

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2009-02-04
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23648-08
23649-08
23695-08
Rotel 227

SÖKANDE

1. Globen Heart AB, 556625-8488
Box 10001
121 26 Stockholm

Ombud: Anders Lindblom
Messor AB
Kungsgatan 24
261 31 Landskrona

2. Medical Support i Stockholm AB, 556503-6463
Box 5846
102 48 Stockholm

Ombud: Anders Lindblom
Messor AB
Kungsgatan 24
261 31 Landskrona

3. Capio S:t Görans Sjukhus AB, 556479-1456
112 81 Stockholm

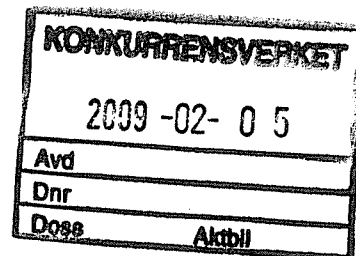
MOTPART

Stockholms läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 6401
113 82 Stockholm

Ombud: Paul Collins
Stockholms läns landsting
Juridiska enheten
Box 6401
113 82 Stockholm

SAKEN

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



Dok.Id 396299

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Globen Heart AB: s, Medical Support i Stockholm AB: s och Capio S:t Görans Sjukhus AB: s ansökan om överprövning enligt LOU och förordnar att Stockholms läns landstings upphandling av tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi i objekten (A), (B), (D) och (E) inte får avslutas förrän rättelse sker på så vis att Stockholms läns landsting

- genomför en ny anbudsprövning,
- varvid anbud från Gynekologkliniken i Stockholm AB utesluts från vidare utvärdering och
- att, vid fall nytt tilldelningsbeslut fattas, i enlighet med 5 kap. 5 § LOU, anbud från tre eller fler anbudsgivare antas om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) har genomfört en förenklad upphandling avseende tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi, SLL 1017. Upphandlingen har omfattat fem olika objekt,

- (A) Arbetsfysiologi/Hjärtdiagnostik,
- (B) Lungfunktionsdiagnostik/Blodanalyser,
- (C) Neurofysiologi,
- (D) Perifer cirkulationsdiagnostik och
- (E) Sömnapnéundersökningar.

Av tilldelningsbeslut från den 18 november 2008 (protokollsutdrag från Hälso- och sjukvårdsnämnden) framgår att SLL beslutat att anta bud från andra anbudsgivare än Capio S:t Görans Sjukhus AB (Capio) avseende upphandlingens alla fem objekt och att anta bud från andra anbudsgivare än Medical Support i Stockholm AB (Medical Support) och Globen Heart AB (Globen Heart) avseende objekten (A), (B), (D) och (E).

Avseende objekten (A), (B), (D) och (E) har två bud antagits och avseende objekt (C) har tre bud antagits.

YRKANDEN MED MERA

Capio ansöker om överprövning enligt LOU avseende de objekt där SLL beslutat att anta bud från Gynekologkliniken i Stockholm AB (Gynekologkliniken), det vill säga objekten (A) Arbetsfysiologi/Hjärtdiagnostik, (B) Lungfunktionsdiagnostik/Blodanalyser, (D) Perifer cirkulationsdiagnostik och (E) Sömnapnéundersökningar. Capio yrkar, som det får förstås, avseende dessa objekt att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att anbud från Gynekologkliniken skall förkastas.

Medical Support och Globen Heart ansöker om överprövning enligt LOU avseende de objekt där SLL beslutat att anta bud från andra anbuds-

givare, det vill säga objekten (A) Arbetsfysiologi/Hjärtdiagnostik, (B) Lungfunktionsdiagnostik/-Blodanalyser, (D) Perifer cirkulationsdiagnostik och (E) Sömnapnéundersökningar. Medical Support och Global Heart yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse skett på så sätt att anbud från Gynekologkliniken skall förkastas och att därvid tre leverantörer skall antas för vart och ett av de i upphandlingen angivna objekten. I andra hand yrkas att upphandlingen i dess helhet skall göras om.

Capio anför till stöd för sin talan bland annat följande.

Skall-krav

Enligt punkt 1.8.1 i förfrågningsunderlaget skall kontrolluppgift från Skatteverket, blankett SKV 4820, vara ifylld och vara högst tre månader gammal. Gynekologkliniken blankett är stämplad den 30 maj 2008 och är därmed äldre än tre månader.

Enligt punkt 1.8.3 angående krav på angivande av teknisk förmåga skall anbudsgivaren beskriva den tekniska kompetensen inom klinisk fysiologi. Gynekologkliniken har endast angivit att ”skall-kravet kommer att uppfyllas” och ingen ytterligare beskrivning har uppgivits.

Enligt punkt 2.1.2 angående kvalitetskrav skall detta krav vara uppfyllt till start av verksamheten den 1 juni 2009. Gynekologkliniken bedriver ingen verksamhet inom klinisk fysiologi idag och har aldrig gjort det. Baserat på Capios erfarenhet av att ha bedrivit ackrediterad verksamhet i tio år kommer det inte vara möjligt för Gynekologkliniken att uppfylla detta skall-krav den 1 juni 2009.

Enligt punkt 2.2.1 skall metodansvarig läkare inneha specialistkompetens inom klinisk fysiologi och Gynekologkliniken har angivit att ”skall-kravet kommer att vara uppfyllt” utan att ange någon specifik person.

Jäv

Enligt rapport daterad den 6 november 2008 från Landstingsstyrelsens förvaltning, SLL Upphandling, Upphandlingsenheten avseende ”upphandling av Tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi” anges en styr- och projektgrupp innehållandes representanter från Hälso- och sjukvårdsnämnden (HSN). I Gynekologkliniken anbud anges samma representanter som referenspersoner under punkt 1.8.3 sista stycket på efterfrågan om referenter om den tekniska förmågan och erfarenhet av nämnda tjänster. Detta är en jävssituation.

Information om överprövning eller överklagande

I informationsbrevet från Upphandlingsenheten om resultat anges ingenting om hur ett eventuellt överklagande av angivna beslut skall gå till. Ett beslut enligt LOU måste alltid innehålla information om hur ett överklagande går till.

Medical Support och Global Heart anför till stöd för sin talan bland annat följande.

Skall-krav

I punkt 1.8.1 angående intyg från myndigheter anges bland annat att blankett SKV 4820 skall vara ifylld av Skattemyndigheten och att intyget får vara högst tre månader gammalt. Det intyg på blankett SKV 4820 som inlämnats av Gynekologkliniken är daterat den 30 maj 2008. När anbudet skulle vara inlämnade, den 8 september 2008, var intyget således nio dagar för gammalt för att uppfylla skall-kravet.

I punkt 1.8.3 angående anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet anges att anbudsgivaren skall i anbudet övergripande beskriva företagets verksamhet, utbud, framtidsplaner och organisation och att anbudsgivaren skall ha erforderlig bemanning av personal för att klara uppdraget enligt kraven i kravspecifikationen. Gynekologkliniken uppger under denna punkt att bolaget startades för tio år sedan ”på uppdrag av Stockholms läns landsting”. Beskaffenheten av detta uppdrag är okänd för dem. Uppmärksamhet bör även fästas vid att SLL meddelat att egenregin inte deltar i upphandlingen. Det anges vidare i förfrågningsunderlaget att anbudsgivare som för närvarande ej har avtal med SLL gällande tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi skall i anbudet redovisa sin erfarenhet av ovan nämnda tjänster gällande hälso- och sjukvårdsverksamhet samt ange referensperson (namn och telefonnummer). Det naturliga – för att inte säga enda rimliga – syftet med detta skall-krav måste vara att beställaren skall försäkra sig om att anbudsgivare som inte redan har avtal med SLL faktiskt har erfarenhet inom området för de efterfrågade tjänsterna. Gynekologkliniken uppger i anbudsformuläret under denna punkt att de ”har ingen tidigare erfarenhet av att driva verksamhet inom klinisk fysiologi eller neurofysiologi”.

