

Genomgång av Stockholms läns landstings upphandling av somatisk vård

1. Inledning

Vi har blivit ombdda av Stockholms Läns landsting ("Landstinget") att gå igenom förfrågningsunderlaget avseende Landstingets upphandling av somatisk vård, objekt 1125, ("Upphandlingen") i syfte att peka på eventuella brister i förfrågningsunderlaget.

Vi har med hänsyn till den korta tiden vi har haft till vårt förfogande, begränsat vår undersökning till att ur ett juridiskt perspektiv granska dokumenten *Inbjudan till anbudsgivning avseende somatisk vård*, *Instruktion till prisbilagan*, *Avtal*, samt ett urval av *objektbeskrivningarna* och *kravspecifikationerna* (objektsbeskrivningarna och kravspecifikationerna har haft samma struktur och berört samma typ av frågor) ("Förfrågningsunderlaget"). Vi har i även gått igenom dokumenten "Frågor och svar 1–9" för att fastställa vilka delar av Förfrågningsunderlaget som har ansetts vara oklara.¹

Vi har i samband med vår analys även diskuterat vissa kommersiella aspekter avseende Upphandlingen med Landstinget (bland annat angående utformningen av *skall*-krav och utvärderingskriterier). Dessa aspekter berörs inte i denna promemoria.

Upphandlingen faller under 6 kap lagen om offentlig upphandling ("LOU") (förenklad upphandling) eftersom upphandling av sjukvårdstjänster är en s.k. B-tjänst. Vi har inte undersökt om Landstinget har iakttagit bland annat de annonserings- och publicitetskrav som gäller för förenklade upphandlingar som överstiger tröskelvärdena i LOU 5 kap.

¹ Vi har laddat ner dokumenten på http://www.sll.se/w_upphandling/135649.cs.

2. Bedömning av Förfrågningsunderlaget

2.1 Utformningen av objektbeskrivningarna

Det har hävdats att den geografiska indelningen och innehållet i objektsbeskrivningen (t.ex. patientunderlaget) inte överensstämmer med dagens verklighet eller hur det "borde" vara. Det har vidare hävdats att det är oklart hur den geografiska begränsningen skall tolkas (se t.ex. "Frågor & Svar 6", fråga nummer 40 och 41, samt e-postmeddelande från Praktikertjänst Hälso- och sjukvård till Landstinget av den 16 mars 2005).

Vid en upphandling måste de uppgifter som anges i förfrågningsunderlaget stå till grund för anbudena – inte anbudsgivarnas egen uppfattning om vad som utgör en "korrekt" verklighetsbeskrivning. Detta är en grundläggande förutsättning för att kunna genomföra en upphandling i enlighet med principerna om likabehandling och affärsmässighet. I annat fall skulle en befintlig leverantör kunna erhålla en fördel vid anbudsgivning i förhållande till andra leverantörer. En befintlig vårdgivares uppfattning om t.ex. omfattningen av dagens patientunderlag kan vidare inte anses "binda" Landstinget vid framtida upphandlingar. Om så vore fallet skulle ett landsting t.ex. i framtiden inte kunna styra vissa patienter till ett visst sjukhus i syfte att öka specialiseringen. En beställare måste med andra ord själv kunna avgöra *vad* den vill upphandla. Denna typ av lämplighetsfrågor faller således utanför LOU.

Så länge som Landstinget tydligt anger *vad* man vill upphandla i förfrågningsunderlag och kravspecifikation, m.m., måste anbudsgivarna utgå från det. Av "Frågor och Svar" har inte framkommit sådana uppgifter som tyder på att t.ex. omfattningen av Upphandlingen inte skulle vara tillräckligt klart angiven. Landstinget får dock naturligtvis inte vid utvärderingen avvika från Förfrågningsunderlaget på grund av politisk press eller för att det inser att Upphandlingen skulle ha kunnat göras på ett annat lämpligare sätt.

2.2 Landstinget anvisar att viss verksamhet skall bedrivas i befintliga lokaler

Vissa vårdgivare har ansett att det faktum Landstinget anvisar att viss verksamhet skall bedrivas i befintliga lokaler gynnar den befintliga vårdgivaren som har bättre vetskap om hyres- och andra lokalkostnader.

Landstinget har gått ut och meddelat att det kommer att hyra ut lokalerna till vinnande anbudsgivare och att de priser som skall anges i anbudet inte skall beakta hyreskostnaden. Enligt vår mening kan Landstinget göra denna typ av rättelser eller klargöranden under förutsättning att det *inte väsentligt ändrar på förutsättningarna för Upphandlingen* (se vidare nedan 2.4).

2.3 Det finns oklarheter mellan kravspecifikationerna och prisbilagan

I vissa fall anges t.ex. vissa operationer i kravspecifikationen men inte i den prisbilaga som vårdgivarna måste fylla i. Landstinget har i "Frågor & Svar" klagjort att det är kravspecifikationen som gäller och att prisbilagan endast skall användas som en utvärderingsmodell. Det innebär att en vårdgivare måste kunna utföra t.ex. en viss sorts knäoperation trots att den inte finns upptagen i prisbilagan. Enligt vår mening kan Landstinget göra denna typ av mindre omfattande rättelser eller klargöranden (se vidare nedan 2.4).

