



Meddelad i Stockholm

KLAGANDE

Stockholms läns landsting
SLL Upphandling
Box 6401
113 82 Stockholm

MOTPART

Aleris AB, 556068-8425

Ombud: Advokaterna Pontus Scherp och Björn Tude
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrättens i Stockholms län dom den 6 juli 2007 i mål nr 12256-07,
se bilaga

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling - LOU

Stockholms läns landsting (SLL) yrkar att kammarrätten, med ändring av länsrättens dom, lämnar Aleris AB:s (Aleris) ansökan om överprövning utan bifall alternativt återförvisar målet till länsrätten för ”vederbörlig prövning i sak”.

Aleris bestrider bifall till överklagandet.

SLL anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. Länsrätten har vid sin bedömning avseende bemanning, nya uppgifter och komplettering haft tillgång till ett förfrågnings- och protokollsunderlag utvisande att angiven bemanning avsåg den dominerande delen, ca 90 procent, av upphandlingsvolymen som var uppdelad i tre delar. Någon totalbemanning har inte efterfrågats i förfrågningsunderlaget. Eftersom antalet

anställda var beroende av omfattningen av tilldelat uppdrag har Barnmorskemottagningen Storken AB (Storken) i anbudet angett att antalet anställda kunde utökas vid ökad volym. Aleris har lämnat motsvarande nya uppgifter innebärande att bemanningen skulle ”anpassas efter efterfrågat uppdrag”.

Kravet på bemanning kan inte tolkas på sådant sätt att anbudsgivaren i detalj skall ange de personella resurser som verksamheten kan komma att kräva. Under sådana förhållanden kan endast anbudsgivare som bedriver en befintlig verksamhet ha tillräckligt underlag för att i detalj beskriva en bemanningsplan. Nya utförare förlorar under sådana omständigheter möjligheterna att konkurrera.

SLL gör gällande att Storken uppfyllde skall-kravet vid ingivandet av anbudet. Till stöd härför åberopas tidigare avgöranden där frågor rörande bemanning och tidpunkten då sysselsättningsgrad kan säkerställas har berörts. Därvid har uttalats att om en anbudsgivare kan anses ha angett en tänkt bemanning får ett skall-krav motsvarande det nu aktuella anses uppfyllt.

Enligt 6 kap. 8 § andra stycket LOU har en upphandlande enhet möjlighet att begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Länsrätten har funnit att det varit fråga om komplettering från Storkens sida och att kompletteringen inte varit affärsmässig. SLL bestrider att så skulle vara fallet och hävdar att det är fråga om ett förtydligande. Oavsett om det är fråga om ett förtydligande eller komplettering har denna skett utan risk för särbehandling. Även Aleris och övriga anbudsgivare har erbjudits möjlighet att förtydliga. Det är således inte fråga om en särbehandling av Storken. Inte heller har det varit fråga om konkurrensbegränsning. Genom att erbjuda anbudsgivare viss möjlighet till förtydligande/komplettering har det öppnats för ökade konkurrensmöjligheter och inte en begränsning.

Det finns, som det uttryckts, ”egentligen inget som hindrar att väsentliga ändringar görs i ett anbud så länge det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning” (Niclas Forsberg, Offentlig upphandling i praktiken, tredje upplagan s. 155). Storkens förtydligande/komplettering har inte inneburit att det är fråga om ett nytt anbud.

Det bör vidare beaktas att en upphandlande enhet har viss skyldighet att utreda oklarheter och liknande med beaktande av principen om god förvaltningssed och med hänsyn till rättsäkerheten. De eventuella justeringar/förtydliganden som föreligger är under sådana förhållanden i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna på upphandlingsområdet.

Rådet och kommissionen har gjort ett uttalande som innebär att den upphandlande enheten inte får föra förhandlingar med anbudssökande och anbudsgivare om grundläggande kontraktsförhållanden. Enheten får föra diskussioner, men enbart i syfte att klargöra eller komplettera ansökningarna eller anbuden under förutsättning att detta inte medför diskriminering. Det är dessa möjligheter som SLL har iakttagit för genomförda och protokollförda diskussioner om förtydliganden.