I punkt 2.1.1 angående allmänna kvalitetskrav anges att för den verksamhet som skall upphandlas gäller Socialstyrelsens föreskrifter om ledningssystem för kvalitet och patientsäkerhet i hälso- och sjukvården (SOFS 2005:12), föreskrifter om anmälningsskyldighet (SOFS 2005:28) samt Socialstyrelsens kungörelse (SOFS 2004:11) om läkares ansvar för remitterade patienter m.m. Gynekologkliniken uppger under denna punkt att man idag arbetar med ett internt kvalitetssäkringssystem, som måste förmodas i bästa fall vara anpassat till arbetet inom området gynekologi.

I punkt 2.1.2 angående kvalitetssäkring klinisk fysiologi anges att anbudsgivarens verksamhet skall vid avtalsstart vara ackrediterad för ISO 17025

av SWEDAC eller uppfylla samma krav genom certifiering enligt ISO 9001 kompletterad med granskning enligt ISO 17025 som visar att verksamheten också uppfyller kraven enligt ISO 17025- Ett krav vid certifiering enligt ISO 9001 är att det ackrediterade certifieringsorganet kan tillhandahålla bedömarkompetens enligt ISO 17025 och att bedömningar enligt ISO 17025 görs i samband med certifieringsrevisionen och de kommande uppföljningsrevisionerna. Gynekologkliniken uppger att ”ovanstående skall-krav accepteras och kommer att uppfyllas”. Det kan med säkerhet sägas att Gynekologkliniken, som enligt egen uppgift i anbudsformuläret helt saknar erfarenhet inom specialiseringen klinisk fysiologi, omöjlig i tid till avtalsstart kan uppnå ackreditering/certifiering enligt skall-kravet på kvalitetssäkring. Den föreskrivna kvalitetssäkringen skall grundas på iakttagelser/revision av en bedriven verksamhet och den tar avsevärd tid. Gynekologkliniken har inte förklarat hur verksamheten skall organiseras utan hänvisat endast till en enligt egen uppgift framgångsrik verksamhet inom gynekologi.

I punkt 2.2.1 angående kompetenskrav klinisk fysiologi anges att för verksamhet inom klinisk fysiologi skall metodansvarig läkare inneha specialistkompetens inom klinisk fysiologi. Bekräfta och redovisa. Kravet på bekräftelse och på redovisning måste betyda, för det första att anbudsgivaren skall förklara sig införstådd med kravet, för det andra att han skall redovisa hur kompetenskravet uppfylls, detta för att möjliggöra för beställaren att vid utvärderingen avgöra vilka anbudsgivare som kvalificerat sig genom att uppfylla angivna skall-krav. Gynekologkliniken har bekräftat med kryss i ja-rutan och redovisat med formuleringen att ”ovanstående skall-krav accepteras och kommer att uppfyllas”. Anbudet får på den här punkten förstås så att bolaget inte har någon metodansvarig läkare med specialistkompetens men avser att uppfylla skall-kravet och redovisa detta vid någon senare tidpunkt. Så som skall-kravet är utformat får detta inte

medges, eftersom det i anbudet inte lämnas någon redovisning över huvud taget.

Medical Support och Global Heart åberopar två avgöranden från EG-domstolen, Lionakis & Others mot Alexandroupolis & Others, C-532/06 och Holst Italia Spa mot Commune di Cagliari, C-176/98. EG-domstolen förklarar att en anbudsgivare får grunda sitt anbudsåtagande på kompetens, erfarenhet, kapacitet et cetera som inhämtas från tredje part, förutsatt att anbudsgivaren ifråga kan visa att han faktiskt förfogar över de externa resurser som han åberopar och behöver för att fullgöra sina åtaganden. Gynekologkliniken har inte på någon av de punkter i anbudsformuläret som avser kvalifikation/kompetens visat hur bolaget tillförsäkrat sig om de resurser som åtagandena enligt anbudet förutsätter utan på de mest avgörande frågorna svarat endast att skall-kravet kommer att uppfyllas. Det anförda innebär att Gynekologkliniken rätteligen borde ha uteslutits från deltagande i upphandlingens utvärderingsfas.

För få antagna leverantörer

Enligt 5 kap. 5 § LOU skall om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §§, dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet. Detta lagrum är tillämpligt i förevarande situation. Med ramavtal avses ett avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period. Oavsett benämningen på de avtal som upphandlingen syftar, i förevarande situation, till är de ramavtal till sin funktion. Avtalen innebär att leverantörerna inom ramen för avtalen åtar sig att mot reglerad ersättning, i huvudsak från SLL, utföra tjänster som det åligger SLL att ombesörja. SLL har i upphandlingen klargjort att ett tilldelat kontakt inte medför någon

garanti från SLL: s sida för faktiska transaktioner eller någon bestämd omsättning. Tjänsterna avropas istället direkt av den vårdsökande allmänheten, av privata vårdgivare med avtal om somatisk specialistvård och privata geriatriska vårdenheter. Att tjänsterna på så sätt avropas får anses ligga i sakens natur med hänsyn till det mycket stora antalet undersökningar som det erfarenhetsmässigt handlar om. Det nu sagda innebär att SLL bör anta minst tre kvalificerade leverantörer för vardera av de fem objekt som upphandlingen avser.

Övriga omständigheter

Utvärderingsmetoden lägsta pris är i princip avsedd att användas vid enkla upphandlingar av standardmässiga produkter när det endast är priset som varierar mellan anbudsgivarna (se till exempel Arrowsmith, S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, 2 uppl., s. 500f samt Hentzé, Sylvén, *Offentlig upphandling*, 2 uppl, s. 439). I detta fall har SLL, trots att det rör sig om komplexa tjänster med stora skillnader i kvalitet och utförande och med strikta yrkesetiska och disciplinära normer som styr den enskilde läkarens arbetsinsatser i de enskilda konsultationerna, valt att använda sig av utvärderingsmetoden lägsta pris. Detta är naturligtvis i sig betänkligt. Under sådana förhållanden måste det i vart fall ställas höga krav på att kravspecifikationen på de upphandlade tjänsterna är mycket detaljerade och tydligt utformade för att man skall kunna komma fram till vilket anbud som har det lägsta priset för de tjänster som faktiskt skall tillhandahållas under upphandlingen. Det kan enligt deras egen beräkning konstateras att Stockholm Heart Center AB på fyra av de fem objekten lämnat anbud som med endast 0,2 till 2,5 procents marginal tillförsäkrar bolaget en plats som en av två antagna leverantörer. Förfrågningsunderlaget/prisbilagan är alltför bristfälligt som prissättningsinstrument.

Till ansökan fogas bland annat en blankett benämnd SKV 4820 stämplad av Skatteverket den 30 maj 2008 avseende Gynekologkliniken.

Länsrätten beslutade den 27 november 2008 i mål nr 23648-08 och i mål nr 23649-08 att upphandlingen tills vidare inte fick avslutas.

SLL anför bland annat följande i två yttranden i anledning av ansökningarna från Medical Support, Globen Heart och Capio.

Skall-krav

Angående punkt 1.8.1 om intyg från myndigheter var SLL, på grund av en överprövning i den aktuella upphandlingen, tvungen att ändra tidsfristen för inlämnandet av anbudet från den 18 augusti 2008 till den 8 september 2008. En sådan ändring av tidsfristen i en upphandling kan givetvis föranleda besvär hos potentiella anbudsgivare. Detta verkar vara fallet för Gynekologkliniken, eftersom deras blankett SKV 4820 inlämnades som bilaga till anbudet och var daterat den 30 maj 2008. Blanketten var således över tre månader gammal. Det bör poängteras att blankett SKV 4820, som innehåller kontrolluppgifter från Skatteverket, är tillgänglig för allmänheten och i vissa upphandlingar beställs den direkt av SLL. I de fall ett anbud saknar en giltig blankett SKV 4820 kan SLL be om ett förtydligande från en anbudsgivare med stöd av 6 kap. 9 § ÄLOU. I aktuellt fall behövde SLL inte be om ett förtydligande eftersom Gynekologkliniken insåg deras förbiseende och tillhandahöll SLL en ny blankett som fogas till yttrandet. SLL anser inte att SLL har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att acceptera den nya blanketten under rådande omständigheter. Tvärtom är det enligt SLL: s mening oproportionerligt att utesluta en anbudsgivare på grund av att denna allmänt tillgängliga blankett som bifogas anbudet är för gammal.

