

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2008-06-17
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
10236-08
Rotel 227

SÖKANDE

AGA Gas AB, 556069-8119
Linde Gas Therapeutics
172 82 Stockholm

Ombud: Advokat Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Johan Rick
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 STOCKHOLM

MOTPART

Stockholms läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 6401
113 82 Stockholm

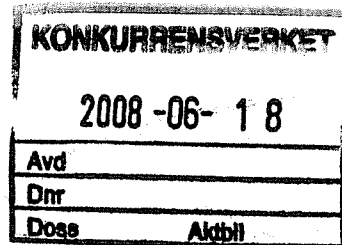
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår AGA Gas AB:s ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 15 maj 2008.



Dok.Id 338930

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

Telefax

08-561 680 01

E-post: lansrattenistockholm@dom.se**Expeditionstid**måndag – fredag
09.00-15:00

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) har inbjudit leverantörer att lämna anbud i en öppen upphandling enligt 2 kap. LOU, SLL175 med diarienummer LS 0609-1591. Föremål för upphandlingen är Gaser samt Oxygen- och sugutrustning och årsomsättningen beräknas uppgå till ca 36 mkr. Upphandlingen är uppdelad i tre delar där A avser Flytande gaser till tankar med tillbehör, B rör Övriga gaser med tillbehör och C avser Oxygen och sugutrustning. I förfrågningsunderlaget anges att anbud skall lämnas för samtliga produkter för respektive del A samt B och att det anbud kommer att antas som har lägst pris. AGA Gas AB (AGA) har genom sin avdelning Linde Gas Therapeutics lämnat anbud i upphandlingen. I tilldelningsbeslut av den 5 maj 2008 har SLL, per delområde, angivit vilka anbudsgivare som antagits. Av samma beslut framgår att två anbud inkommit för del A, Air Liquide Gas AB (Air Liquide) och AGA, och två anbud för del B där anbudsgivarna är desamma som för del A. Det anges i beslutet att Air Liquidess anbud antagits för delområde A och B.

YRKANDE M. M.

AGA ansöker om överprövning avseende del A och B och yrkar att länsrätten vid sin slutliga prövning skall besluta att del A och B i upphandlingen skall göras om. AGA yrkar även att länsrätten omedelbart skall besluta att del A och B i upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats av länsrätten eller överprövande instans. Som stöd för sin talan anför AGA bl.a. följande. Det sätt på vilket SLL utformat förfrågningsunderlaget strider mot likabehandlingsprincipen, transpararensprincipen och 1 kap. 4 § LOU. SLL har inte utvärderat något av de börkrav som anges i förfrågningsunderlaget, vilket strider mot nämnda principer och 1 kap. 4 § LOU. Dessa börkrav, vilka är ca 29 st. till antalet, återfinns såväl i anbudsförfrågan som i kravspecifikationen. I avsnittet 1.17 – 1.18 i förfrågningsunderla-

