandling.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har bolagets anbud inte innehållit en sådan *uppenbar* felräkning eller felskrivning som motiverar en justering av prissättningen på ett flertal produkter. Härvid har förvaltningsrätten särskilt beaktat att en korrekt ifylld prisbilaga utgör ett skall-krav enligt punkt 1.10. i upphandlingens förfrågningsunderlag.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att landstinget i upphandlingen inte agerat på ett sådant sätt att det varit i strid med de gemenskapsrättsliga principerna i LOU. Landstinget har således haft stöd för att förkasta bolagets anbud på grundval av att bolaget inte lämnat in korrekt ifyllda prisbilagor som var ett skall-krav i annonsen om upphandlingen.

Ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1A LOU).



Maria Ek Oldsjö
Rådman

Föredragande i målet har varit Karin Thormann.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

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

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

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster 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 upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

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