Angående punkt 1.8.3 om anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet har Capio hävdad att Gynekologkliniken över huvud taget inte har redovisat någon teknisk förmåga eller kapacitet. SLL förstår inte Capios invändning eftersom Gynekologkliniken skrivit nästan en hel sida om deras bakgrund

och erfarenhet. Medical Support och Globen Heart har hävdats att syftet med skall-kravet är att kontrollera att anbudsgivaren har erfarenhet inom området. Detta är felaktigt. Innebörden av skall-kravet är inte att erfarenhet inom ett visst område erfordras men att anbudsgivaren redovisar sin erfarenhet. Detta gör Gynekologkliniken i deras anbud. Det vore dessutom oproportionerligt att kräva att anbudsgivarna redan har erfarenhet inom området. Ett sådant hanterande skulle även snedvrída konkurrens genom att det hindrar nya aktörer från att verka inom aktuell verksamhet (jfr dom från Kammarrätten i Göteborg i mål nr 1227-08).

Angående punkt 2.1.2 om kvalitetskrav klinisk fysiologi har påståtts att det skulle vara omöjligt för Gynekologkliniken att uppnå ackreditering/certifiering innan avtalsstart. I utvärderingen av anbudet i kvalificeringsfasen gjorde SLL:s medicinska rådgivare bedömningen att det, mot bakgrund av Gynekologklinikens fungerande befintliga kvalitets-säkringssystem, skulle vara fullt möjligt för Gynekologkliniken att ackreditera/certifiera sig i tid. Följaktligen uppfyllde Gynekologkliniken detta skall-krav.

Angående punkt 2.2.1 om kompetenskrav klinisk fysiologi har Gynekologkliniken bekräftat att skall-kravet accepterades och de redovisade att de kommer att ha metodansvarig läkare med specialistkompetens inom klinisk fysiologi vid avtalsstart. Gynekologkliniken uppfyllde därmed skall-kravet. Det skulle vara oproportionerligt och konkurrensbegränsande att redan vid anbudets inlämnande kräva att anbudsgivaren har denna erfarenhet. Ett sådant krav skulle utgöra ett oskäligt hinder för nya aktörer i branschen.

Jäv

Capio hävdar att det finns indikationer på att en jävssituation uppstår. SLL hittar inget stöd för detta påstående. I svar till punkt 1.8.3 uppger Gynekologkliniken namn på några referenspersoner inom Hälso- och sjuk-

vårdsnämndens förvaltning (HSNf). Ingen av dessa personer har suttit i vare sig styrgruppen eller projektgruppen för denna upphandling av klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi.

Information om överprövning eller överklagande

Det är allmänt vedertaget att förfrågningsunderlag kan vara utformade på många olika sätt under förutsättning att tillämpliga bestämmelser om offentlig upphandling och de gemenskapsrättsliga principerna inte träds för när.

Tillämplig lag för upphandlingen

Vid en tidigare överprövning av upphandlingen som avgjordes av Länsrätten i Stockholms län den 26 augusti 2008, mål nr 15041-08, övervägde länsrätten om den nya lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller den äldre lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, ÄLOU, var tillämplig lag för upphandlingen. Länsrätten fann att SLL felaktigt hade tillämpat ÄLOU, men ansåg dock inte att det fanns skäl att förordna att upphandlingen skulle göras om. I stället kunde SLL genomföra upphandlingen enligt punkt 1.5 i förfrågningsunderlaget som förenklad upphandling i enlighet med 6 kap. ÄLOU.

Antal antagna leverantörer per objekt

Av punkterna 1.6 och 1.7 i förfrågningsunderlaget framgår att avtal kan komma att tecknas med en eller flera anbudsgivare och att avtal kommer att tecknas med de två anbudsgivare som har lägst totalpris per objekt. Om den förväntade volymen per objekt inte täcks av de två anbudsgivarnas uppgivna kapacitet kan avtal komma att tecknas med fler anbudsgivare till dess att volymen täcks. Det är nivån på totalkostnaden som huvudsakligen styr möjligheten för att bli antagen. Därutöver är det anbudsgivarnas kapacitet i förhållande till behovet av tjänsterna som styr antalet antagna anbud. Mot bakgrund av att SLL har antagit endast två leverantörer i fyra

av de fem objekten för upphandlingen hänvisar Medical Support och Globen Heart till bestämmelserna i 5 kap. 5 § LOU som reglerar ramavtal som ingås med flera leverantörer och som stipulerar att dessa skall vara minst tre. SLL anser att detta saknar betydelse eftersom upphandlingen genomfördes under ÄLOU. SLL var dessutom bunden till det befintliga förfrågningsunderlaget inklusive punkterna 1.16 och 1.17. Att frånga dessa punkter skulle bryta mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om bland annat transparens, förutsebarhet och proportionalitet.

Övriga omständigheter

Påståendet att förfrågningsunderlaget skulle brista i tydlighet vad avser prisbilaga och prissättningsinstrumentet är svårförståeligt och delas varken av SLL: s referensgrupp eller av länsrätten i dom med mål nr 15041-08 (s. 14). SLL vidhåller att uppdelningen av undersökningar i förfrågningsunderlaget under olika diagnosrubriker är lämplig. Det finns inte någon standardspecificering för de aktuella sjukvårdstjänsterna. SLL valde, tillsammans med referensgruppen och HSNf, att objekten skulle presenteras nedbrutna till entydiga delmoment i prisbilagan till förfrågningsunderlaget. Eventuella oklarheter som fanns exempelvis specificering av vissa åtgärder har hanterats av SLL genom att det tillhandahölls tre detaljerade FRÅGOR OCH SVAR-dokument. Dessa skickades till samtliga anbudsgivare.

Till yttrandet fogas en blankett benämnd SKV 4820 stämplad av Skatteverket den 9 september 2008 avseende Gynekologkliniken och ankomststämplad till SLL den 15 september 2008.

Efter yrkande av SLL att länsrätten skulle upphäva de interimistiska besluten från den 27 november 2008 har länsrätten den 8 december 2008 beslutat att avslå detta yrkande.

Medical Support och Globen Heart har till länsrätten inkommit med en skrivelse undertecknad av professor och överläkare Eva Nylander från den 24 november 2008 av vilken framgår bland annat följande. Kritik riktas mot delar av förfrågningsunderlaget, där Eva Nylander funnit detta otillräckligt eller oprecist. Professor Eva Nylander uttalar bland annat följande.

I punkt 2.3.1 borde SLL, utöver att ställa krav på att metod för validering och uppföljning skall anges, även exempelvis efterfråga beskrivning av metoden.

I punkt 2.3.2 stipuleras att leverantören skall vid driftsstart för sitt valideringsarbete kunna uppvisa skriftligt avtal/överenskommelse med kärllirurgisk klinik, thoraxklinik och kardiologisk klinik. Omfattningen av en sådan överenskommelse och därmed av själva valideringsarbetet framgår dock inte och här ges utrymme för stor spridning i ambitionsnivå och omfattning.

I punkt 2.6 anges att leverantören skall tillhandahålla kvalificerad handledning för ST-läkare och vårddyrkesstuderande i en omfattning som SLL kan precisera under avtalsperioden. Denna punkt kan kritiseras med rätta då utbildning förlänger undersökningstid och kostar resurser.

Capio anför bland annat följande.

Skall-krav

I punkt 1.8.1 anges att blankett SKV 4820 skall bifogas, detta som ett skall-krav.

