



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 31

DOM
2018-07-03
Meddelad i Stockholm

Mål nr
23148-17

SÖKANDE

Carballos Klinik AB, 556669-8857
Vattentubsgatan 6
553 38 Jönköping

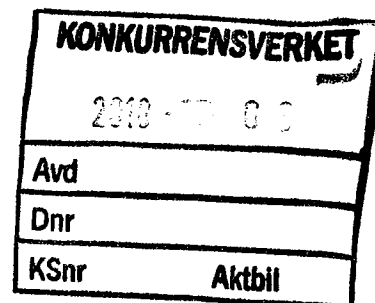
MOTPART

Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

Ombud: Landstingsjuristen Pär Kramming
Adress som ovan

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 974299

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling benämnd Upphandling av specialiserad kirurgi i öppenvård i Stockholms län, HSN 2017-0619. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen har för avsikt att anta anbud från GHP Kirurgikliniken Stockholm AB, GHP Stockholm Gastro Center AB och Aleris Sjukvård AB.

Carballos Klinik AB (Carballos) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att SLL ska genomföra en ny anbudsutvärdering utan beaktande av anbud från GHP Stockholm Gastro Center AB och Aleris Diagnostik AB. I andra hand yrkar Carballos att upphandlingen ska göras om. Carballos anför i huvudsak följande.

Upphandlingen strider mot de principer och de intentioner som den upphandlande myndigheten ställt upp för hur anbudsgivarna ska agera. Vissa av anbudsgivarna har därtill gjort sig skyldiga till så kallad osund koncernstrategisk anbudsgivning. I det här specifika fallet har det resulterat i en form av falsk valmöjlighet. Av begärda anbudsdokument framkommer tydligt att GHP Kirurgikliniken Stockholm AB och GHP Stockholm Gastrocenter AB ämnar utföra två av tre uppdrag under ett och samma tak, förmodligen med samma personal då dessa företag tillhör samma koncernstruktur. Det medför att GHP har möjlighet att ta emot uppdrag på olika sätt och kan på så vis få olika ersättning. Det är möjligt att GHP:s lägsta anbud inte marknadsförs och på så sätt inte blir ett möjligt val. Då kommer aldrig den lägst upphandlade summan vara den som betalas ut. Syftet med att anta tre anbud var enligt den upphandlande myndigheten valfrihet för patienterna, benchmarking och säkerhet om produktion trots eventuell avveckling. Patientens val skulle vara styrande. Det innebär att

upphandlingens utgång inte blev som det var tänkt. Carballos ifrågasätter utformningen av upphandlingen då den inte tycks överensstämma med den upphandlande myndighetens bakomliggande intention.

SLL har i upphandlingen använt den möjlighet som ges enligt 4 kap. 15 § andra stycket LOU att begränsa delkontrakt i en upphandling som kan tilldelas en och samma leverantör. Detta får i och för antas vara otvistigt i målet och framgår bl.a. av lämnat svar på fråga 1 inom ramen för Frågor och svar under anbudstiden. Carballos anser att det är oförenligt med såväl likabehandlingsprincipen som den upphandlingsjuridiska konkurrensprincipen att, vid tillämpningen av en begränsning av det antal delkontrakt som kan vinnas av en och samma leverantör, tillåta att olika leverantörer som kontrolleras av en gemensam ägare tilldelas fler delkontrakt än det antal som följer av begränsningen.

Enligt Carballos innebär likabehandlingsprincipen och konkurrensprincipen i dessa fall – dvs. vid tillämpningen av 4 kap. 15 § LOU – att maximalt ett delkontrakt kan tilldelas leverantörer som ingår i samma företagsgrupp. Utan en sådan ordning kan stora företagsgrupper enkelt kringgå den föreskrivna delkontraktsbegränsningen på ett sätt som mindre företag som Carballos saknar möjlighet till. En sådan effekt vore direkt stridande mot ändamålet med 4 kap. 15 § andra stycket LOU, nämligen att ge små och medelstora företag bättre möjligheter att konkurrera med stora företag i en enskild upphandling.

Det konkurrensrättsliga företagsbegreppet vilar på den så kallad ekonomiska enhetens princip. Denna grundsats innebär att olika juridiska personer, som kontrolleras av en och samma ägare, betraktas som ett företag i konkurrensrättslig mening. Konkurrensrättens regler är således inte tillämpliga på ageranden (samarbeten, samgåenden/koncentrationer etc.) inom en och samma ekonomiska enhet.