get angående kvalificering och utvärdering nämns dock överhuvudtaget inte något om dessa bör-krav eller hur de kommer att beaktas. SLL har heller inte beaktat bör-kraven alls vid utvärderingen av anbuden. Air Liquides anbud uppfyller inte samtliga skall-krav och anbudet skall därmed förkastas. I punkt 1.9 i förfrågningsunderlaget stadgas som ett skall-krav att anbudsgivare för del A samt del B skall ha tillräcklig kapacitet för att klara ett åtagande av denna storlek. Air Liquides anbud är otydligt beträffande detta skall-krav. Det framgår av förfrågningsunderlaget att anbudsgivare **skall** lämna en tydlig beskrivning av hur denne avser att säkerställa leverans. Air Liquide har i en bilaga till sitt anbud redogjort relativt omfattande för detta skall-krav men inte på ett tydligt sätt. Air Liquide har inte heller haft något uppdrag av motsvarande omfattning varför Air Liquide inte uppfyller skallkravet på uppgift om liknande uppdrag. Utöver denna tekniska förmåga är det också av största vikt att anbudsgivare har rättslig förmåga att försälja de aktuella produkterna. Saknas rättslig förmåga är arbetsgivarens tekniska förmåga ointressant. Försäljning av medicinska gaser kräver godkännande enligt 5 § läkemedelslagen, detta framgår av Läkemedelsverkets föreskrifter (LVFS 2004:16). Ett sådant godkännande benämns försäljningstillstånd för läkemedel. Detta godkännande kan sägas motsvara de krav på CE-märkning enligt MDD-direktivet, som uppställs i punkten 2.3 i kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget avseende medicintekniska produkter, genom att även CE-märkning är en förutsättning för att få sälja medicintekniska produkter. Det framstår som inkonsekvent av SLL att ha ett dylikt krav avseende medicintekniska produkter samtidigt som de inte har något krav på godkännande avseende medicinska gaser. Detta öppnar upp för olikabehandling av anbudsgivare då ett företag som har ett godkännande måste uppfylla ett antal omfattande krav avseende dokumentation och tillstånd etc. Ett godkännande för försäljning fungerar som en kvalitetssäkring av den aktuella produkten. En produkt som säljs under ett godkännande kan således inte anses jämförbar med en produkt som säljs utan godkännande. Air Liquides offererade produkter är inte CE-certifierade, de uppger i sitt

anbud att processen avseende certifiering beräknas vara klar till hösten 2008. Air Liquides anbud uppfyller inte skall-krav i punkt 2.5 p. 7 i förfrågningsunderlaget där det stadgas att tankar skall vara installerade och besiktigade "senast till avtalsstart". Air Liquide anger att deras tankar kommer att installeras successivt "efter avtalsstart". Detta krav är helt avgörande för att leverans av "övriga gaser" enligt del B i upphandlingen skall kunna ske. Skall-kravet är inte uppfyllt av Air Liquide. Enligt punkt 1.9 i förfrågningsunderlaget skall en anbudsgivare ha en "stabil ekonomisk ställning". Vidare stadgas att "SLL kommer vid den ekonomiska kvalificeringen göra en helhetsbedömning av den ekonomiska risken för företaget". Det framgår inte mer specifikt vad som avses med stabil ekonomisk ställning. Kammarrätten i Stockholm har i mål 1419-05 slagit fast att ett sådant skallkrav är för vagt formulerat för att uppfylla kraven på öppenhet och förutsebarhet (transparens) enligt LOU. SLL har genom att inte kommunicera vissa "frågor och svar" avseende förfrågningsunderlaget med samtliga anbudsgivare agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 4 § LOU. Det framgår att Air Liquide fått vissa frågor besvarade muntligt trots att det framgår av förfrågningsunderlaget att frågor skall ställas skriftligt samt att svar kommer att lämnas skriftligen. Mot bakgrund av det ovan anförda anser AGA att det står helt klart att AGA kan komma att lida skada i den mening som avses i 7 kap. 2 § LOU.

Länsrätten beslutade den 15 maj 2008 att upphandlingen SLL175 beträffande delarna A och B inte får avslutas innan något annat har beslutats

SLL bestrider att upphandlingens skall göras om och yrkar att länsrättens interimistiska beslut omedelbart upphävs. Till stöd för detta anför SLL i huvudsak följande. Upphandlingen har gjorts på ett affärsmässigt sätt, SLL har inte brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. För det fall att länsrätten skulle finna att SLL begått något fel under upphandlingsförfarandet är dessa att se som fel av mindre vikt. Så länge LOU och de

