

KLAGANDE

Stockholms läns landsting

Ombud:
Paul Collins
Stockholms läns landsting
SLL Juridik och Upphandling
Box 6401
113 82 Stockholm

MOTPART

Stockholm Heart Center AB, 556380-0431

Ombud:
Advokaten Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Stockholms län dom den 21 oktober 2009 i mål
nr 19250-09, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och upphäver länsrättens dom.

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) yrkar att länsrättens dom ska undanröjas och att SLL:s tilldelningsbeslut därmed ska fastställas. Till stöd för sin talan anför SLL bl.a. följande.

I den ifrågavarande upphandlingen skulle en för patienterna bindande rangordning vara i praktiken omöjlig och i vart fall medföra extrema svårigheter att genomföra. Det är fullständigt uteslutet att SLL skulle kunna administrera varje avrop för att, såsom Stockholm Heart Center AB (bolaget) uppenbarligen önskar, styra patientströmmen till dem. Det kan inte heller vid anbudets avgivande ha föresvävat bolaget att en sådan ordning skulle etableras.

SLL har i förfrågningsunderlaget angivit en annan anvisning för fördelningen som återfinns i punkt 10.3 i ramavtalet. Detta har kommunicerats med alla leverantörer som villkor för deltagande i upphandlingen. Acceptans av denna klausul har varit en förutsättning för kvalificering. I det så kallade "konkurrensuppsökande skedet" av upphandlingen har samtliga leverantörer således bort utgå från att man inte kan uppnå en sådan särställning som bolaget eftersträvat genom sin talan i länsrätten. Upphandlingen kan därför inte anses brista i öppenhet. När det redan i förfrågningsunderlaget anges att det slutliga valet mellan leverantörerna görs av patienterna, kan det inte bli tal om diskriminering eller godtycke från SLL:s sida. Inte heller kan det röra sig om bristande objektivitet vid avropen enbart på den grund att det slutliga valet av leverantör görs av patienterna. Kravet på konkurrens i upphandlingen har i hög grad tillgodosetts genom att endast tre av elva anbudsgivare antagits som leverantörer. Prisskillnaden mellan de vinnande anbudsgivarna är för övrigt marginell.

Bolaget medger bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. Bolaget och SLL har varit i kontakt med varandra och är ense om att länsrättens dom förorsakar dem båda mer skada än SLL:s ursprungliga tilldelningsbeslut. Det bör också framhållas att även patienter och personal lider mer skada av de följder som länsrättens avgörande medför eftersom domen, om den skulle stå sig, innebär att det föreligger stor osäkerhet och instabilitet vad gäller remittering under den period som en ny upphandling ska genomföras. Bolaget samtycker därför enligt 13 kap. 5 § andra stycket rättegångsbalken till att länsrättens dom undanröjs.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att vad som är föremål för prövning är det överklagade länsrättsavgörandet rörande överprövning i återopade avseenden av SLL:s upphandling av de aktuella tjänsterna. Kammarrätten har således att göra en prövning av om SLL vid sin upphandling har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen.

Frågan i målet är om det aktuella ramavtalet innehåller en fördelningsnyckel för tilldelning av enskilda kontrakt som är sådan att bestämmelserna i LOU och de grundläggande principerna som bär upp lagen samt gemenskapsrätten inte träds för när.

Kammarrätten finner, med beaktande av de administrativa aspekter som SLL påtalat och patienternas rätt att enligt 3 a § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763) välja vårdgivare, att det varit förenat med påtagliga nackdelar att kräva att de enskilda avropen ska ske utifrån en given rangordning (jfr prop. 2006/07:128 s.175).

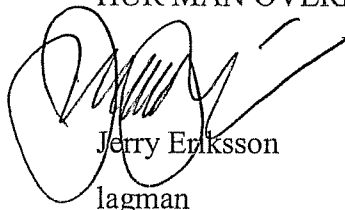
Tilldelning av kontrakt grundat på ramavtalet ska dock enligt 5 kap. 6 § LOU ske till den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet. Villkoret i punkt 10.3 i

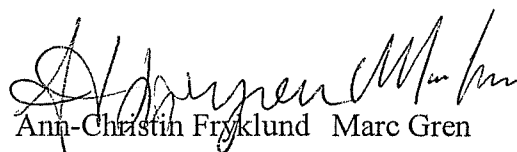
ramavtalet stadgar att befolkningen inom Stockholms läns landsting har rätt att fritt välja leverantör av de aktuella tjänsterna. Vad som är "det bästa anbudet" vid varje enskilt avrop är alltså i detta fall den leverantör som patienten i samråd med sin läkare väljer och inte enbart det anbud som har lägst pris. Bestämmelserna i 5 kap. 6 § andra stycket LOU får därmed anses tillgodosedda.