I punkt 1.8.3 angående anbudsgivarnas tekniska förmåga och kapacitet står det i sista stycket att anbudsgivare som för närvarande ej har avtal med SLL gällande tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi

skall i anbudet redovisa sin erfarenhet av nämnda tjänster gällande hälso- och sjukvårdsverksamhet samt ange referensperson. I Gynekologklinikens anbud beskrivs inte eller lyfts inte fram något om erfarenhet av nämnda tjänster, samt ej heller någon anställd medarbetare med efterfrågad kompetens. Att Gynekologkliniken hävdar att efterfrågad kompetens kommer att finnas vid avtalsstart är inte ett uppfyllande av detta skall-krav.

Angående punkt 2.1.2 om kvalitetskrav klinisk fysiologi är arbetet med att ackreditera en verksamhet enligt tekniska chefen Roland Jonsson på SWEDAC ett omfattande arbete. Varje metod som skall ackrediteras skall vara validerad innan man får använda den. Hela organisationen måste finnas på plats och vara funktionell. Normalt sett ackrediteras ett laboratorium som har verksamheten i gång. Dock finns undantag i form av speciella provningslaboratorier där man ackrediterar verksamheten innan start, vilket normalt sett ej brukar gälla klinisk fysiologi.

Till yttrandet fogar Capio en skrivelse från SWEDAC där SWEDAC kommenterar punkt 2.1.1 om kvalitetskrav klinisk fysiologi i förfrågningsunderlaget enligt följande. Ackreditering innebär en kompetensprövning av organ som utför någon form av bedömning av överensstämmelse, till exempel laboratorier och certifieringsorgan. Dessa organ kompetensbedöms mot internationella standarder kompletterat med eventuella föreskrifter eller andra krav för att utföra en specifik uppgift. Laboratorier kompetensprövas mot ackrediteringsstandarden ISO/IEC 17021. Standarden ISO/IEC 17025 är således en standard för ackreditering av laboratorier. Den kan inte tillämpas för certifiering. En certifiering enligt standarden ISO 9001 kompletterad med en ”granskning” mot kraven i ISO/IEC 17025 är inte jämförbar med ackreditering. Det har bedömts som viktigt att klargöra gränserna mellan certifiering och ackreditering i detta fall. Av riktlinjer som utfärdats av den internationella samarbetsorganisationen för ackreditering, IAF, följer att ackrediteringsorgan för-

väntas återkalla ackrediteringen för ett certifieringsorgan som bedömer mot ISO/IEC 17025. Denna resolution fogas till skrivelsen.

Medical Support och Globen Heart anför bland annat följande.

Antalet antagna leverantörer och tillämplig lag

Som SLL anför fann länsrätten i mål nr 15041-08 att SLL i den upphandling som nu är i fråga felaktigt tillämpar ÄLOU. I domen fann länsrätten att det saknades tillräckliga skäl att på denna grund ingripa mot upphandlingen. SLL tycks uppfatta länsrättens domskäl på så sätt att ÄLOU skall gälla för upphandlingen. Detta är uppenbart felaktigt. LOU är en tvingande lagstiftning och baseras på likaledes tvingande och direkt tillämpliga regler i EG-direktiv. Det finns varken skäl eller laglig möjlighet att göra undantag från att tillämpa den tvingande lagstiftningen. Vad länsrätten uttalade var att ÄLOU inte skall gälla för upphandlingen, men att SLL: s felgrepp härvidlag inte, vid det aktuella tillfället, syntes motivera ett ingripande enligt ÄLOU eller LOU, eftersom det inte visats att klaganden lidit skada på grund av den felaktiga tillämpningen av ÄLOU. Nu framför SLL uppfattningen att bestämmelsen i den obestriddigen för upphandlingen gällande 5 kap. 5 § LOU inte behöver iakttas. Medical Support anförde i mål nr 15041-08 att det vid eventuell framtida oenighet parterna emellan inte får råda några oklarheter i fråga om vilken lag som skall tillämpas. Det visar sig nu att valet av lagtillämpning är en fråga av högst avgörande betydelse genom att reglerna om ramavtal tydliggjorts med kodifiering i 5 kap, 5 § LOU. Betydelsen härav framgår av att utvärderingen och kontraktstilldelningen i upphandlingen utfaller på ett helt annat sätt om 5 kap. 5 § LOU tillämpas och minst tre anbudsgivare antas. Hade SLL tillämpat rätt lagstiftning skulle Medical Support och Globen Heart ha antagits som leverantör även för objekt (A), (B), (D) och (E). De har således lidit skada på grund av SLL: s underlåtenhet att efterleva gällande lagstiftning. SLL hade, utan att frångå punkt 1.17 i förfrågningsunderlaget

kunnat anta tre kvalificerade anbudsgivare så som föreskrivs i 5 kap. 5 § LOU. Om antalet anbud utökas utöver två, oaktat att två leverantörer tycks vara en inriktning, får det motiveras av anbudsgivarnas angivna volymer/uppgivna kapacitet. Vid beaktande av att SLL som beställare inte förbinder sig till några volymer alls gentemot anbudsgivarna, framstår denna i förväg uppställda begränsning av antalet antagna anbudsgivare med hänvisning till anbudsgivarnas uppgivna kapacitet som omotiverad från konkurrenssynpunkt, förutom att den strider mot 5 kap. 5 § LOU.

Skall-krav

Angående punkt 1.8.1 om intyg från myndigheter innefattar skall-kravet i förfrågningsunderlaget att anbudshandlingarna skall inbegripa ett myndighetsintyg från Skatteverket, blankett 4820. Gynekologkliniken uppfyllde inte detta skall-krav. Att intyget finns allmänt tillgängligt saknar betydelse eftersom bifogande av intyget har uppställts som ett skall-krav. Det är den upphandlande myndigheten som inom LOU: s ramar bestämmer utformningen av förfrågningsunderlaget. Skall-kravet på att den ifyllda blanketten skall vara högst tre månader gammal är otvetydigt. Det faktum att en ändring av anbudstiden kan föranleda besvär hos potentiella anbudsgivare, som SLL uttrycker det, ger naturligtvis inte SLL rätt att medge undantag från uppställda skall-krav. Det kan inte lämnas åt SLL: s godtycke att vid kvalificeringen av anbudsgivarna välja vilka skall-krav som skall uppfyllas. Det strider mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen att medge leverantörer undantag från skall-krav. SLL anför att Gynekologkliniken själv insett sitt förbiseende och tillhandahållit SLL med en ny uppdaterad blankett. Den ankomststämplades till SLL en vecka efter anbudsfristens utgång. Alltjämt kan konstateras att skall-kravet inte var uppfyllt när anbudsfristen löpte ut den 8 september 2008. SLL tycks argumentera att blanketten som mottagits den 15 september 2008 utgör ett förtydligande som vore tillåtet att inkomma med efter anbudsfristens utgång. Det framgår av 9 kap. 8 § andra stycket LOU att en upphandlande

myndighet får begära att anbudet förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Till att börja med kan konstateras att det i det aktuella fallet rör sig om en komplettering som inte skett på begäran av SLL, utan på eget initiativ av Gynekologkliniken. Av prop. 2006/07:128, s. 377, framgår att sådana kompletteringar endast får göras på initiativ av den upphandlande myndigheten och möjligheten till komplettering skall tillämpas restriktivt. Redan av detta skäl borde SLL inte ha tillåtit kompletteringen. Vidare utgör den nya blanketten inte något förtydligande i LOU: s mening och inte heller en tillåten komplettering. Enligt LOU är preciseringar eller kompletteringar som har till följd att tidigare fakta ersätts med nya inte tillåtna eftersom möjligheten att byta ut vissa uppgifter kan missgynna andra anbudsgivare. Det framgår direkt av lagtexten att ett förtydligande eller en komplettering endast får ske om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Medical Support hänvisar till doktrinuttalanden, Eskil Nords uttalande i Karnov-kommentaren 2006/2007 s. 1639 not 40, generaladvokaten Lenz uttalanden i förslag till avgörande i Europeiska kommissionen mot Belgien, mål C-87/94 och NOU info (mars 2000 s. 4) angående tillämpningen av reglerna om kompletteringar och förtydliganden. Att Gynekologkliniken tillåtits komplettera sitt anbud med en ny blankett strider således mot 9 kap. 8 § LOU och principen om lika-behandling eftersom Gynekologkliniken med kompletteringen har tillåtits ersätta uppgifter i sitt anbud med nya uppgifter som har medfört att Gynekologklinikens anbud antagits trots att det rätteligen borde ha förkastats.

