



SÖKANDE

Capio Sjukvård AB, 556527-3751
Vretenvägen 13
171 29 Solna

Ombud: Catharina Piper
Advokatfirman Lindahl
Studentgatan 6
211 38 Malmö

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

KONKURRENSVERKET	
2013-09-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut den 24 juni 2013 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Capio Sjukvård AB (Bolaget) har ansökt om överprövning av Region Skånes (Regionen) upphandling avseende drift av närsjukvård och viss specialiserad vård i Tomelilla och Simrishamns kommuner, dnr 1101440. Förvaltningsrätten avslag bolagets ansökan genom dom den 29 november 2012 (mål nr 10559-12).

Bolaget överklagade förvaltningsrättens dom till Kammarrätten i Göteborg. Kammarrätten har genom dom den 19 juni 2013 (mål nr 8800-12) återförvisat målet till förvaltningsrätten för prövning såvitt avser frågan om Bolaget genom den till anbudet bifogade moderbolagsgarantin från Ambea AB, har visat att Bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Förvaltningsrätten har, på yrkande av Bolaget, den 24 juni 2013 beslutat att Regionen inte får ingå avtal innan något annat har bestämts avseende upphandlingen.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Bolaget har yrkat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjort på så sätt att Bolagets anbud beaktas alternativt att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan i den del som nu ska prövas har Bolaget anfört bl.a. följande. Bolaget har till sitt anbud bifogat en moderbolagsgaranti från koncernen för att visa på sin ekonomiska stabilitet och finansiella ställning. Regionen har dock funnit att Bolagets anbud inte uppfyller skalkravet att ha en soliditet på 20 procent eller högre.

Den avgörande frågan är om Regionen har rätt att utesluta Bolaget ur upphandlingen och därtill inte godta den moderbolagsgaranti vilken Bolaget

bifogat sitt anbud. Upphandlingen är en upphandling av B-tjänst över tröskelvärde och rättigheten att åberopa annat företags kapacitet framgår av 15 kap. 15 a § LOU, som bygger på EU-direktiven om offentlig upphandling. Att hänvisa till annat företags kapacitet följer således av 15 kap. 15 a § LOU och är en rättighet för en leverantör, dvs. vare sig det finns ett uppställt skall-krav eller inte så har leverantören denna rättighet. I den svenska lagstiftningen har man valt att införa bestämmelser i LOU som innebär att kapaciteten hos externa företag får åberopas även för upphandlingar under tröskelvärdena. Lagstiftarens intention har varit att EU-rätten i detta avseende ska tillämpas analogvis så att samma rättighet att åberopa extern kapacitet ska gälla för upphandlingar som omfattas av 15 kap. LOU som för andra upphandlingar. Regionen har inte i förfrågningsunderlaget explicit begränsat anbudsgivare att få åberopa annat företags kapacitet.

En moderbolagsgaranti där ett moderbolag med stark finansiell ställning åtar sig att ikläda dotterbolagets förpliktelser enligt samma kontrakt och under hela kontraktperioden bör kunna anses fullt ut möta Regionens krav på soliditet. I detta fall utfärdades garantin av Ambea AB som är moderbolag till Bolaget och som har en soliditet på 76,8 procent vilket kraftigt överstiger de stipulerade 20 procenten. Den utställda moderbolagsgarantin är tydlig och garanterar Bolagets förpliktelser under hela avtalets löptid. Genom att inte ta hänsyn till den moderbolagsgaranti som Bolaget bifogat sitt anbud har Regionen handlat i strid med LOU.

Regionen har motsatt sig bifall till Bolagets talan och anfört sammanfattningsvis följande. Regionen frågasätter inte möjligheten att åberopa annat företags kapacitet även i de fall denna möjlighet inte har skrivits in i upphandlingsunderlaget. I den nu aktuella upphandlingen har dock möjligheten att hänvisa till annat företags kapacitet på visst sätt begränsats i och med kravet att "anbudsgivaren ska ha en soliditet om 20 procent eller högre". Av rättspraxis går inte att utläsa något förbud för upphandlande myndighet

att begränsa rätten att åberopa annat företags kapacitet. Tvärtom framgår att upphandlande myndighet har just en sådan möjlighet.