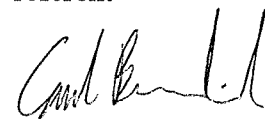
Kammarrätten kan vidare konstatera att de enskilda kontrakten kommer att tilldelas till någon av de vårdgivare som efter konkurrensutsättning blivit parter till ramavtalet. De enskilda kontrakten tilldelas i enlighet med patienternas lagstadgade rättighet utifrån det val som den enskilda patienten gör i samråd med sin läkare. Någon risk att upphandlande enhet godtyckligt kan använda ramavtalet på ett otillbörligt så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids kan därmed inte anses föreligga.

Kammarrätten finner sammantaget att den aktuella regleringen för kontraktstilldelning inte innebär att SLL brutit mot någon av de grundläggande principerna som ska iakttas vid upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. Överklagandet ska därmed bifallas och länsrättens dom ska upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)


Jerry Eriksson
lagman


Ann-Christin Fryklund Marc Gren
Lövgren tf. assessor
kammarrättsråd referent


Carl Braunerhielm
föredragande

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM
2009-10-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
19250-09
Enhet 15

SÖKANDE

Stockholm Heart Center AB, 556380-0431
Kungsgatan 38
111 35 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting

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

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Stockholms läns landstings upphandling av tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi, objekt A, B, D och E, skall göras om.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut den 25 september 2009.

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi (dnr LS0801-0104, HSN 0801-0154). Av anbudsförfrågan den 22 maj 2008 framgår bl.a. att upphandlingen är uppdelad på fem objekt – (A) Arbetsfysiologi/Hjärt-diagnostik; (B) Lungfunktionsdiagnostik/Blodanalyser; (C) Neurofysiologi; (D) Perifer cirkulationsdiagnostik och (E) Sömnapnéundersökningar. Vidare framgår att anbud skall lämnas på ett eller flera objekt.

Efter att upphandlingen varit föremål för överprövning enligt LOU i allmän förvaltningsdomstol har SLL i nytt tilldelningsbeslut den 15 september 2009 angett bl.a. att SLL antar anbud från flera angivna leverantörer i objekt A, B, D, E; däribland anbud från Stockholm Heart Center AB (SHC).

Efter att SHC har ansökt om överprövning enligt LOU har länsrätten den 25 september 2009 förordnat att upphandlingen i nu aktuella delar inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDE M.M.

SHC yrkar att rättelse skall göras på så sätt att det av tilldelningsbeslutet skall framgå att SHC har rangordnats som första leverantör i samtliga objekt och att avrop i första hand därmed skall ske från SHC till dess bolagets offererade volym har fyllts. Till stöd för sin talan anför SHC i huvudsak följande. SLL har handlat i strid med LOU när man inte tydligt anger i tilldelningsbeslutet och kommunicerar till avropande enheter den rangordning som innebär att SHC rangordnas som första leverantör avseende samtliga aktuella upphandlingsobjekt. SLL har i förfrågningsunderlaget till upphandlingen uppställt ett enda utvärderingskriterium, nämligen totalkostnad. Bolaget har för samtliga nu ifrågakommande fyra