SLL uppger att SLL har prövat om anbudsgivarna uppfyllde de krav som ställs i kvalifikationskraven, vilka angetts i förfrågningsunderlaget. Detta besked måste tolkas så att prövningen avsåg huruvida anbudsgivarna vid anbudstillfället uppfyllde de ställda kraven, vilket korresponderar mycket väl med de i förfrågningsunderlaget uppställda kraven ”skall ha”

respektive "skall inneha" som angivits för skall-kraven på intyg från myndigheter, på teknisk förmåga och kapacitet, på kvalitetssäkring och på specialistkompetens inom klinisk fysiologi. På samtliga dessa för kvalificering avgörande punkter har Gynekologkliniken visat att man inte uppfyller kraven men lakoniskt deklarerat att de kommer att uppfyllas. Argumentet att det vore oproportionerligt av SLL att kräva att anbudsgivarna redan har erfarenhet inom området och att det skulle snedvrída konkurrensen är inte juridiskt gångbart. En ny aktör kan avtalsvis tillförsäkra sig om de resurser som krävs för att uppvisa den efterfrågade dugligheten. Till skillnad från Carema Specialistvård AB i länsrättens nyligen avgjorda mål nr 21821-08 har Gynekologkliniken i denna upphandling inte ens haft ett namn att lansera som tilltänkt metodansvarig med specialistkompetens. I förfrågningsunderlaget har uttryckligen angivits när ett aktuellt skall-krav skall vara uppfyllt först vid avtalsstart, se exempelvis punkterna 2.1.2 och 2.3.2 i förfrågningsunderlaget. Detta kan rimligen inte tolkas på annat sätt än att övriga skall-krav, där ingen tidpunkt angivits, skall vara uppfyllda vid tidpunkten för lämnande av anbudet. För punkterna 1.8.3 och 2.2.1 har inte någon senare tidpunkt angivits då skallkraven skall vara uppfyllda. Om det vore så som SLL gör gällande, att de aktuella skall-kraven skall vara uppfyllda först vid avtalsstart, är förfrågningsunderlaget otydligt och lämnar utrymme för godtycke för SLL att bestämma när skall-kraven skall vara uppfyllda. Detta skulle strida mot transparensprincipen och mot likabehandlingsprincipen. Det föreligger vidare en skillnad mellan uttrycken "vid avtalsstart" och "vid driftsstart". SLL använder båda uttryckssätten i sitt förfrågningsunderlag. I punkt 2.1.2 föreskrivs sålunda att "anbudsgivarens verksamhet skall vid avtalsstart vara ackrediterad för ISO 17205 av SWEDAC...". Eftersom med avtalsstart måste avses något annat än driftsstart blir slutsatsen att ackrediteringen skall kunna påvisas när avtalet undertecknas och blir bindande mellan parterna, något som i Gynekologkliniken fall är helt otänkbart. En ackreditering tar minst ett halvt år. Annorlunda förhåller det

sig enligt förfrågningsunderlaget med validering enligt punkt 2.3.2 varom föreskrivs att ”leverantör av klinisk fysiologi skall vid driftsstart för sitt valideringsarbete kunna uppvisa skriftligt avtal...”, avtal som således skall föreligga när upphandlingsavtalet blir operativt och skall börja tillämpas.

Brister i förfrågningsunderlaget

Professor Nylander drar i sin skrivelse slutsatsen att förfrågningsunderlaget i flera viktiga avseenden är otillräckligt eller oprecist och därmed försvårar eller omöjliggör för anbudsgivaren att lämna välgrundat anbud. Av utlåtandet framgår att otydligheterna dels avser bristande beskrivningar av själva undersökningsmomenten, dels fall där det finns en adekvat beskrivning av momentet men där det inte angetts i vilken utsträckning läkare skall delta i undersökningen. Eftersom den största kostnaden inom hälso- och sjukvården är personalen kan priset reduceras genom att mindre personal och mindre kvalificerad personal används. Detta leder naturligen till stora kvalitetsskillnader på vården. Utvärderingsmetoden lägsta pris är avsedd att användas vid enkla upphandlingar av standardmässiga produkter eller tjänster när det endast är priset som varierar mellan anbudsgivarna. Förhållandena i den nu aktuella upphandlingen är de rakt motsatta.

Rättelse eller omgörning

Det ankommer på rätten att avgöra vilket ingripande som är påkallat av de anförda omständigheterna. Det har anförts skäl för att upphandlingen skall göras om med anledning av bristerna i förfrågningsunderlaget. I den nu föreliggande situationen synes det rimligt att länsrätten förordnar om den åtgärd som är minst ingripande, det vill säga att utvärderingen skall göras om med uteslutande av Gynekologkliniken och med antagande av minst tre av de kvalificerade anbudsgivarna.

SLL anför bland annat följande.

Skall-krav

Angående punkt 1.8.1 om intyg från myndigheter innebär skall-kravet i denna punkt att Skatteverkets blankett SK.V 4820 skall vara ifylld av Skattemyndigheten. I samma punkt står det vidare att intyget får vara högst tre månader gammalt. Gynekologkliniken har genom att lämna in blanketten ifylld av Skatteverket följaktligen uppfyllt skall-kravet. SLL skulle ha brutit mot proportionalitetsprincipen och transparensprincipen om SLL hade diskvalificerat Gynekologkliniken på grund av att den ifyllda blanketten var mer än tre månader gammal.

Angående punkt 1.8.3 om anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet är Capios tolkning av denna att syftet är att kontrollera att anbudsgivarens erfarenhet av nämnda tjänster felaktigt. Innebörden av skall-kravet är inte att erfarenhet inom ett visst område erfordras men att anbudsgivaren redovisar sin erfarenhet. Detta gör Gynekologkliniken i sitt anbud. Det vore dessutom oproportionerligt att kräva att anbudsgivarna redan har erfarenhet inom området. Ett sådant hanterande skulle snedvrída konkurrens genom att det hindrar nya aktörer från att verka inom aktuell verksamhet.

Angående punkt 2.1.2 om kvalitetskrav klinisk fysiologi kan det noteras att Capiro syns ha tonat ner sitt påstående om att det skulle vara omöjligt för Gynekologkliniken att ackreditera sin verksamhet innan avtalsstart utan hävdar nu endast att det skulle vara svårt. Att hela organisationen skulle finnas på plats och vara funktionell är givetvis en fördelaktig utgångspunkt, men kan knappast anses utgöra en förutsättning för att över huvud taget kunna ackreditera sig. Capiro nämner själv att det finns undantag. Capiro har inte visat att Gynekologkliniken inte är kapabel att etablera en funktionell verksamhet inom gällande tidsram.

Angående de punkter i förfrågningsunderlaget som ställer krav på kvalitet, teknisk förmåga och kompetens vidhåller SLL att det vore oproportionerligt att kräva att anbudsgivarna skall ha tidigare erfarenhet inom ett område där de skall lämna anbud. Det är dessutom missvisande att hänvisa till länsrättens nyligen avgjorda mål nr 21821-08 eftersom det är föremål för ett överklagande och SLL ställde i den upphandlingen olika krav och andra tidpunkter för uppfyllelse än vad som gäller i den aktuella upphandlingen. SLL bestrider även Medical Supports och Globen Hearts tolkning om när aktuella skall-krav skall vara uppfyllda. Tidpunkten som gäller för skall-krav rörande kvalitet och kompetens menar SLL är vid avtalsstart och inte vid anbudets inlämnande. När det gäller anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet i punkt 1.8.3 och kompetens i punkt 2.2.1 är skall-kravet att man skall redovisa anbudsgivarens erfarenhet respektive kompetens vid anbudets inlämnande. Erfarenhet och kompetens erfordras således inte vid samma tidpunkt. Det kan inte anses vara ett godtyckligt sätt att genomföra upphandlingen eftersom lämplig hänsyn måste tas för nystartade bolag. SLL bestrider även påståendet att det bör finnas en skillnad mellan uttrycken ”vid avtalsstart” och ”vid driftsstart”. De avser enligt SLL: s mening samma tidpunkt.