Regionen har vid sin prövning av kvalificeringskraven även beaktat den av Bolaget ingivna moderbolagsgarantin. Garantin gäller dock endast så länge ägandeförhållandet mellan de båda bolagen kvarstår oförändrat. Garantin saknar bl.a. nödvändiga skrivningar om vad som ska gälla i det fall detta ägarsamband bryts eller skrivningar om hur eventuella överlåtelser av garantin är tänkt att ske. Dessa är några av de många brister som föranledde Regionens bedömning att Bolaget inte heller med stöd av den ingivna garantin uppfyller det ställda kvalificeringskravet. Konsekvensen av dessa brister är att garantin när som helst kan upphöra att gälla.

Bolaget har inte genom moderbolagsgarantin visat att det i enlighet med 15 kap. 15 a § LOU förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Bolaget uppfyller således varken ensamt eller med beaktande av den ingivna moderbolagsgarantin det ställda skall-kravet avseende soliditet. Bolaget har därmed rätteligen uteslutits från upphandlingen. Bolaget har även hävdat att Regionen i förfrågningsunderlaget inte explicit begränsat anbudsgivare att få åberopa annat företags kapacitet. Redan i sin första skrivelse till förvaltningsrätten uppgav bolaget dock att det av kravets ordalydelse framgår att kravet avseende soliditet endast kan uppvisas genom att anbudsgivande bolag har en soliditet på 20 procent eller högre.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 15 kap. 15 a § LOU följer att en leverantör får vid behov när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från de andra företagen eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Kammarrätten i Göteborg har genom domen den 19 juni 2013 återförvisat målet till förvaltningsrätten för prövning av om Bolaget genom den till anbudet bifogade moderbolagsgarantin från Ambea AB har visat att Bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Kammarrätten avslog överklagan i den del den avsåg Bolagets invändning att Praktikertjänst AB:s anbud skulle förkastas. Förvaltningsrätten har således i förevarande mål enbart att pröva frågan om Bolaget genom den till anbudet bifogade moderbolagsgarantin har visat att Bolaget förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har bl.a. gjort gällande att det uppfyller skall-kravet angående soliditet då det ingivit en moderbolagsgaranti där ett moderbolag med stark finansiell ställning åtar sig att ikläda dotterbolagets förpliktelser enligt samma kontrakt och under hela kontraktperioden. Regionen har dock invänt att garantin saknar bl.a. nödvändiga skrivningar om vad som ska gälla


i det fall detta ägarsamband bryts eller skrivningar om hur eventuella överlåtelser av garantin är tänkt att ske och att Bolaget även med beaktande av moderbolagsgarantin inte har visat att det förfogar över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. Regionen har även angett att syftet med skall-kravet om att anbudsgivaren ska ha en soliditet på 20 procent eller högre är att det är absolut nödvändigt att verksamheten inte ens tillfälligtvis upphör, då uppdraget innebär att leverantören kommer att svara för en mycket stor del av hälso- sjukvården till befolkningarna i Simrishamns och Tomelilla kommuner.

Av den inlämnade moderbolagsgarantin framgår bl.a. att moderbolaget Ambea AB garanterar leverantörens ekonomiska förpliktelser i anslutning till driften av verksamheten som åligger dotterbolaget i förhållande till Region Skåne. Som Regionen har framhållit innehåller dock inte moderbolagsgarantin skrivningar om vad som ska gälla i det fall detta ägarsamband bryts eller skrivningar om hur eventuella överlåtelser av garantin ska ske. Utifrån formuleringen på moderbolagsgarantin framgår inte heller att moderbolaget skulle vara skyldiga att förhindra att dotterbolaget försätts i konkurs.

Mot bakgrund av detta och med hänsyn till att syftet med soliditetskravet bl.a. är att säkerställa att verksamheten inte ens tillfälligtvis upphör anser förvaltningsrätten att Bolaget, även med beaktande av moderbolagsgarantin, inte visat att det uppfyller det aktuella skall-kravet.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att Bolaget inte visat att Regionen har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de principer som bär upp lagen. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU. Bolagets ansökan härom ska därför avslås. Vid denna utgång i sak ska rättsens interimistiska förordnande upphävas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1 B LOU)



Anders Mattsson

Alexander Rappe har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

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

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.