gemenskapsrättsliga principerna inte träds för när får förfrågningsunderlag och agerande från upphandlande enhets sida som inte är optimala accepteras (se bl.a. RÅ 2002 ref. 50). Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att det utvärderingskriterium som skulle tillämpas vid utvärderingen var ”lägst pris”. Detta har varit tydligt för anbudsgivarna. När detta utvärderingskriterium tillämpas beaktas inte andra egenskaper på produkten eller liknande. Det är därför tydligt att bör-kraven inte skulle tillämpas på det sätt som skulle ha gjorts om utvärderingskriteriet ”ekonomiskt mest fördelaktiga” skulle ha valts. Samma krav har ställts på alla leverantörer och ingen leverantör kan på detta sätt ha behandlats på annorlunda sätt. AGA synes beträffande anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet vilja lägga till ytterligare krav i upphandlingen, ett skall-krav. Det är den upphandlande enheten som bestämmer vad som skall inköpas och därmed också vilka krav på produkter som skall ställas. För övrigt framgår av punkten 2.2 i Kravspecifikationen att krav ställts bland annat på att medicinska gaser skall uppfylla Läkemedelsverkets föreskrifter. Härigenom kan sägas att det finns krav om försäljningstillstånd för läkemedel. Det får anses som ett underliggande krav i upphandlingar att leverantörer lagligen kan tillhandahålla efterfrågade produkter. Det är ett sedvanligt krav på leverantören att den skall inneha en stabil ekonomisk ställning. Kravet är känt för leverantörer och det föreligger inte någon tveksamhet om vad kravet innebär. Det anges även vilka bedömningar som kan komma att göras. Kravet är tydligt och i enlighet med lagtext, se 1 kap. 17 – 18 §§ LOU. Air Liquides anbud uppfyller skallkraven. Air Liquides anbud är tillräckligt tydliga beträffande ”tillräcklig kapacitet”. Air Liquide har angett uppgifter angående liknande uppdrag i bilaga, här framgår att Air Liquide har haft liknande uppdrag till flera universitetssjukhus m.fl. Vad gäller CE-märkning så följer SLL:s krav lagstiftning. För SLL är det väsentligt att produkterna uppfyller CE-märkning vid avtalsstart. I fråga om gaserna påbörjas avropen den 1 oktober 2008 och det är vid denna tidpunkt som produkterna måste ha CE-märkning. Om så inte är fallet blir det en avtalsrättslig fråga mellan SLL och Air Liquide. När det

gäller installation av tankar har SLL fått ett förtydligande från Air Liquide att tankarna kommer att installeras successivt med början den 1 juni 2008, som är avtalsstart. Enligt Air Liquidess uppgifter skall installationen vara klar på ca 3 – 4 veckor, vilket betyder att installationen är klar till avropsstart den 1 oktober 2008. Air Liquide har under anbudstiden ställt frågor rörande upphandlingen. Vissa av frågorna har kommunicerats med AGA. Några av frågorna har inte kommunicerats på grund av den absoluta sekretessen som gäller fram till tilldelningsbeslut har fattats. AGA, som varit leverantör till SLL under trettio års tid har förvärvat kännedom om uppgifterna och har inte på något sätt lidit skada genom att inte få del av frågorna och svaren. Detsamma gäller de muntligt ställda frågorna. Sammanfattningsvis har SLL inte brutit mot 1 kap 4 § LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. AGA har inte heller visat att något brott föreligger. Om länsrätten skulle finna att SLL brutit mot LOU bör länsrätten förordna om rättelse av upphandlingen eftersom ett åläggande att göra om upphandlingen är alltför långtgående och får långtgående konsekvenser för SLL och vården på sjukhus samt patientsäkerheten för länets invånare. Det finns även möjligheter att övergå till förhandlad upphandling i enlighet med 2 kap. 10 § LOU. Det är därför inte nödvändigt att upphandlingen görs om, det är fullt tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att SLL utifrån de två anbudsgivarnas anbud tillåts förhandla med dem. Detta gäller särskild upphandlingens del A. I del B har inte AGA lidit någon skada.