Länsrätten har i sin dom utslutit en leverantör – Storcken – från den kommande utvärderingen utan att kommunicera Aleris inlagor i målet med Storcken. Det strider mot gällande rätt på förvaltningsprocessrättens område. Eftersom Storcken inte har getts möjlighet att kommentera och förklara det som Aleris har ifrågasatt har länsrätten åsidosatt den kommuniceringsskyldighet som föreligger enligt 10 § förvaltningsprocesslagen (1971:291), FPL. Om Storkens anbud anses ha kompletterats på ett otillåtet sätt bör länsrättens dom upphävas och målet återförvisas till länsrätten för vederbörlig prövning i sak.

Aleris anför bl.a. följande. Att medge avvikelser från skall-krav är inte tillåtet enligt LOU. När det – som i detta fall – rör sig om en upphandling

där prövningsgrunden är lägsta pris är det särskilt allvarligt att medge sådana avvikelser, eftersom man då eliminerar de möjligheter som finns att kontrollera att den vinnande anbudsgivaren är en lämplig leverantör som klarar att uppfylla de ställda kvalitetskraven och har tillräckliga resurser att klara av att utföra det upphandlade uppdraget under hela avtalsperioden. Länsrätten har i sin dom funnit att Storken i sitt anbud inte uppfyllde ett av de aktuella skall-kraven, nämligen skall-kravet i avsnitt 1.8 i SLL:s förfrågningsunderlag att anbudsgivaren skall redovisa planerad organisation för uppdraget innefattande bemanning och kompetens. Aleris vidhåller sin i länsrätten angivna inställning att Storken inte heller uppfyllt skall-kraven avseende stabil ekonomisk ställning och kvalitetsuppföljning. Vidare vidhåller Aleris att upphandlingen inte skall anses vara affärsmässigt utförd på grund av SLL:s val av utvärderingsgrunden lägsta anbudspris.

Såvitt gäller frågan om redovisning av bemanning fanns i det ursprungliga anbudet inte någon redovisning av organisationen för uppdraget innefattande bemanning och kompetens, utan endast en beskrivning av ”den basala bemanningen på en lokaliseringseenhet” trots att anbudet avsåg hela den efterfrågade volymen. Aleris bestrider att förfrågningsunderlaget tillsammans med mötesprotokollet den 24 april 2007 skulle visa att Storken angett en bemanning som avsåg ca 90 procent av upphandlingsvolymen. Det saknar i vart fall relevans eftersom de i mötesprotokollet angivna uppgifterna inkom först efter anbudstidens utgång, varför uppgifterna inte skall beaktas vid kvalificeringsprövningen av anbudet.

Det står i skall-kravet i punkt 1.8 att ”Anbudsgivaren **skall** redovisa planerad organisation för uppdraget innefattande bemanning och kompetens”. Eftersom Storken sökte hela uppdraget hade Storken att ange den totala bemanningen, och eftersom Storken hade sökt hela uppdraget (dvs. full volym) kunde det heller inte finnas utrymme för ”ökad volym” där en utökning av antalet anställda skulle kunna komma i

fråga. Storken angav inte heller den totala bemanningen förrän vid mötet den 24 april 2007. I det ursprungliga anbudet hade Storken alltså inte redovisat planerad organisation för uppdraget innefattande bemanning och kompetens. Anbudet uppfyllde således inte det aktuella skall-kravet och skulle därför inte ha beaktats.

Det aktuella skall-kravet avser att förhindra att aktörer som saknar erforderlig kunskap för att bedriva den upphandlade verksamheten tilldelas uppdraget. Det är av särskild vikt när det rör sig om en upphandling där tilldelning sker enbart efter bedömning av lägsta pris, vilket gör att SLL inte har någon annan möjlighet att bedöma leverantörernas lämplighet och förmåga att utföra uppdraget. Genom skall-kravet kan också verifieras att de kalkyler som ligger till grund för anbudet bygger på en realistisk uppfattning av uppdraget, varigenom säkerställs att verksamheten kan bedrivas på ett bärkraftigt sätt. Skall-kravet syftar alltså till att undvika att SLL ingår avtal med leverantörer som inte kan fullgöra uppdraget och för att tillse att kvaliteten i det utförda uppdraget uppfyller de av SLL ställda kvalitetskraven.