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM

objekt i sitt anbud offererat lägsta totalkostnad per objekt. Detta innebär att SHC skall rangordnas först för vart och ett av objekten. Remitterande läkare skall vid avropstillfällena remittera patienterna efter rangordningen i tilldelningsbeslutet. Detta innebär att SHC skall remitteras i första hand till dess att den av SHC offererade kapaciteten/volymer per Objekt har fyllts. Först därefter skall remitterande läkare remittera patienter till den leverantör som rangordnats som nummer två i tilldelningen, etc. I sitt nya tilldelningsbeslut har SLL inte tydligt angivit hur antagna leverantörer rangordnats. Det enda utvärderingskriteriet i upphandlingen är totalkostnad. Rangordningen av vinnande leverantörer måste således ske enligt detta utvärderingskriterium. Av den samlade dokumentationen i ärendet framgår att SHC har lämnat lägsta totalpris för vart och ett av de fyra objekt man har offererat. SHC är således rangordnat som nummer ett i objekten A, B, D, och E. Rangordningen framgår emellertid enbart indirekt om man själv som läsare "lägger pussel" och det kommer inte alls framgå i praktiken för de remitterande läkare m.m. som kommer att göra avrop genom remisser. Det finns inte något i beslutsdokumentationen som leder remittenterna till att göra rätt avrop från de ramavtal som ingås genom upphandlingen. SLL har i upphandlingen tydligt kommunicerat att priset har varit av största vikt i den här upphandlingen. Det framgår med all önskvärd tydlighet inte minst av det faktum att endast totalpriset/totalkostnaden har använts som utvärderingskriterium. SLL har valt att inte utvärdera något annat än priset. Genom att i steg två vara otydligt och inte tydligt kommunicera, varken i tilldelningsbeslutet eller på annat sätt, den rangordning per objekt som upphandlingen resulterat i sätter man nu sitt eget mål med upphandlingen och sin egen utvärdering ur spel. Genom att istället följa rangordningen skulle SLL i praktiken uppnå lägsta pris för den vård som de facto avropas från ramavtalen. För en utomstående betraktare och skattebetalare kan det te sig märkligt att SLL genomför en upphandling där man så starkt prioriterar totalkostnaden att man använder det som enda utvärderingskriterium, och sedan struntar i kostnaden när

man formulerar tilldelningsbeslutet och kommunicerar ut tilldelningen till verksamheterna som har rätt att avropa från ramavtalen. SHC tog på ett tidigt stadium innan upphandlingen påbörjades, i samtal upp frågan om patienter och remittenters valfrihet och föreslog att SLL istället för att göra en upphandling enligt LOU kunde införa ett valfrihetssystem enligt lagen (2008:962) om valfrihetssystem (LOV). SLL valde dock att göra en regelrätt upphandling enligt LOU, vilket innebär att SLL måste följa LOU i samtliga delar också vad gäller rangordning av ramavtalsleverantörerna, alternativt införa ett system med andra konkurrensutsättning men det är inte tillämpligt i förevarande fall. Det är inte möjligt att såsom SLL nu har gjort, i vissa delar genomföra upphandlingen enligt LOU och i andra delar, rangordningen, strunta i LOU. Att SLL borde ha använt sig av LOV och inte gjort en upphandling enligt LOU framgår av SLL:s egen inställning såsom den framförts till SHC. Det upphandlingsrättsliga problemet förstärks ytterligare av att andra leverantörer numera – efter det att SHC:s låga pris har framkommit i tilldelningen – har valt att samarbeta, vilket innebär att de kapaciteter/volymer de har offererat i upphandlingen läggs samman. Således kan vissa leverantörer som är rangordnade efter SHC inte enbart erbjuda sina egna volymer utan kan nu erbjuda också konkurrenters volymer. Eftersom det inte tydligt kommer att framgå för remitterande läkare etc vilka prisskillnader som föreligger mellan de olika leverantörerna och vilken rangordningen mellan leverantörerna är, kan SHC:s konkurrenter genom exempelvis marknadsföringsinsatser eller liknande erhålla avrop (remisser) som överstiger den kapacitet som man själv har offererat i upphandlingen. Detta innebär att SHC i vissa fall kan komma att bli utan avrop, trots att man har offererat lägsta totalkostnad och trots att man har tilldelats avtal och rangordnats först. För SHC är detta naturligtvis en ohållbar situation. SHC har beräknat sina låga priser på vissa volymer och för det fall SLL hade följt LOU i formuleringen av tilldelningsbeslutet och kommunikationen till avropande enheter (remittenter) så hade SHC också i praktiken varit garanterat dessa volymer.