I yttrande av den 3 juni 2008 utvecklar AGA sin talan i anledning av SLL:s yttrande och anför huvudsakligen följande. Det är felaktigt, som SLL angivit i sitt yttrande, att AGA inte lidit eller riskerar att lida skada och även felaktigt att det skulle vara nödvändigt för AGA att uppfylla skall-kraven i upphandlingen för att åtgärder enligt LOU skall kunna komma ifråga. AGA bestrider att de fel som SLL begått under upphandlingsförfarandet skulle vara av mindre vikt. Som framgår av ansökan om överprövning och detta yttrande är överträdelserna sett var för sig och tillsammans allvarliga. AGA

anser att det är uppenbart att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten träds för när i upphandlingen, exempelvis genom utformningen av förfrågningsunderlaget i de delar AGA påtalat. Av Regeringsrättens domskäl i RÅ 2002 ref. 50 framgår att uttalandet som SLL åberopar avser förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller, således inte "agerande från upphandlande enhets sida" i allmänhet som SLL anger. AGA vidhåller att det är oklart hur bör-kraven kommer att beaktas i utvärderingsfasen samt att dessa enligt praxis måste beaktas. SLL har i sitt yttrande bekräftat att det i upphandlingen finns ett krav på att anbudsgivare skall ha försäljningsgodkännande för medicinska gaser som utgör läkemedel. Uttalandena från SLL kan inte tolkas på annat sätt. Dessa uttalanden är också i överensstämmelse med vad ansvarig upphandlare Ann-Marie Dellner uttalat i ett svar den 28 februari 2008 på en av Air Liquide ställd fråga. Som svar på frågan om gaser som klassificeras som medicintekniska produkter skall vara CE-märkta svarar Ann-Marie Dellner att "[g]aserna du räknat upp nedan skall vara CE-märkta enligt MDD-direktivet. Om de inte är det så skall gasen vara godkänt läkemedel". Detta svar kan inte tolkas på annat sätt än att anbudsgivare skall ha försäljningstillstånd för medicinska gaser som utgör läkemedel. Trots att Air Liquide har erhållit detta tydliga svar på sin fråga så anger inte Air Liquide i sitt anbud något om försäljningsgodkännande för offererade medicinska gaser. Air Liquide har, såvitt AGA känner till, inte försäljningsgodkännande avseende offererade medicinska gaser. Detta bekräftas av uppgifter på Läkemedelsverkets hemsida. Air Liquide har endast försäljningsgodkännande avseende t.ex. oxygen (syrgas) för veterinärt bruk, medan AGA har tre godkännanden avseende oxygen för humant bruk. Som ytterligare exempel kan nämnas att Air Liquide inte har försäljningsgodkännande för nitrous oxide (lustgas), medan AGA har två försäljningsgodkännanden. AGA bifogar uppgifter från Läkemedelsverkets hemsida angående försäljningsgodkännanden. Detta innebär att SLL antagit ett anbud som inte uppfyller skall-kravet om försäljningsgodkännande. SLL:s agerande i denna del strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen

och 1 kap. 4 § LOU. Beträffande stabil ekonomisk ställning anför SLL att detta krav är känt för leverantörer och det föreligger inte någon tveksamhet om vad kravet innebär. Detta bestrids av AGA. Hur SLL anser sig veta att kravet är känt för leverantörer framgår inte, ännu mindre framgår hur SLL vet att det inte föreligger tveksamhet om kravets innebörd trots att kravet inte alls specificeras i förfrågningsunderlaget. Ingen leverantör kan tolka kravet eftersom det inte preciserats. AGA anser vidare att Air Liquide inte har visat att de haft några liknande uppdrag av det stora omfång som SLL:s upphandling avser. Air Liquidets tekniska förmåga och kapacitet brister. Som exempel kan nämnas att AGA i en av Air Liquide tidigare vunnna upphandling har gått in och levererat medicinska gaser när Air Liquide inte haft tillräcklig kapacitet för att fullgöra uppdraget enligt avtal. Detta gällde ett till omfattningen betydligt mindre uppdrag än nu föreliggande upphandling. SLL har i sitt yttrande angett att de fått ett förtydligande från Air Liquide angående installationen av tankarna. Här har följaktligen Air Liquide medgivit att man inte uppfyller det aktuella skall-kravet. SLL har trots detta ansett att Air Liquide uppfyller det aktuella skall-kravet, tydligen med motiveringen att det inte kommer att ske några avrop före den 1 oktober 2008 och det då räcker att installationen är klar till dess. Om så är fallet eller inte är i sammanhanget irrelevant då SLL i förfrågningsunderlaget valt att utforma det aktuella skall-kravet så att det inte råder någon tvekan om att installationen skall vara klar senast till avtalsstart. SLL kan inte i efterhand bortse från uppsatta skall-krav. De skall-krav som Air Liquide inte uppfyller är centrala krav i upphandlingen, ej endast formaliafrågor. De skall-krav som Air Liquide inte uppfyller är sådana krav som måste vara uppfyllda om SLL skall vara säkra på att överhuvudtaget erhålla leverans. Beträffande frågor och svar anför AGA bl.a. följande. SLL anför i sitt yttrande att de inte har kommunicerat vissa frågor och svar med hänsyn till den absoluta sekretessen som gäller fram till tilldelningsbeslut har fattats. Detta är en felaktig tolkning av aktuella sekretessbestämmelser. Det kan konstateras att SLL endast kommunicerat en av de totalt 14 frågor som Air Liquide ställt

till SLL. Absolut sekretess gäller enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslagen för uppgifter i anbud. Alla de frågor Air Liquide ställt har skett innan anbud ges in och frågorna och svaren avser inte uppgifter i Air Liquides anbud. Anförd bestämmelse är inte tillämplig på frågor under anbudstiden. Frågor och svar under anbudstiden måste kommuniceras samtidigt till samtliga anbudsgivare för att den upphandlande myndigheten skall anses ha agerat i enlighet med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 4 § LOU. SLL anför att AGA, p.g.a. den långa tid de varit leverantör till SLL, har förvärvat kännedom om uppgifterna och därmed inte lidit skada genom att inte få del av frågorna och svaren. Denna invändning är irrelevant. Det kan konstateras att de flesta frågor och svar vilka SLL valt att inte kommunicera är frågor av stort allmänt intresse för samtliga potentiella anbudsgivare, inklusive befintlig leverantör (dvs. AGA). SLL anger i sitt yttrande att ringa felaktigheter bör på sin höjd kunna föranleda beslut om rättelse och ingen annan påföljd. Detta uttalande saknar stöd i LOU och i praxis. I föreliggande fall finns stora brister i det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen, detta medför att rättelse inte är aktuellt i föreliggande mål, se RÅ 2005 ref. 47. Faktum kvarstår att SLL antagit ett anbud som inte uppfyller skall-kraven. Vidare för SLL ett resonemang där SLL menar att bestämmelsen i 2 kap. 10 § LOU utgör stöd för att meddela rättelse. AGA bestrider att bestämmelsen utgör stöd för detta i nuvarande läge när upphandlingen blivit föremål för prövning i förvaltningsdomstol.

I yttrande av den 9 juni 2008 anför SLL bl.a. följande. AGA synes blanda ihop begreppen om CE-märkning och försäljningstillstånd av medicintekniska produkter respektive läkemedel. CE-märkning krävs för varje medicinteknisk *produkt*. För medicinska gaser gäller att försäljningstillstånd innehåser. Avseende *läkemedel* skall dessa ha försäljningstillstånd eller kunna förskrivas med s.k. licensförfarande. I samband med ikraftträdandet av läkemedelsverkets föreskrift om medicinska gasers klassificering som läkemedel (LVFS 2004:16) antogs även övergångsbestämmelser. Enligt dessa