De tillförda uppgifterna var, såsom länsrätten korrekt funnit, nya och otillåtna enligt 8 kap. 6 § LOU och skulle inte ha beaktats av SLL. SLL påstår också att någon särbehandling inte har förekommit eftersom även ”övriga anbudsgivare har erbjudits möjlighet att förtydliga”. Det är uppenbart att särbehandling har skett genom begäran och beaktandet av nya och väsentliga uppgifter om bemanningen. Det är ingen mindre förändring som har varit aktuell, utan Storken har tredubblat bemanningen av audionomer (den för uppdragets utförande viktigaste personalkategorin) i förhållande till vad som angavs i anbudet. Att SLL begär förtydliganden från andra anbudsgivare rörande andra frågor och avseende detaljer som är otydligt angivna i anbudet, innebär inte att en begäran om en komplettering med nya och för kvalificeringen avgörande

uppgifter från Storken skall kunna anses som något annat än en särbehandling av Storken.

Det har inte funnits några oklarheter i Storkens anbud som medfört behov av kompletteringar eller förtydliganden i LOU:s mening. Anbudet innehöll inte någon redovisning av organisationen för uppdraget inklusive bemanningen, vilket innebär att skall-kravet om redovisning av bemanning inte var uppfyllt. Detta bekräftades också vid mötet mellan SLL och Storken. I vart fall måste det vid det tillfället ha stått klart för SLL efter Storkens ”förtydligande” att någon redovisning av organisationen inte hade lämnats i det ursprungliga anbudet och att det därför skulle ha förkastats. Att acceptera helt nya uppgifter från Storken vid mötet och beakta dessa har i vilket fall som helst stridit mot principerna om likabehandling och transparens samt mot kravet på affärs-mässighet enligt 1 kap. 4 § LOU.

SLL har gjort gällande att länsrätten brutit mot 10 § FPL genom att inte kommunicera Aleris inlagor med Storken. Det framgår dock inte av SLL:s överklagande på vilket sätt det har haft betydelse för SLL att länsrätten inte kommunicerat inlagorna med Storken. I vart fall föreligger inget brott mot 10 § FPL. Storken är inte part i målet och länsrättens förordnande avser SLL:s åtgärder i upphandlingen och riktar sig således inte mot Storken (jfr RÅ 2002 ref. 5). Det förelåg alltså inte någon kommunikeringsskyldighet i förhållande till Storken, varför något brott mot den angivna bestämmelsen inte föreligger.

SLL har därefter anfört bl.a. följande. Storkens anbud angav en ”basal bemanning” med bl.a. 8-9 audionomer samt vissa andra befattningar som kunde komma att utökas beroende på den volym som skulle komma att tilldelas inom förfrågningsunderlagets uppdelning i tre områden – A, B och C. Anbudet redovisade härjämte en bemanning som stod i överensstämmelse med anbudsförfrågan p. 1.8. Detta krav innebar en verksam-

hetschef, tillgänglighet till medicinsk audiolog, kurator samt legitimerade audionomer. Något krav på viss personaltäthet förelåg inte.

SLL hemställde om ett förtydligande av den angivna bemanningen. Förtydligandet syftade till att klarlägga delar av anbudet som avsåg planerad organisation för uppdraget innefattande bemanning och kompetens, vårdtjänst respektive anbudspris. Av klarläggandet (protokoll 2007-05-04), vilket inte utgjorde en komplettering som anförts av länsrätten, framgick att bemanningen avsåg ”den basala bemanningen på en lokaliseringseenhet, t.ex. för enheten i innerstaden inom område C”. Området C innefattade enligt anbud lokaliseringseenheterna Kista och Innerstaden, 82 procent av den uppskattade volymen. Detta beräknades erfordra ca 21-22 audionomer. Av detta klarläggande i förening med den till anbudet fogade prislistan enligt vilket anbudet omfattade hela volymen för områdena A-C följer att anbudet redovisat den bemanning som anbudsgivaren skulle komma att ha vid tilldelning av uppdraget. Frågan om bemanning som föranledde SLL:s hemställan om ett förtydligande visade sålunda att anbudet uppfyllde de skall-krav som följde av anbudsfrågan p. 1.8.

Sammanfattningsvis bekräftade förtydligandet vad som offererats av Storken i anbudet. Detta anger 8-9 audionomer med viss utökning vilket vid utvärderingen bedömdes som en bemanning inom tre områden med totalt ca 27 audionomer. SLL delar inte länsrättens bedömning att en komplettering skett eller att klargörandet utgjort ett inte tillåtet förtydligande. SLL har inte lagt några nya uppgifter till det inlämnade anbudet på sätt som anförts av länsrätten.