SLL:s otydliga rangordning medför att SHC inte kommer att få det utfall av sina avtal som man rätteligen skulle haft om SLL hade rangordnat leverantörerna enligt LOU och enligt det utvärderingskriterium som man själv har angivit i förfrågningsunderlaget. Dessutom förhåller det sig så att SLL:s otydliga rangordning och otydligheten i SLL:s kommunikation av resultatet av upphandlingen till avropande enheter – dvs. remittenterna – också riskerar medföra att SLL inte uppfyller sitt eget främsta mål med upphandlingen, att få lägsta möjliga totalkostnad. Den otydlighet som SLL har valt i formuleringen av tilldelningsbeslutet och kommunikationen till avropande enheter leder till att remitterande läkare m.fl. kommer att fortsätta “som man alltid har gjort” och välja att remittera patienter till den leverantör som man själv “har lust med”. Utan att här gå in på vilka grunder de enskilda remittenterna kan ha för sitt beslut kan konstateras att remitteringen inte sker enligt resultatet av upphandlingen. Detta är tillfylles för att konstatera att SLL genom sin otydlighet vad gäller rangordningen bryter mot LOU och att detta brott mot LOU medför inte enbart att SHC lider skada, utan också att SLL och därmed skattebetalarna kommer att lida skada. SLL upphandling i strid med LOU och upphandlingsrätten i övrigt har lett till att SHC har lidit skada. De volymer som SHC riskerar att gå miste om genom SLL:s felaktiga rangordning i tilldelningen medför att skadan är betydande. Den skada som SHC riskerar att lida genom SLL:s brott mot LOU och upphandlingsrätten i övrigt kan förhindras genom länsrättens förordnande att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts. – Målet handlar inte om patienters valfrihet utan om att SLL har gjort en upphandling enligt LOU och att man därför måste följa lagens regler om metoder för avrop. SLL gör gällande att man inte kan rangordna ramavtalsleverantörerna på grund av att patienternas rätt till valfrihet inte medger att SLL styr avropen/remisserna. Detta argument faller på sin egen orimlighet och är ologiskt på flera punkter. Vid sidan om LOU finns LOV, som är tillämplig just i de situationer som SLL beskriver, dvs. när patienterna själva skall bestämma vårdgivare. SLL har i

upphandlingen valt endast tre, i något fall fyra, ramavtalsleverantörer per objekt och i sitt ursprungliga tilldelningsbeslut hade man valt endast två leverantörer. Det är därmed ofrånkomligt att patienternas fria valmöjlighet av vårdgivare är ytterst liten och att den starkt begränsas genom upphandlingen. SLL måste kommunicera tilldelningen av ramavtal till remittenterna. Den kommunikationen ska självfallet innehålla rangordningen. Remittenterna styr avropen och måste få tydliga uppgifter om den rangordning som gäller. Är det så att SLL vill ge patienterna möjligheter att påverka valet av vårdgivare så är LOV den lämpliga upphandlingslagstiftningen. SHC föreslog också att LOV skulle användas vid kommunikation med SLL innan upphandlingen påbörjades, men SLL fattade ett aktivt val att inte använda LOV. Även om principen om patienternas valfrihet stämmer väl överens med vad majoriteten i SLL har kommunicerat till väljarna så är det inte riktigt att, såsom SLL påstår, valfriheten skulle vara så långtgående och utbredd som politikerna önskar. Den situation som SLL utmålar med ett mycket stort antal vårdtillfällen och stor valfrihet för patienterna är ägnad att ge domstolen en felaktig bild av verkligheten. I själva verket förhåller det sig så att SLL har delat in upphandlingen i ett antal objekt, baserat på typ av vård. Inom varje objekt förekommer årligen ett hanterbart antal vårdtillfällen/undersökningar. Vidare förhåller det sig på det sättet att SLL starkt har begränsat patienternas valfrihet genom att endast anta tre ramavtalsleverantörer per objekt. SLL:s intention var till yttermera visso att begränsa valfriheten ytterligare genom att endast anta två leverantörer per objekt. Patienterna har inte något fritt val vad gäller vårdgivare för klinisk fysiologi, utan denna vård får endast utföras av de tre eller fyra leverantörer som SLL har valt per objekt. Någon undantagssituation från skyldigheten från att rangordna antagna ramavtalsleverantörer såsom SLL gör gällande, föreligger därmed inte. Vid en konstruktion med ramavtal för vård, såsom nu är för handen, så innebär det att avropen sker i samband med att remiss skrivs. Det är därmed remittenterna är avropande enheter. Remittenterna styr