Det är Carballos uppfattning att bestämmelsen i 4 kap. 15 § andra stycket LOU, sedd i ljuset av likabehandlingsprincipen och bestämmelsens särskilda ändamål, rätteligen ska tillämpas på ett sätt som innebär att begreppet ”en och samma leverantör” följer den ekonomiska enhetens princip. Följden härav är att leverantörer inom en och samma ekonomiska enhet är förhindrade att vinna fler kontrakt än det antal som den upphandlande myndigheten har bestämt per leverantör.

Av upphandlingsrapporten framgår att de fyra anbud som har lägst utvärderingspriser är två ur GHP-gruppen (position 1–2) respektive två tillhörande Aleris-gruppen (position 3–4). GHP-företagen ingår i samma ekonomiska enhet, eftersom de indirekt ägs av GHP Internation AB. Aleris-företagen ingår i samma ekonomiska enhet, eftersom de indirekt ägs av Aleris Holding AB. Carballos har enligt upphandlingsrapporten lämnat det femte bästa anbudet i upphandlingen.

Vid en korrekt tillämpning av 4 kap. 15 § andra stycket LOU – innebärande att delkontraktbegränsningen likabehandlar samtliga *företag* i upphandlingen – ska Carballos tilldelas ett av de tre aktuella kontrakten. Det föreligger därför förutsättningar för att besluta om begärd rättelse. Det finns såvitt känt ingen rättspraxis från svenska förvaltningsdomstolar eller EU-domstolen om tillämpningen av 4 kap. 15 § andra stycket LOU i nu aktuellt avseende. Carballos rättsliga grund för angiven ståndpunkt om hur bestämmelsen rätteligen ska tillämpas är likabehandlingsprincipen och den upphandlingsrättsliga konkurrensprincipen. Att särbehandla stora företagsgrupper på mindre företags bekostnad när regleringens syfte är det rakt motsatta är oförenligt med likabehandlingsprincipen och innebär ett otillbörligt snedvridande av konkurrensförutsättningarna mellan företag i ekonomiskt likvärdiga situationer enbart på grundval av företagens juridiska organisationsstruktur.

SLL bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Carballos synes göra gällande att SLL åsidosatt konkurrensprincipen genom att inte förbjuda att separata bolag inom samma koncern lämnar anbud. Detta är inkorrekt. Av konkurrensprincipen följer att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta från LOU:s tillämpningsområde eller i syfte att begränsa konkurrensen på ett otillbörligt sätt. SLL har delat upp upphandlingen i tre objekt delvis i syfte att tillvarata konkurrensen på marknaden och möjliggöra för små och medelstora företag att lämna anbud. Att SLL inte förbjudit att anbud inkommer från olika bolag inom samma koncern innebär inte att konkurrensprincipen åsidosatts. För fullständighets skull kan tilläggas att en upphandlande myndighet inte kan förbjuda att separata bolag lämnar anbud av den anledningen att de ingår i samma koncern. SLL bestrider att anbuden från Kirurgikliniken och Gastrocenter utgör osund strategisk anbudsgivning.

Det bör i sammanhanget framhållas att LOU inte innehåller någon bestämmelse som hindrar att en anbudsgivare ägnar sig åt osund strategisk anbudsgivning. I den mån Kirurgikliniken och Gastrocenters anbud skulle betraktas som klandervärda är det alltså inte utifrån sådana upphandlingsrättsliga utgångspunkter som föranleder ingripande enligt 20 kap. LOU.

SLL bestrider att upphandlingen ska ha lett till oönskade resultat. Upphandlingen har delats upp i tre separata, identiska objekt där endast en anbudsgivare tilldelas kontrakt per objekt. Uppdelning av kontrakt i separata objekt sker i syfte att i största möjliga mån ta tillvara på konkurrensen på marknaden och underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingsprocessen.

Att SLL ytterligare angivit att syftet med att dela upp kontraktet i separata objekt är något annat än att få in så många anbud som möjligt från bolag inom samma koncern innebär inte att flera bolag inom samma koncern inte

får lämna anbud. Det finns således inget motsatsförhållande i den omständighet att två separata anbudsgivare som ingår i samma koncern tilldelats varsitt kontrakt och den omständighet att SLL klargjort att syftet med tilldelning i separata objekt är något annat än att få in så många anbud som möjligt från bolag inom samma koncern.

Utvärderingskriteriet i upphandlingen var pris. De kvalificerade anbudsgivare som inkom med lägst pris tilldelas kontrakt. Det är ostridigt att bolagens anbud var lägst och att bolagen uppfyllt kvalificeringskraven. Upphandlingen har således lett till önskat resultat. Caballo har inte anfört några grunder som kan medföra ingripande enligt 20 kap. LOU. Caballo har inte lidit eller riskerat att lida skada. SLL har handlat i enlighet med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och övriga bestämmelser i LOU. Skäl för ingripande enligt LOU saknas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Vidare anges i 4 kap. 2 § LOU att en upphandling inte får utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och inte heller får utformas i syfte att begränsa konkurrens så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt.