Det kan också påpekas att klargörande av anbudet även skett efter hänvändelse till Aleris. I likhet med protokoll avseende klarläggande från Storken upprättades protokoll utvisande klargöranden som fördes fram av Aleris. I sitt anbud preciserade Aleris inte hur bemanningen skulle utformas. Anbudet angav endast att ”För efterfrågat uppdrag blir vår

planerade organisation i enlighet med den för vårt nuvarande uppdrag i Stockholms län”. Vidare anfördes att ”vi anpassar bemanningen efter efterfrågat uppdrag”. SLL anser att den bedömning som länsrätten gör med avseende på Storken innebär att ett hänsynstagande till principen om likabehandling medför att inte heller Aleris uppfyller skall-kraven avseende planerad organisation. För SLL som upphandlande enhet är det av stort värde att kunna iaktta den gränslinje som innebär att det ena klagörandet, till skillnad från ett annat, inte skall anses uppfylla ett skall-krav. För övrigt önskar SLL framhålla att fråga inte är om *ett* skall-krav som anförs av länsrätten. Kravet på teknisk förmåga och kapacitet innefattar i förfrågningsunderlaget ett flertal fristående skall-krav som tillsammans blir föremål för en helhetsbedömning. Varje enskilt skall-krav isolerat klargör inte hur organisation och bemanning kommer att tillgodoses.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 uttalat att förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds förnär. I förevarande fall avser frågan en anbudsgivares utformning av anbudet. Om anbud, i likhet med ett förfrågningsunderlag, inte är ”optimalt utformade” anser SLL inte att omständigheterna är sådana att en överträdelse av LOU:s och gemenskapsrättens principer har skett. Nya uppgifter har i förevarande fall enligt SLL inte tillagts. Därmed har inte heller kraven på affärsmässighet och likabehandling åsidosatts.

Beträffande frågan om kommuniseringskyldighet är det inte den upphandlande enhetens uppgift att ”försvara” en anbudsgivares anbud. Den upphandlande enheten har endast att ange de ställningstaganden som denna gjort vid tilldelning av kontraktet. ”Försvaret av ett anbud” ankommer på den ifrågasatta anbudsgivaren. Vid ett yrkande om att utesluta den vinnande anbudsgivaren skall denne ges möjlighet att yttra sig i målet, vilket följer av 10 § FPL. I förevarande mål, liksom i Kammarrättens i Sundsvall mål nr 3441-06 i vilket beslut meddelades

den 28 februari 2007, har den leverantör som ansökt om överprövning av tilldelningsbeslutet yrkat att den vinnande anbudsgivarens anbud skall uteslutas från anbudsutvärdering. Ett sådant yrkande rör den vinnande anbudsgivaren och denne skall ges möjlighet att yttra sig i målet i enlighet med 10 § FPL. Storken har inte getts denna rätt. Länsrätten har således åsidosatt kommuniceringsskyldigheten i 10 § FPL.

Det av Aleris åberopade rättsfallet RÅ 2002 ref. 5 rör frågan om ett internt kommunalt beslut som inte ansågs medföra några skyldigheter eller rättigheter för andra än den leverantör som borde ha getts möjlighet att komplettera sitt anbud genom undertecknandet av anbudet. Omständigheterna i det målet och förevarande mål skiljer sig vida åt och avgörandet är således inte av intresse i förevarande mål.

Aleris har slutligen anfört bl.a. följande. Storken har i anbudet inte angett bemanningen för hela uppdraget, dvs. för hela volymen för områdena A, B och C. Inte heller har i anbudet angetts bemanningen för något av dessa områden. Storken har i anbudet inte ens angett bemanningen på en viss lokaliseringsenhet i område C. Vad Storken enligt uppgift vid mötet den 24 april 2007 hade angett i anbudet var bara ett exempel på bemanning på en hypotetisk lokaliseringsenhet ("t ex för enheten i innerstaden inom område C"). Av uppgifterna vid mötet den 24 april 2007 framgår också att det över huvud taget inte fanns någon planerad lokaliseringsenhet som skulle bemannas med 8-9 audionomer, som angetts i anbudet. Storkens anbud uppfyller alltså inte skall-kravet att i anbudet redovisa "organisation för uppdraget innefattande bemanning och kompetens", varken för hela uppdraget eller för något av de tre områdena A, B och C. Vid mötet den 24 april 2007 lämnade Storken helt nya uppgifter om bemanningen för uppdraget. Dessa uppgifter saknade samband med de hypotetiska uppgifter som lämnats i anbudet. Genom beaktandet av de nya uppgifterna vid utvärderingen av Storkens anbud har SLL brutit mot likabehandlingsprincipen och kravet på affärsmässighet enligt LOU.