vården genom att skriva remisser. Självfallet har SLL en skyldighet att kommunicera till remittenterna vilka leverantörer som tilldelats ramavtal och därmed vilka leverantörer som remittenterna har rätt att avropa från/styra vård till. SLL:s påstående att LOU inte skulle innehålla några regler om rangordningen skall kommuniceras är direkt felaktigt. Tilldelningsbeslut med angivande av rangordning måste kommuniceras till avropsberättigade. Det torde vara helt omöjligt för en avropsberättigad att gissa sig till vilka ramavtalsleverantörer som antagits och hur dessa har rangordnats. Det är i praktiken helt omöjligt att efterleva LOU utan sådan kommunikation. Eftersom SLL utan tvekan är tvungna att kommunicera vilka leverantörer som är ramavtalsleverantörer till remittenterna, är det såväl enkelt som naturligt att den kommunikationen också innehåller uppgift om rangordningen av leverantörerna. Skulle det vara såsom SLL gör gällande att någon patient i ett enskilt fall vill välja annan leverantör än den som följer av rangordningen, så skulle man kunna tänka sig att remittenten vid avropstillfället gör avsteg från rangordningen i det enskilda fallet med hänvisning till patientens valfrihet. Det finns dock ingenting som motiverar att rangordning inte skulle ske. Det är tvärtom så att den upphandlingsrättsligt grundläggande principen om proportionalitet, vilken skall genomsyra allt upphandlingsarbete under hela upphandlingsprocessen, föreskriver att varje åtgärd inte får vara mer ingripande än vad som fordras för att uppnå målet med åtgärden. Om målet med åtgärden är att i någon mån låta patienterna vara delaktiga i beslutet om vårdinrättning, så är det en mer proportionerlig åtgärd att frångå rangordningen i enskilda fall. SLL:s åtgärd att inte rangordna ramavtalsleverantörerna strider alltså också mot proportionalitetsprincipen. Det framstår för SHC som uppenbart att SLL:s agerande strider mot LOU genom att man frångår lagens stadgande om att ramavtalsleverantörer skall rangordnas för det fall det inte är fråga om ett förfarande med en andra konkurrensutsättning, vilket inte är relevant i förevarande fall. Genom upphandlingen har SLL uppnått en avsevärd prispress på de tjänster som upphandlingen avser. Denna

prispress får dock inte genomslag i praktiken om inte avrop sker enligt rangordningen av leverantörer. För att SLL i praktiken skall uppnå den besparing som man i upphandlingen har "räknat hem" så fordras att volymerna avropas från leverantörerna i "rätt" ordning, dvs. i enlighet med rangordningen. Det är inte rimligt – och inte förenligt med LOU – att SHC trots sina låga priser nu skall lägga ner pengar och resurser på att marknadsföra sig mot remittenterna och allmänheten, vilket SHC har uppmanats till av SLL. På det sättet snedvrids och förfelas hela mekaniken med upphandling och ramavtal. Sådan marknadsföring skulle förmodligen också direkt strida mot LOU eftersom det enligt lagen endast finns rangordning och andra konkurrensutsättning som metoder för avrop, och båda bygger på användandet av objektiva kriterier för tilldelning av avrop. – Enligt LOU finns endast två metoder för avrop från ramavtal. Dessa metoder är alternativa. Vilken metod som skall väljas beror på hur förfrågningsunderlaget och de på upphandlingen följande ramavtalen är utformade. Antingen är förfrågningsunderlaget så precist och detaljerat utformat att leverantören kan lägga anbud och parterna teckna ramavtal där samtliga avtalsvillkor är fastställda på ett sådant sätt att det är möjligt att göra beställningar (avrop) direkt från ramavtalen, utan några (större) preciseringar och behovsanpassningar mellan den avropande myndigheten och leverantören. Eller så är förfrågningsunderlaget formulerat på ett mer översiktligt sätt, eller öppnar det för olika alternativ etc att leverantörens anbud och ramavtalet inte är så precist att det går att beställa utan att den avropande myndigheten preciserar sitt behov för leverantören. I det första fallet skall enligt LOU ramavtalsleverantörerna rangordnas, medan i det andra fallet skall avropsmetoden med en andra konkurrensutsättning användas. Det framgår redan av förfrågningsunderlagets utformning vilken avropsmetod som skall komma att användas för ramavtalet. Detta följer direkt av LOU. SLL påstår att om man skulle rangordna leverantörerna så är det något som skulle tillföras upphandlingen och som inte var känt för leverantörerna i samband med anbudsgivningen. Detta är ett felaktigt