2.4 Kravet på att "samtliga ASA-klasser" skall kunna tas emot vid slutenvård

I "Frågor & Svar 4", anges följande:

Fråga 8:

Det framgår i avtalet att leverantören skall kunna ta emot samtliga ASA-klasser i slutenvård. ASA-klass 5 är en mycket hög riskpat som är döende, samtidigt framgår i avtalet att vi inte behöver ha IVA vård hos leverantören dock skall en nära och snabb tillgång till intensivvård kunna säkras.

Svar 8:

Samtliga ASA-klasser gäller endast urologi och gynekologi. ASA-klass 5 ingår självfallet inte. För ortopedi gäller att patienter i ASA klass 1 och 2 skall ingå i åtagandet medan operation av patienter i ASA klass 3

avgörs av Leverantören om de anser att de har den kompetensen. Övriga ASA-klasser omfattas ej av detta avtal.

Kravet på att "samtliga ASA-klasser" skall tas emot vid slutenvård finns i kravspecifikationerna för *ortopedisk-*, *kirurgisk-* (endast för Objekt 5 "kirurgisk specialistvård"), *urologisk-* och *gynekologisk* verksamhet (endast för Objekt 7 "gynekologisk specialistvård").

Av svaret på fråga 8 framgår att kravspecifikationerna var felaktiga i denna del eftersom (i) ASA-klass 5 inte skall ingå alls, (ii) ASA-klass 1 och 2 ingår i åtagandet för ortopedi medan klass 3 inte är ett skall-krav samt (iii) vad avser gynekologi, kravet på att klass 1–4 skall kunnas tas emot endast gäller vad avser gynekologisk specialistvård. Det är dock fortfarande oklart vilka ASA-klasser som måste tas emot i kirurgisk specialistsjukvård (objekt 5) och om övrig gynekologisk och kirurgisk verksamhet måste ta emot ASA-klasserna 1–2 eller 1–3.

I ett e-postmeddelande från Praktikertjänst Hälso- och sjukvård av den 16 mars 2005 anges att en "helt annan vårdorganisation" krävs för att ta emot ASA-klasserna 1–4 jämfört med 1–3 och att en "presumtiv anbudsgivare tvingats avstå från början för att sedan konstatera att detta kunde mycket väl ha varit något att arbeta med".

En beställare har rätt att göra vissa förtydliganden och rättelser i förfrågningsunderlaget. Landstinget får dock *inte väsentligt ändra på förutsättningarna för Upphandlingen*. LOU förutsätter att en upphandlande enhet, som upptäcker att dess förfrågningsunderlag väsentligen behöver förändras, avbryter den pågående upphandlingen och påbörjar en ny upphandling.² Det skall således även efter rättelsen i grunden vara samma tjänster som upphandlas i förhållande till vad som angavs i förfrågningsunderlaget inklusive kravspecifikationen. I e-postmeddelandet antyds att det är fråga om en sådan väsentlig ändring. Utan tillgång till Landstingets sakkunskap är det svårt för oss att bedöma denna fråga. Vi bör därför snarast utreda denna fråga tillsammans med Landstinget.

² Se bl.a. EG-domstolens dom i mål C-337/98 Europeiska gemenskapernas kommission mot Republiken Frankrike, [2000] ECR 8377.

2.5 Kravet på att prisbilagan skall inges även på CD-rom

Huvudprincipen i LOU är att ett skriftlighetskrav gäller. Det är inte tillåtet att ställa krav på att anbud skall inges i annan form än skriftlig. Detta innebär att ett anbud som endast ingivits i pappersform inte får förkastas med hänvisning till skall-kravet avseende CD-rom. Landstingen skulle kunna göra ett förtydligande i denna del.³

2.6 Skall-kravet avseende ekonomisk ställning

I Anbudsförfrågan anges som ett krav att anbudsgivaren skall ha en stabil ekonomisk ställning och vidare att nystartade företag (med vilket, såvitt vi förstår, avses företag som inte kan uppvisa två årsredovisningar) skall visa att de kan tillhandahålla en fullgörande-garanti. Landstinget måste vid kvalificeringen beakta att detta krav inte har kvantifierats (med t.ex. hänvisning till anbudsvärdet). Landstinget måste därför vara liberalt i sin bedömning och acceptera andra bevis på en stabil ekonomisk ställning än en bank- eller moderbolagsgaranti.

3. Slutsats

Av Regeringsrättens praxis framgår att ”även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när”.⁴ Vi har i vår genomgång av Förfrågningsunderlaget funnit vissa oklarheter och brister. På basis av bland annat kravspecifikationerna och det som framförts i ”Frågor & Svar” anser vi dock, med reservation för ändringen av ASA-klasserna, att det *inte* är fråga om sådana oklarheter och brister att en domstol sannolikt skulle anse att Upphandlingen bör göras om eller att rättelse bör ske.

³ Jfr. Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr. 6128-2002.

⁴ RÅ 2002 ref. 50. De principer som avses är t.ex. icke-diskriminerings-, likabehandlings- och proportionalitetsprinciperna och principen om affärsmässighet.

Vad avser ASA-klasserna bör vidare utredning ske för att avgöra om Landstinget väsentligt ändra förutsättningarna för Upphandlingen genom uttalandet i "Frågor & Svar 4", fråga 8. Om så skulle vara fallet måste Upphandlingen göras om i denna del.

Vi noterar slutligen att Landstinget har möjlighet att senast den 24 mars 2005 lämna ut ett förtydligande eller komplettering av Förfrågningsunderlaget till dem som begärt eller laddat ner underlaget från Landstingets hemsida.

Stockholm den 21 mars 2005

MANNHEIMER SWARTLING ADVOKATBYRÅ 