SLL:s påstående att inte heller Aleris anbud har uppfyllt det aktuella skall-kravet saknar relevans i målet. Aleris anbud var utformat på ett helt annat sätt än Storkens anbud och Aleris hade i anbudet hänvisat till den organisation och bemanning som Aleris hade vid anbudstillfället. SLL kände efter flera års samarbete med Aleris väl till att den angivna organisationen och bemanningen fungerade mycket bra och uppfyllde SLL:s krav på teknisk förmåga och kapacitet. Aleris anbud omfattade således en redovisning av organisation och bemanning och Aleris ändrade inga uppgifter i förhållande till anbudet vid mötet med SLL, utan Aleris redovisade på nytt vad som redan framgår av Aleris anbud. SLL:s begäran om förtydligande medförde alltså inte någon otillåten ändring av Aleris anbud, utan innebar endast ett rent förtydligande vilket är tillåtet enligt 6 kap. 8 § LOU.

DOMSKÄL

Kammarrättens prövning är begränsad till de frågor som SSL tar upp i sitt överklagande. Vad Aleris har anfört i svaret på överklagandet om att Storken bl.a. inte uppfyller kvalitetskraven som uppställts i förfrågningsunderlaget gällande teknisk förmåga och ekonomisk stabilitet som enligt Aleris krävs för att utföra vårduppdraget, ligger således utanför den prövning kammarrätten kan göra med anledning av SLL:s överklagande. Någon fullständig överprövning av länsrättens dom kan således nu inte ske.

Enligt 6 kap. 8 § andra stycket LOU får en upphandlande enhet begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Ett förtydligande eller en komplettering får därför inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan. En tidigare lämnad uppgift kan på så sätt kompletteras eller förtydligas utan att den upphandlande enheten behöver inleda förhandlingar med anbudsgivarna.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. att anbudsgivaren skall redovisa planerad organisation för uppdraget innefattande bemanning och kompetens. Länsrätten har bedömt att detta skall-krav medför att anbudet skall innehålla en redogörelse för den bemanning som anbudsgivaren kommer att ha vid tilldelning av uppdraget. SLL har såsom upphandlande enhet emellertid hävdad att kravet enligt punkt 1.8 inte inneburit att anbudsgivare måste uppge en viss personaltäthet, utan att de uppgifter som lämnats av Storken avseende basal bemanning på en lokalisering-enhet i kombination med det av SLL senare begärda klarläggandet är tillräckliga för att det aktuella skall-kravet skall vara uppfyllt. SLL har i samband härmed även påpekat att till grund för bedömningen av en anbudsgivares tekniska förmåga och kapacitet ligger ett flertal skall-krav och att besvarandet av ett enskilt sådant krav inte alltid klargör hur t.ex. organisation och bemanning kommer att tillgodoses. Mot bakgrund av vad SLL har anfört om innebörden av skall-kravet och med hänsyn till hur detta formulerats godtar kammarrätten SLL:s uppfattning i saken. De av Storken i anbudet lämnade uppgifterna beträffande organisation och bemanning jämte senare klarläggande får således anses motsvara vad som härvid efterfrågats.

Genom vad SLL har upplyst i målet om bakgrunden till det begärda förtydligandet finner kammarrätten att detta inte utgör en otillåten komplettering och att förtydligandet skett i enlighet med vad som anges i 6 kap. 8 § LOU samt att huvudregeln om affärsmässighet i 1 kap. 4 § samma lag inte trätts förnär. Storken får därigenom anses ha uppfyllt det aktuella skall-kravet och skäl att på den av länsrätten angivna grunden tillgripa åtgärder enligt 7 kap. 2 § LOU finns således inte. På grund härav skall SLL:s överklagande bifallas i sak.

Vid denna utgång i målet finns inte anledning att pröva SLL:s alternativa yrkande.

DOMSLUT

Med ändring av länsrättens dom såvitt nu är i fråga avslår kammarrätten Aleris ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR (formulär 1), se bilaga.

Helena Jäderblom
lagman

Thomas Ekroth
kammarrättsråd
referent

Eva Edwardsson
adjungerad ledamot