I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan

bestämmelse i lagen 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.

Enligt 4 kap. 13 § LOU får en upphandlande myndighet besluta att ett kontrakt ska tilldelas i separata delar. Myndigheten får då också fastställa storleken på och föremålet för dessa delar.

I 4 kap. 15 § LOU anges att en upphandlande myndighet som enligt 13 § beslutar att ett kontrakt ska tilldelas i delar, ska bestämma om leverantörerna får lämna anbud på en, flera eller alla delar av kontraktet. Om anbud får lämnas på flera eller alla delar av ett kontrakt enligt första stycket, får myndigheten begränsa det antal delar av kontraktet som myndigheten kan komma att tilldela en och samma leverantör.

I förarbetena till LOU (prop. 2015/16:195 ss. 448–455) anges bl.a. följande. Ett av syftena med den omarbetning som har lett fram till 2014 års LOU-direktiv har varit att underlätta för små och medelstora företag att delta i upphandlingar. Den nya bestämmelsen i artikel 46 i LOU-direktivet om uppdelning av kontrakt i delar är ett uttryck för denna målsättning. Bestämmelserna i de nya direktiven och de föreslagna lagarna innebär alltså inte någon skyldighet för upphandlande myndigheter eller enheter att faktiskt dela upp kontrakt. Bestämmelserna syftar enbart till att uppmuntra upphandlande myndigheter och enheter att göra det. En upphandlande myndighet eller enhet kan, om anbud får lämnas på fler än en av det uppdelade kontraktets separata delar, begränsa antalet delar som kan tilldelas en och samma leverantör. Om myndigheten eller enheten väljer en sådan begränsning, ska det anges i något av upphandlingsdokumenten.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att upphandlingen strider mot likabehandlingsprincipen och konkurrensprincipen. Förvaltningsrätten har därmed att pröva om det på grundval av vad Carballos har anfört är visat att nämnden har brutit mot någon av principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och om detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. I upphandlingsdokumenten definieras anbudsgivare som den eller de juridiska personer som lämnar anbud i upphandlingen. Under rubriken *Tilldelning av kontrakt* anges att SLL kommer att teckna avtal med en anbudsgivare per objekt. Objekt A, objekt B och objekt C är identiska. En anbudsgivare kan bara antas för ett objekt.

Av Frågor och svar-underlaget framgår att SLL besvarat frågan om bolag inom samma koncern får lämna separata anbud i upphandlingen jakande. Syftet med att uppdelningen har delats in i flera objekt och med att en anbudsgivare endast kan antas för ett objekt är enligt SLL att säkerställa valfrihet för patienter samt att ge möjlighet till benchmarking mellan olika verksamheter. Vidare anger SLL att flera olika vårdgivare med samma uppdrag ger en säkerhet om verksamheten av något skäl skulle avvecklas och marknaden bibehålls samt att det, även om det är möjligt att lägga anbud i olika dotterbolag, inte är syftet med utformningen.

De aktuella bestämmelserna i LOU syftar till att underlätta för små och medelstora företag att konkurrera. Förvaltningsrätten konstaterar att SLL genom att dela upp upphandlingen i separata kontrakt har använt sig av en av de möjligheter som finns för att underlätta för mindre aktörer att konkurrera om kontrakten.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att de för prövningen relevanta bolagen är egna juridiska personer även om de ingår i koncerngemenskap. Förvaltningsrätten ser inget hinder enligt LOU mot att olika bolag inom en koncern lämnar separata anbud i en upphandling. Det framgår inte heller att SLL i upphandlingsdokumenten uppställt villkor om att endast tillåta ett anbud från en ekonomisk enhet. Förvaltningsrätten anser inte att det finns stöd för att SLL genom att acceptera anbud från bolag inom samma koncern har behandlat leverantörerna på ett icke likvärdigt sätt och därmed agerat i strid med likabehandlingsprincipen. Det finns inte heller stöd för att upphandlingen har utformats i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnats eller missgynnats på ett otillbörligt sätt. Carballos har därmed inte visat att SLL genom att anta anbud från bolag inom samma koncern har agerat i strid med konkurrensprincipen.

Eftersom Carballos inte har visat att upphandlingen strider mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU saknas grund för ingripande med stöd av lagen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Jens Andersson
Förvaltningsrättsfiskal

Sofie Engström har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.