påstående. Att ramavtalsleverantörerna skall rangordnas i förevarande fall följer av lag och är inte något som måste uttryckas i förfrågningsunderlaget. SLL:s påstående är mycket märkligt och svårförståeligt. I den aktuella upphandlingen är förfrågningsunderlaget, anbuden och de därpå följande ramavtalen så tydliga att det är möjligt beställa den aktuella vården direkt, genom att skriva en remiss, utan att någon andra konkurrensutsättning genomförs. Detta innebär att förutsättningarna är uppfyllda för att ramavtalsleverantörerna skall rangordnas. Vad SLL anför om fördelningsnyckel är i detta fall inte riktigt och saknar relevans. Eftersom det enda utvärderingskriteriet i upphandlingen har varit lägsta pris så skall en rangordning på till så att den leverantör som har offererat lägsta pris skall rangordnas först. När den volym som leverantören uppgett som sin kapacitet i anbudet, har avropats/beställts, skall nästkommande avrop gå till den leverantör som rangordnats som nummer två i upphandlingen till dess också denna leverantörs kvot är fylld, då turen går till den leverantör som rangordnats som nummer tre. Något annat sätt att rangordna leverantörerna än de som följer av de utvärderingskriterier som uppställts i upphandlingen ger LOU inte utrymme för.

SLL bestrider att upphandlingen skall rättas. Upphandlingen har gjorts på ett korrekt sätt och SLL har inte på något sätt brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Bolaget lider inte någon skada. Det föreligger därför inte skäl att besluta om åtgärder enligt 16 kap. LOU. Medan SHC hävdar att det borde ha rangordnats som "första leverantör" anser SLL att detta inte är lämpligt överhuvudtaget för denna upphandling av hälso- och sjukvårdstjänster. Regeringen har i prop. 2006/07:128 s. 175-176 noterat att en upphandlande myndighet måste kunna under vissa förutsättningar ha möjlighet att frånga rangordning i ett ramavtal. Detta gäller när den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. En förutsättning för en sådan avvikelse måste framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll.

Exemplet som ges i propositionen är det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten skall tillhandahålla. Denna upphandling avser tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi till primärvård, psykiatri, geriatrik och privata vårdgivare med avtal om somatisk specialistvård samt privatpraktiserande specialistläkare som har landstingsavtal eller ersätts enligt nationella taxan. Det rör sig om ett betydande antal avrop (129 340 undersökningar i 2007 enligt anbudsinbjudan) från en flora av vårdgivare av olika slag vilka omfattar både privata verksamheter och landstingsverksamheter exempelvis fanns år 2007 ca 742 olika remittenter för undersökningar för klinisk fysiologi. SLL har inte möjlighet att styra och kontrollera vilka avrop som ska ges till varje leverantör. Patientströmmen styrs till antagna leverantörer som fått avtal med SLL men avropet d.v.s. valet mellan leverantörerna sker inte hos SLL utan görs av enskilda patienter i samråd med remitterande läkare. SLL anförde därför tydligt i punkt 10.3 i avtalsmallen i förfrågningsunderlaget att: "Befolkningen inom Stockholms läns landsting har rätt att fritt välja leverantör av dessa tjänster. Alla leverantörer som arbetar på uppdrag av SLL skall ta emot de personer som söker sig till Leverantören". Punkt 10.3 som utgör en viktig del av ramavtalets innehåll är inte förenlig med en rangordning enligt SHC:s skrivning. Denna rätt att fritt välja leverantörer gör att SLL inte har utrymme att tillämpa någon annan princip för fördelning av uppdrag i denna upphandling utan att riskera nya överklaganden eller eventuella skadeståndskrav. SHC påstår att SLL har handlat i strid med LOU genom att inte tydligt ange i tilldelningsbeslutet och kommunikation till "avropande enheter" den rangordning som innebär att SHC rangordnas som "första leverantör" avseende samtliga aktuella upphandlingsobjekt. SLL bestrider detta påstående. LOU har inga regler om en sådant angivande och en sådan kommunikation Avtalets speciella karaktär framgår av att "avropande enheter" inte finns hos SLL utan ute i samhället. Bolaget kan knappast ha utgått från att man med sina angivna

LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN
Allmänna avdelningen

DOM

volymåtaganden skulle vid framgång i anbudstävlan vara garanterad dessa volymer. Det är ju tydligt angivet i förfrågningsunderlaget att SLL inte lämnar några garantier alls beträffande volymer. SLL har inte på något sätt brutit mot LOU. Inte heller lider SHC skada. – Det ska poängteras att samtliga villkor för tilldelning av kontrakt under ett ramavtal måste vara fastställda och kända för anbudsgivarna redan före anbudsgivningen. Tilldelningen av kontrakt måste sedan göras med tillämpning av villkoren i ramavtalet. I vare sig förfrågningsunderlaget eller ramavtalet finns det angivet en rangordning. Att tillföra rangordning nu enligt SHCs förslag när sådan rangordning saknas skulle strida mot principen om transparens. Det kan förklara varför länsrätten i sin dom i mål nr 23648-08, 23649-08 och 23695-08 aldrig tog upp frågan om rangordning. Om länsrätten ändå anser att någon typ av fördelningsnyckel för avrop krävs i denna upphandling gör SLL gällande att fördelningsnyckeln redan finns i punkt 10.3 i avtalsmallen i förfrågningsunderlaget. Här framgår det att befolkningen inom Stockholms läns landsting "har rätt att fritt välja leverantör av dessa tjänster", dvs. i praktiken att patienten gör valet i samråd med remitterande läkare. Lämpligheten av en sådan fördelningsnyckel i ett ramavtal har dessutom prövats tidigare av Länsrätten i Örebro län i mål nr 2989-08 E, 3017-08 E och 3018-08 E. Information om nya upphandlade tjänster och leverantörer kommuniceras alltid ut till remitterande läkare. Detta görs både via nyhetsbrevet HSN Nytt och genom publikation av de väsentliga avtalsvillkoren t.ex. pris på vår databas för leverantörer. Förmedlingen av information rörande priser är en självklar del av kommunikationen för att SLL ska kunna utnyttja de prisskillnader som finns mellan leverantörerna. Detta innebär dock inte att rangordning ska ske.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 5 kap. 2 § första stycket är bl.a. följande föreskrivet. Kontrakt som grundar sig på ett ramavtal skall tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §.

I 6 § samma lag och kapitel är följande föreskrivet. Om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud.

Kontrakt skall tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU är följande föreskrivet. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

I förarbetena till LOU har regeringen uttalat bl.a. följande beträffande tilldelning av kontrakt med stöd av ramavtal. Ett krav på ramavtalets innehåll bör [...] införas i den meningen att ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt. [...] En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten skall tillhandahålla. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten skall kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll. Det anförda innebär, enligt regeringens mening, inte att det är motiverat att avstå från att kräva att ramavtal skall innehålla en fastlagd rangordning. I de fall detta inte är möjligt eller är förenat med påtagliga nackdelar bör dock avtalet innehålla andra grunder för i vilken ordning leverantörerna skall ha möjlighet att leverera (prop. 2006/07:128 s. 175). En särskild svårighet uppkommer

[...] om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten skall tillhandahålla, såsom t.ex. handikapphjälpmedel. Likaså kan det i vissa situationer vara nödvändigt att låta användaren av ramavtalet avgöra vilken produkt eller tjänst som skall avropas. Det kan t.ex. vara fråga om avtal om komplicerade medicinska produkter eller tjänster som beror på behandlande läkares val av behandlingsmetod eller på vissa patienters speciella behov. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten skall kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll (a. prop. s. 179).

Målets utredning

I punkt 1.2 *Omfattning* i aktuellt förfrågningsunderlag har bl.a. angetts att SLL inte lämnar några garantier om tjänstens omfattning (antal analyser, undersökningar eller deras värde).

I punkt 1.16 *Anbudsprövning* har bl.a. följande angetts. De anbudsgivare som uppfyller samtliga skall-krav går vidare till steg 2, utvärdering av anbudet. De anbud kommer att antas som har lägst totalkostnad för de undersökningar och åtgärder inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi som är markerade med gul färg (obligatoriska undersökningar) i prisbilagan för respektive objekt. Totalkostnaden beräknas med hjälp av de volymer som anges i prisbilagan.

I punkt 1.17 *Avtal* har bl.a. följande angetts. 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 till dess att volymen täcks.

I punkt 10.3 i den till förfrågningsunderlaget bifogade avtalsmallen har följande angetts. Befolkningen inom Stockholms läns landsting har rätt att fritt välja leverantör av dessa tjänster. Alla leverantörer som arbetar på uppdrag av SLL skall ta emot de personer som söker sig till Leverantören.

Länsrättens bedömning

Länsrätten konstaterar inledningsvis att det i målet synes ostridigt att det inte är fråga om tilldelning av kontrakt efter förnyad konkurrensutsättning.