Antalet antagna anbudsgivare och tillämplig lagstiftning

Det är endast angivna volymer och anbudsgivarnas uppgivna kapacitet som kan motivera att fler än två anbudsgivare antas enligt förfrågningsunderlaget. Detta visade sig vara fallet i objekt (C) där SLL antog tre anbudsgivare. Att SLL skulle ha antagit Medical Support och Globen Heart för de övriga fyra objekten är inte riktigt. Detta med anledning av att dessa två bolag hamnade på plats 4 i objekten (A) och (E).

Till yttrandet fogas en bilaga där det framgår att i objekt (A) och (E) hade Medical Support och Globen Heart lämnat fjärde respektive femte lägsta anbudssumma och i objekt (B) och (D) hade de lämnat tredje respektive

fjärde lägsta anbudssumma. Medical Support har för alla fem objekten lämnat likalydande anbudssummor.

Capio anför bland annat följande.

Skall-krav

Angående punkt 2.1.2 om kvalitetskrav klinisk fysiologi ställer SWEDAC kravet att "hela organisationen skall finnas på plats och vara funktionell för att ackreditera en verksamhet. Om detta inte uppfylls kan inte verksamheten ackrediteras. Det finns inga undantag från detta krav. SLL har i förfrågningsunderlaget ställt kravet att verksamheten skall vara ackrediterad vid avtalsstart. SLL har hänvisat till ISO/IEC 17205, en internationell standard som kräver ackreditering från SWEDAC och ingen annan. Den skrivning som gäller certifieringsinstitut kan således inte användas och saknar därför betydelse.

Till yttrandet har Capio fogat en utvärdering av anbud gällande SLL: s upphandling av städtjänster, LS 0306-2077, där det framgår att anbudsgivare nummer 24 "S:t Görän" blivit diskvalificerat eftersom intyg från Skattemyndigheten saknas.

Medical Support och Globen Heart anför bland annat följande.

Antalet antagna leverantörer och tillämplig lag

Tillämpningen av ÄLOU är ett notoriskt faktum och har tydligt konstaterats av länsrätten i mål nr 15041-08. Att det i denna upphandling rör sig om ramavtal har påvisats i tidigare inlagor och har inte bemötts av SLL på annat sätt än att SLL anser att detta saknar betydelse eftersom upphandlingen genomfördes under ÄLOU. SLL: s inställning i denna del är, minst sagt, märklig. Det är i och för sig riktigt att Medical Support och Globen Heart kommer på fjärde plats i objekt (A) och (E). Gynekolog-

kliniken skall dock, enligt deras förstahandsyrkande, diskvalificeras och tre kvalificerade leverantörer skall sedan antas. Vid bifall till detta yrkande skall de placeras på andra plats i objekt (B) och (D) och på tredje plats i objekt (A) och (E).

Skall-krav

Angående punkt 1.8.1 om intyg från myndigheter tycks SLL i sitt yttrande göra gällande att skall-kravet syftar till att Skatteverkets blankett SKV 4820 skall vara ifylld av Skatteverket. SLL framhåller genom citat från anbudsformuläret att "intyget får vara högst tre månader gammalt". Innebörden härav är exakt densamma som att uttrycka att intyget får inte vara äldre än tre månader. Att vid anbudsprövningen frånfalla detta krav när det visar sig att det inte uppfyllts av en anbudsgivare är oförenligt med likabehandlingsprincipen. Kravet är i sig mycket tydligt och konsekvensen om det inte uppfylls, det vill säga diskvalificering, är förutsebar. SLL hänvisar vidare till proportionalitetsprincipen som grund för att bortse från skall-kravet i detta fall. Proportionalitetsprincipen innebär i huvudsak att beställaren vid utformningen av anbudsfrågan inte får ställa större krav på leverantörerna/upphandlingsföremålet än nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Upprätthållandet vid anbudsprövningen av ett i förfrågningsunderlaget uppställt proportionerligt och fullkomligt normalt skall-krav kan inte anses strida mot proportionalitetsprincipen.

Angående uppställda krav på kvalitet, teknisk förmåga och kapacitet samt kompetens godtog inte länsrätten i mål nr 21821-08 att en anbudsgivare som redogörelse för tillgång till erfaren verksamhetsansvarig person hänvisade till en namngiven person som inte var anställd hos anbudsgivaren. Gynekologkliniken har inte ens kunnat namnge en metodansvarig läkare med specialistkompetens som krävs enligt anbudsformuläret punkt 2.2.1. Det kan inte anses oproportionerligt att vid en upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster ställa krav på att den som skall tillhandahålla tjänsterna

har erforderlig erfarenhet och kompetens. Det är mot den bakgrunden naturligt att SLL i punkt 1.8.3 ställt krav på att anbudsgivare som för närvarande ej har avtal med SLL gällande tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi skall i anbudet redovisa sin erfarenhet av ovan nämnda tjänster gällande hälso- och sjukvårdsverksamhet samt ange referensperson. Skall-kravet kan inte uppfattas på annat sätt än att syftet med kravet är att säkerställa att den som tilldelas kontrakt har erforderlig erfarenhet och kompetens. Det kan inte heller anses oproportionerligt att ställa ett sådant krav. I SLL: s yttrande sägs att anbudsgivarens erfarenhet respektive kompetens skall redovisas vid anbudets inlämnande. "Redovisa" i anbudsformuläret innebär en anmodan att lämna en redogörelse för den erfarenhet och den kompetens man besitter eller har försäkrat sig om. Skall-kravet är inte uppfyllt när anbudsgivaren istället för att lämna en redogörelse endast uppger att det kommer att uppfyllas. Ett sådant besked innehåller ju inte något som helst konkret underlag för beställarens bedömning av anbudsgivarens lämplighet. Vad SLL anför om att lämplig hänsyn måste tas för nystartade bolag ger inte stöd för att frångå ställda skall-krav. Gynekologkliniken är inte ett nystartat bolag.

SLL anför bland annat följande.

Gynekologkliniken har uppfyllt skall-kravet i punkt 2.2.1 att metodansvarig läkare skall inneha specialistkompetens inom klinisk fysiologi. Det har inte för SLL: s del funnits anledning att ifrågasätta Gynekologklinikens uttryckliga uppgift i anbudet. Att ställa krav på namngiven läkare vid anbudets ingivande kan också ifrågasättas utifrån de EG-rättsliga principerna. SLL hänvisar till stöd för detta EG-domstolens dom den 27 oktober 2005 i mål C-234/03 punkterna 35-46.

Medical Support och Globen Heart anför bland annat följande.

SLL har hänvisat till EG-domstolens förhandsbesked i målet nr C-234/03. Detta avsåg vissa frågor om etableringsfrihet och icke-diskriminering i samband med en upphandling av respiratorbehandling i hemmen. I anbudsfrågan hade den upphandlande myndigheten föreskrivit att anbudsgivare, för att kvalificera sig för deltagande vid utvärderingen, vid tidpunkten för ingivande av anbudet bland annat skulle äga anläggningar för produktion och distribution av syrgas som skulle vara belägna inom en radie av 1 000 kilometer från den ifrågavarande provinsen i Spanien. Huvudfrågan gällde huruvida dessa villkor för kvalificering innebar otillåten diskriminering på grund av nationalitet eftersom de i praktiken utestängde eller allvarligt försvårade för leverantörer utanför den iberiska halvön.