får den som den 1 juli 2004 inom riket tillverkade och/eller saluförde medicinska gaser under begränsad tid fortsätta med tillverkningen och/eller försäljningen under förutsättning att ansökan om godkännande lämnas till Läkekemedelsverket. Air Liquide har ansökt om godkännande och handläggningen av ärendet pågår fortfarande. Air Liquide har även tillverkningstillstånd för aktuella produkter. SLL har inte ställt ett längre gående krav än vad Läkekemedelsverkets föreskrifter stadgar. Enligt AGA:s resonemang så är det endast befintlig leverantör – dvs. AGA som kan installera tankar inom tid. Enligt uppgift kan installation av tankar ta mindre tid än 3-4 veckor. SLL vidhåller vad som angetts om den absoluta sekretessen. För det fall vissa frågor hade lämnats ut hade även uppgifter om Air Liquide lämnats ut. En stor del av de frågor som ställts av Air Liquide gäller verksamheten vid sjukhusen, inte upphandlingen som sådan. Som tidigare sagts har AGA som befintlig leverantör sedan 30 år redan dessa uppgifter. AGA har inte heller behövt uppgifterna för att kunna lämna anbud i upphandlingen. AGA har därför inte på något sätt kunnat lida skada av att inte få uppgifter som de redan har kännedom om.

Härefter har AGA i yttrande av den 12 juni 2008 i huvudsak anfört följande. SLL skriver i sitt yttrande med hänvisning till Läkekemedelsverkets föreskrifter att "Air Liquide har ansökt om godkännande och handläggningen av ärendet pågår fortfarande för aktuella Air Liquide-produkter". Det innebär att det får anses ostridigt i målet att Air Liquide inte har försäljningsgodkännande för aktuella produkter i upphandlingen. Frågan kvarstår hur SLL anser sig veta att Air Liquide har ansökt om godkännande. Air Liquide har inte i sitt anbud angett någonting angående ansökning till Läkekemedelsverket. Den enda rimliga förklaringen är att SLL företagit en egen undersökning avseende denna fråga. Ett sådant agerande står tydligt i strid med LOU då en upphandlande myndighet inte har någon möjlighet att genom egna undersökningar komplettera ett anbud. Enligt 1 kap. 21 § andra stycket framgår det att SLL kunnat överväga att framställa en begäran till Air

Liquide om komplettering. AGA hänvisar här till Nämnden för offentlig upphandling (NOU) och dess yttrande i Kammarrättens i Sundsvall mål 2831-03 med diarienummer 2003/0289-29. Enligt NOU avses med förtydligande eller kompletteringar endast att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras, dvs. inte att tidigare uppgifter ändras eller ersätts av nya uppgifter. Av ovanstående framgår att SLL genom att vidta egna undersökningar av frågan om Air Liquide uppfyllt ett skall-krav, tydligt agerat i strid med LOU. AGA hänvisar även till Generaladvokaten Lenz förslag till avgörande i EG-domstolens mål C-87/94. AGA önskar vidare framhålla att punkt 2.5 p. 7 i förfrågningsunderlaget tydligt stadgar att tankar skall vara installerade och besiktigade "senast till avtalsstart". SLL har senare insett att detta inte är praktiskt genomförbart. SLL har här haft för dålig framförhållning och borde ha startat upphandlingen tidigare för att inte komma i tidsnöd. Det föreligger en risk för att detta skall-krav avhållit potentiella anbudsgivare/leverantörer från att lämna anbud då dessa kan ha ansett att de inte skulle kunna uppfylla det aktuella skall-kravet avseende installationstidpunkt. Det faktum att SLL nu väljer att bortse från detta skall-krav innebär en otillåten särbehandling av Air Liquide i förhållande till potentiella anbudsgivare/leverantörer. AGA vidhåller vad som tidigare anförts avseende frågor och svar under upphandlingen. Det är av stor vikt att också potentiella anbudsgivare/leverantörer inte försummas då den information som framkommer vid "frågor och svar" kan vara av sådan art att den är avgörande för huruvida en potentiell anbudsgivare/leverantör väljer att lämna, alternativt avstår från att lämna, ett anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Den 1 januari 2008 trädde den nya LOU (2007:1091) i kraft. Enligt övergångsbestämmelserna skall bestämmelserna i den äldre LOU (1992:1528) tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet av den nya lagen. I förevarande fall har beslut om upphandlingen fattats under 2007 varför den äldre LOU (1992:1528) är tillämplig.