Länsrätten konstaterar att det vare sig i 5 kap. 6 § LOU eller det bakomliggande direktivet har uppställts några uttryckligt krav på att tilldelning av upphandlingskontrakt med stöd av ramavtal utan krav på förnyad inbjudan att lämna anbud skall innehålla någon rangordning eller fördelningsnyckel för fördelning av kontrakt. Såväl förarbetena (a.prop. s. 162 och 175) som doktrin (se t.ex. *Lag om offentlig upphandling - en kommentar*, 2009, Jan-Erik Falk, s. 196ff. och *Upphandlingens grunder*, 2008, Kristian Pedersen, s. 71f.) förutsätter emellertid att tilldelning av kontrakt med stöd av ramavtal med flera leverantörer utan förnyad konkurrensutsättning ska ske utifrån en i ramavtalet angiven rangordning av leverantörer eller annan fördelningsnyckel. Ett ramavtal av ifrågavarande slag som inte innehåller några bestämmelser om hur tilldelning av kontrakt ska ske torde dessutom strida mot kraven på transparens och medföra risk för att parterna i ramavtalet behandlas godtyckligt vid tilldelning av kontrakt.

SLL har i målet dock gjort gällande att SLL inte har möjlighet att styra vilka avrop som ska ges till varje leverantör samt hänvisat till uttalanden i förarbetena till LOU till stöd för att sin talan. Länsrätten konstaterar emellertid att de av SLL åberopade förarbetsuttalandena förutsätter att en rangordning bland de leverantörer som antagits *har gjorts*, dock att denna rangordning i vissa fall kan frångås under förutsättning att LOU:s krav på likabehandling och transparens inte träds för när. Detta kan dock enligt länsrättens mening inte befria en upphandlande myndighet från sin skyldighet att enligt 5 kap. 6 andra stycket LOU tilldela kontraktet till den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som ångetts i ramavtalet. Tilldelningen av ramavtal (utvärderingen av anbudet)

i förevarande upphandling har gjorts enkom utifrån lägsta totalkostnaden för de obligatoriska undersökningarna beräknade på visst sätt. Det är således endast totalkostnaden i förevarande upphandling som utgör bedömningsgrund för vilket anbud som vid varje avrop utgör det ”bästa anbudet” enligt 5 kap. stycket LOU. Avrop (remisser) som tillmäter även andra omständigheter betydelse vid val av leverantör sker således inte utifrån de förutsättningar som anges i ramavtalet och strider därmed mot 5 kap. 6 § LOU. Att SLL i och för sig i det aktuella förfrågningsunderlaget tydligt har angett att medborgarna i Stockholms läns landsting har rätt att fritt välja leverantör av de aktuella tjänsterna och att man inte kan lämna några garantier om tjänstens omfattning medför vid sådana förhållanden ingen annan bedömning. Sammanfattningsvis bedömer länsrätten att SLL:s upphandling genomförs i strid med såväl de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § som 5 kap. 6 § LOU.

I målet synes ostridigt att SHC i upphandlingen har lämnat lägsta totalpris för vart och ett av de fyra objekt man har offererat. Mot denna bakgrund bedömer länsrätten att SHC kan komma att lida skada till följd av de ovan konstaterade bristerna i upphandlingen. Grund att förordna om åtgärder med stöd av 16 kap. 2 § LOU föreligger därmed.

Vad slutligen gäller frågan om val av åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU har SHC yrkat att upphandlingen rättas på visst sätt. Länsrätten, som är fri att välja åtgärd oberoende av hur part utformar sina yrkanden i målet om överprövning (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs beslut den 29 februari 2008 i mål nr 1160-08), bedömer emellertid att de i upphandlingen konstaterade felaktigheterna hänför sig till förfrågningsunderlaget. Felaktigheter hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede medför normalt att upphandlingen måste göras om (se t.ex. RÅ 2005 ref. 47).

Såsom framgår av SLL:s yttrande i målet har SLL:s uppfattning om sina skyldigheter och möjligheter att reglera tilldelningen av remisser till

parterna i ramavtalet varit en viktig, t.o.m. grundläggande förutsättning för ramavtalets utformning. Vidare kan inte uteslutas att anbudsgivare i upphandlingen hade utformat sina anbud annorlunda om förfrågningsunderlaget hade innehållit en rangordning eller liknande reglering av fördelning av avrop från ramavtalet. Vid sådana förhållanden bedömer länsrätten att rättelse av upphandlingen inte är möjlig. Upphandlingen skall därför göras om.

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



Kurt Björk
Rådman

Föredragande har varit Henrik Grönberg.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
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.