Länsrätten har i dom denna dag mål nummer 23599-08 bifallit Avesina Specialistvård ABs ansökan om överprövning av ifrågavarande upphandling och förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Enligt 2 kap. 15 § LOU avses med ramavtal ett avtal som ingås mellan en eller flera upphandlande myndigheter och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa villkoren för senare tilldelning av kontrakt under en given tidsperiod.

Av 5 kap. 5 § LOU framgår att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, skall dessa vara minst tre, om det

finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

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

Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

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.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och har detta 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.

Av ikraftträdande och övergångsbestämmelserna till LOU framgår följande.

1. Denna lag träder i kraft den 1 januari 2008.
2. Bestämmelserna i lagen (1992:1528) om offentlig upphandling skall tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Utredning i målet

Under punkten 1.2 i anbudsförfrågan med rubriken Omfattning har angetts bland annat följande. Upphandlingen är uppdelad i fem objekt: (A) Arbets-

fysiologi/Hjärtdiagnostik, (B) Lungfunktionsdiagnostik/Blodanalyser, (C) Neurofysiologi, (D) Perifer cirkulationsdiagnostik och (E) Sömnapnéundersökningar. Som prognos för volym (ej bindande för SLL) anges köp uppdelat per objekt under 2007. Köpens totalbelopp uppgick till ca 211 MSEK. För objekt (A) uppges som prognos för volym 67 139 köp, för objekt (B) 17 117, för objekt (C) 6 063, för objekt (D) 16 604 och för objekt (E) 28 480.

Under punkten 1.8.1 med rubriken Intyg från myndigheter har bland annat angetts att anbudsgivare skall som bevis på att kravet uppfylls till anbudet bifoga följande handlingar. I andra punkten anges Skatteverkets blankett SKV 4820. Den skall vara ifylld av Skattemyndigheten. Intyget får vara högst tre (3) månader gammalt.

Under punkten 1.8.3 med rubriken Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet har bland annat angetts följande. Anbudsgivaren skall i anbudet övergripande beskriva företagets verksamhet, utbud, framtidsplaner och organisation. Anbudsgivaren skall ha erforderlig bemanning av personal för att klara uppdraget enligt kraven i Kravspecifikationen. Anbudsgivare som för närvarande ej har avtal med Stockholms läns landsting gällande tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi skall i anbudet redovisa sin erfarenhet av ovan nämnda tjänster gällande hälso- och sjukvårdsverksamhet samt ange referensperson (namn och telefonnummer).

Under punkten 1.11 med rubriken Anbudstidens utgång har angetts bland annat att anbud skall vara angiven adress tillhanda senast 2008-08-18. Anbudstiden förlängdes sedan till och med den 2008-09-08 (FRÅGOR & SVAR NR 8, Förtydligande av anbudsunderlag)

Under punkten 1.17 med rubriken Avtal har bland annat angetts att avtal kan komma att tecknas med en eller flera anbudsgivare. Avtal kommer att tecknas med de två (2) anbudsgivare som har lägst totalpris per objekt. Om den förväntade volymen per objekt inte täcks av de två anbudsgivarnas uppgivna kapacitet kan avtal komma att tecknas med fler anbudsgivare tills dess att volymen täcks.

Under punkten 2.1.1 med rubriken Allmänna kvalitetskrav har angetts bland annat följande. För den verksamhet som skall upphandlas gäller Socialstyrelsens föreskrifter om ledningssystem för kvalitet och patientsäkerhet i hälso- och sjukvården (SOSFS 2005:12), föreskrifter om anmälningsskyldighet (SOSFS 2005:28) samt Socialstyrelsens kungörelse (SOSFS 2004:11) om läkares ansvar för remitterade patienter mm.

Under punkten 2.1.2 med rubriken Kvalitetskrav klinisk fysiologi har angetts följande. Anbudsgivarens verksamhet skall vid avtalsstart vara akkrediterad för ISO 17025 av SWEDAC eller uppfylla samma krav

genom en certifiering enligt ISO 9001 kompletterad med en granskning enligt ISO 17025 som visar att verksamheten också uppfyller kraven enligt ISO 17025. Ett krav vid certifiering enligt ISO 9001 är det ackrediterade certifieringsorganet kan tillhandahålla bedömarkompetens enligt ISO 17025 och att bedömningar enligt ISO 17025 görs i samband med certifieringsrevisionen och de kommande uppföljningsrevisionerna.

Under punkten 2.2.1 med rubriken Kompetenskrav klinisk fysiologi har angetts följande. För verksamhet inom klinisk fysiologi skall metodansvarig läkare inneha specialistkompetens inom klinisk fysiologi.

Under punkten 2.3.1 med rubriken Uppföljningsmetod har angetts följande. Den använda metoden för uppföljning och validering av diagnostisk säkerhet skall anges i anbudet.

Under punkten 2.3.2 med rubriken Validering har angetts följande. Leverantör av klinisk fysiologi skall vid driftstart för sitt valideringsarbete kunna uppvisa skriftligt avtal/överenskommelse med kärkirurgisk klinik, thorax klinik och/eller kardiologisk klinik.

Under punkten 2.6 med rubriken Utbildningsplatser har angetts bland annat följande. Leverantören skall tillhandahålla kliniska utbildningsplatser som har samband med åtagandet. SLL äger rätt att anvisa ST-läkare och övriga vårdyrkesstuderande till leverantören. SLL äger rätt att under avtalsperioden närmare precisera antalet praktikplatser.

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

FRÅGOR & SVAR Nr 1, fråga 4: Ska anbudspris innehålla samtliga kostnader för åtagandet? Alltså även kostnader för utbildning? Svar: Ja, anbudspriserna ska innehålla samtliga kostnader för åtagandet.

FRÅGOR & SVAR Nr 1, fråga 9: Med avtalstid tre år kan man inte utbilda någon. Enligt avsnitt 1 skulle anbudspriset rymmas hela åtagandet, dvs även utbildning av ett okänt antal. SLL kan under tiden precisera antalet! Dvs efter att priset på undersökningar redan satts. Och dessutom inga garanterade volymer. Svar: Angivna punkter definierar inte någon fullständig utbildningslinje, t ex läkarutbildningen, MBA-utbildningen. Punkt 2.6.1 och 2.6.2 anger att leverantören skall tillhandahålla utbildningsplatser, "som har samband med åtagandet", dvs i anslutning till de produkter som leverantören önskar lämna anbud på. Utbildning avser i detta sammanhang avgränsad utbildning specificerad till olika delar i anbudet. För kliniska utbildningsplatser kan det utgå ersättning från utbildningsenheterna.

FRÅGOR & SVAR Nr 2, fråga 20: Vad ingår i de olika undersökningar som upphandlas? Svar: innehållet i undersökningarna utgår ifrån normer och standarder inom specialiteterna klinisk fysiologi och neurofysiologi.

FRÅGOR & SVAR Nr 2 och 3, fråga 22, 24 och 27. Svaren preciserar vad som ingår i undersökningar avseende Ultraljud, hjärta, Ultraljud, kärl och Sömnapnéundersökning.

FRÅGOR & SVAR, Nr 9, fråga 41: Undersökningarna P62 och P63 i prisbilagan är genom gulmarkeringen obligatoriska att prissätta. Dock saknas antalet undersökningar som upphandlingen omfattar när det gäller dessa två koder. Är det korrekt att det skall vara så eller har volymantalet fallit bort i prisbilagan? Svar: Det saknas volymangivelse beroende på att dessa undersökningar inte finns med i nuvarande avtal.

Länsrättens bedömning

Som länsrätten konstaterat i dom den 16 juli 2008, mål nr 15041-08, har den i målet aktuella upphandlingen påbörjats efter den 31 december 2007. Därför skall enligt övergångsbestämmelserna till lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, denna lag tillämpas för denna upphandling.

Länsrätten finner inte stöd för uppfattningen att det, som Capio har anfört, föreligger någon jävssituation. Länsrätten finner inte heller stöd för Capios uppfattning att SLL skulle ha varit skyldigt att informera om hur ansökan om överprövning skall ske. Länsrätten finner inte, avseende vad Capio anfört i dessa delar, skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU.

De tre företag, Medical Support, Globen Heart och Capio, som ansökt om överprövning av upphandlingen har anfört att SLL genom att anta bud från Gynekologkliniken har brutit mot likabehandlingsprincipen eftersom budet antogs trots att Gynekologklinikens anbud inte uppfyllde vissa så kallade skall-krav i SLL: s förfrågningsunderlag.

Alla tre företagen har anfört att Gynekologkliniken inte uppfyllt det, enligt dem, ovillkorliga kravet i punkt 1.8.1 i förfrågningsunderlaget att blankett

SKV 4820 inte får vara mer än tre månader gammalt. Länsrätten delar uppfattningen att kravet på att blankett SKV 4820 inte får vara mer än tre månader gammalt är ovillkorligt. Att kravet uttryckts med ordet *får* och inte med ordet *skall* kan inte anses betyda, som SLL syns anföra, att ifrågasvarande krav inte skulle vara ovillkorligt och därmed inte ett så kallat skall-krav. Vid anbudstidens utgång, den 8 september 2008, hade Gynekologkliniken inlämnat ett anbud där en av Skatteverket ifylld blankett SKV 4820 ingick. Denna blankett var stämplad den 30 maj 2008 och således mer än tre månader gammal. Att lämna in en för gammal blankett i strid med förfrågningsunderlaget kan inte anses utgöra en sådan uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel som medför att Gynekologkliniken ägt rätta denna uppgift enligt 9 kap. 8 § LOU efter anbudstidens utgång. Då Gynekologkliniken inte uppfyllt detta krav har anbudet antagits i strid med principen om likabehandling enligt 1 kap. 9 § LOU. Vad SLL anfört i övrigt föranleder inte länsrätten att göra någon annan bedömning.

Ett anbud som inte uppfyller samtliga ställda skall-krav får inte antas. Länsrätten saknar därmed anledning att pröva om Gynekologkliniken anbud är i strid med andra så kallade skall-krav i förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner att antagandet av bud från Gynekologkliniken medför skada för Medical Support, Globen Heart och Capio. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därmed.

Länsrätten har därefter att ta ställning till om SLL genom att anta enbart två bud i objekt (A), (B), (D) och (E) brutit mot 5 kap. 5 § LOU, på sätt som Medical Support och Globen Heart har anfört. Av nämnda bestämmelse framgår att om en upphandlande myndighet ingår ramavtal med flera leverantörer skall dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven och som har lämnat godtagbara anbud. Länsrätten delar Medical Supports och

Globen Hearts uppfattning, vilken inte bestridits av SLL, att ifrågavarande upphandling syftar till att SLL skall sluta ramavtal med anbudsgivare. Det har inte heller gjorts gällande att det saknats ett tillräckligt antal anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven och lämnat godtagbara anbud. Länsrätten finner således att SLL brutit mot bestämmelsen i 5 kap. 5 § LOU och att även detta utgör skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU, eftersom antagandet av endast två anbud i fyra av de fem objekten medför skada för Medical Support och Globen Heart på sätt som dessa två företag anfört. Vad SLL har anfört föranleder inte länsrätten att göra någon annan bedömning.

Medical Support och Globen Heart har även anfört att förfrågningsunderlaget är alltför bristfälligt bland annat som prissättningsinstrument och att detta försvårar eller omöjliggör för en anbudsgivare att lämna välgrundat anbud. De anför vidare att den valda utvärderingsmetoden *lägsta pris*, som används främst vid enkla upphandlingar av standardmässiga produkter eller tjänster, är betänklig och att SLL vid val av denna utvärderingsmetod borde ha utvecklat kravspecifikation så att den blev mer detaljerad än vad som nu är fallet. Länsrätten har även tagit del av en skrivelse från professor Eva Nylander från den 24 november 2008. Länsrätten instämmer delvis med professor Eva Nylander att det exempelvis vore önskvärt om punkt 2.6 med rubriken Utbildningsplatser hade preciserats så att det framgick i vilken omfattning som leverantörerna skall tillhandahålla utbildningsplatser. I likhet med avgörandet i mål nr 15041-08 finner länsrätten dock att det inte framkommit att förfrågningsunderlaget, bland annat med avseende på specifikation av tjänsterna, är så bristfälligt att leverantörerna inte givits ett underlag för att skaffa sig en tillräcklig uppfattning om vad landstinget efterfrågar och därmed skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Vid en upphandling av så stort värde som denna upphandling, antalet köp under 2007 värderades exempelvis till 211 miljoner kronor, kan det inte heller

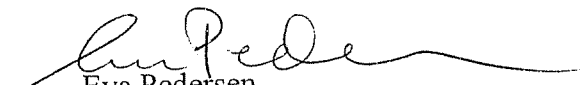
krävas att den upphandlande myndigheten specificerar förfrågningsunderlaget i alla delar. Länsrättens mening är att förfrågningsunderlaget i vissa delar, speciellt vid upphandling av ramavtal, bör kunna specificeras senare när avtal slutits utan att detta skall anses strida mot de gemenskapsrättsliga principerna. Den utformning som förfrågningsunderlaget jämte bilagor har getts i fråga om specifikation av de tjänster som upphandlas kan således inte anses uppvisa sådana brister att de principer som anges i LOU åsidosatts.

Sammanfattningsvis finner länsrätten således skäl för ingripande i upphandlingen enligt 16 kap. 2 § LOU mot bakgrund av att SLL, genom att anta anbud från Gynkologkliniken, brutit mot likabehandlingsprincipen och, genom att anta enbart två anbudsgivare i objekt (A), (B), (D) och (E), brutit mot bestämmelsen i 5 kap. 5 § LOU och detta har medfört skada för Medical Support, Globen Heart och Capiro.

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. De felaktigheter som konstaterats kan inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan i stället det senare stadium i förfarandet då anbud har lämnats och prövningen av leverantör och anbud skall göras. Det nämnda skulle således tala för att det är tillräckligt med rättelse.

En rättelse i form av att SLL skall anta tre anbudsgivare skulle dock kunna riskera att stå i strid med punkt 1.17 i anbudsförfrågan, eftersom SLL då skulle behöva anta tre anbudsgivare även om den förväntade volymen skulle täckas redan genom antagande av två anbudsgivare. En rättelse i form av att länsrätten förordnar att den upphandlande myndigheten skall genomföra en anbudsutvärdering i strid med förfrågningsunderlaget måste anses vara olämplig. Vad som avses med förväntad volym i punkt 1.17 har dock inte preciserats närmare. En rimlig tolkning av vad som är förväntad volym framgår av punkt 1.2 och prisbilagan, där antalet köp under 2007 ligger som grund för en prognos av antalet köp under de kommande avtalsåren. Vad gäller vissa undersökningar i prisbilagan har dock den förväntade volymen satts till noll, eftersom dessa undersökningar inte finns med i det nu gällande avtalet. Länsrätten finner därför att vad som avses med förväntad volym inte kan anses så pass preciserat att ett antagande av tre eller fler bud skulle kunna anses vara i strid med förfrågningsunderlaget, även om den enligt punkt 1.2 prognostiserade bedömningen uppfylls redan genom antagande av två bud. Följaktligen finner länsrätten att det är tillräckligt att SLL vidtar rättelse på så sätt att det görs en ny anbudsprövning i objekt (A), (B), (D) och (E) varvid anbud från Gynekologkliniken utesluts från vidare utvärdering och att, vid fall nytt tilldelningsbeslut fattas, anbud från tre eller fler anbudsgivare antas, i enlighet med 5 kap. 5 § LOU, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

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


Eva Pedersen
rådman

Föredragande har varit Andreas Hamrén.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.