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 21 §, samma lag, anges att en upphandlande enhet får medge att en anbudsgivare eller anbudssökande rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudet eller ansökningen att få lämna anbud. Enheten får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Enheten får begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar intyg, skriftliga bevis och andra handlingar som getts in och som avses i 17 och 18 §§.

Beträffande val av grund för tilldelning anger 1 kap. 22 § LOU att en upphandlande enhet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, eller
2. det anbud som har lägst anbudspris.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, skall enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten skall i förfrågningsunderlaget eller i annonsen om upphandling ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna skall om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

Enligt 2 kap. 10 § samma lag får förhandlad upphandling, under förutsättning att de i förfrågningsunderlaget ursprungligen angivna kontraktsvillkoren inte väsentligt ändrats, användas om anbud som lämnats vid öppen eller selektiv upphandling inte motsvarar de krav på föremålet för upphandlingen som ställts upp i underlaget.

Om den förhandlade upphandlingen enligt första stycket inte omfattar samtliga korrekt lämnade anbud från anbudsgivare som motsvarar de krav som ställts på leverantör i det föregående upphandlingsförfarandet, skall den upphandlande enheten annonsera den förhandlade upphandlingen.

Av 7 kap 2 § LOU framgår bl.a. att om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § 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.

Enligt 6 kap. 2 § tredje stycket sekretesslag (1980:100) gäller följande. Angår ärendet upphandling får uppgift som rör anbud eller som rör motsva-

rande erbjudande inom en kommun, ett landsting eller en myndighet eller mellan statliga myndigheter inte i något fall lämnas till annan än den som har avgett anbudet eller erbjudandet förrän alla anbud eller erbjudanden offentliggörs eller beslut om leverantör och anbud fattats eller ärendet dessförinnan har slutförts.

Enligt 3 § Läkemedelsverkets föreskrifter och allmänna råd om godkännande av medicinska gaser för försäljning (LVFS 2004:16) får en medicinsk gas säljas först efter godkännande för försäljning.

Av övergångsbestämmelserna till Läkemedelsverkets föreskrifter framgår bl.a. att den som den 1 juli 2004 inom riket tillverkade och/eller saluförde medicinska gaser får under begränsad tid fortsätta med tillverkningen och/eller försäljningen under förutsättning att

- en anmälan om avsikten att söka godkännande lämnas till Läkemedelsverket senast den 28 februari 2005 och
- en ansökan om godkännande lämnas till Läkemedelsverket senast den 1 januari 2006.

Utredningen i målet

Av förfrågningsunderlagets punkt 1.9 "Krav på anbudsgivare" framgår beträffande Anbudsgivarens tekniska förmåga och kapacitet att:

Anbudsgivaren för del A samt del B **skall** ha tillräcklig kapacitet för att klara ett åtagande av denna storlek.

Anbudsgivare **skall**, för att SLL ska kunna göra en bedömning av Leverantörens kapacitet, i anbudet lämna en tydlig beskrivning av hur denne avser att säkerställa leverans. Det ska framgå vilka resurser, utrustning m. m. denne har för att kunna utföra åtagandet.

Beskrivningarna bör vara så detaljerade att SLL utan svårighet kan bedöma om kapaciteten är till fullo.

Anbudsgivare för A samt B **skall** dessutom inkomma med uppgift på liknande uppdrag.

Vidare anges under "Krav på anbudsgivaren" bl.a. följande beträffande Anbudsgivarens finansiella och ekonomiska ställning.

Anbudsgivaren **skall** ha en stabil ekonomisk ställning för att fullfölja ett avtal av denna storlek.

SLL kommer vid den ekonomiska kvalificeringen göra en helhetsbedömning av den ekonomiska risken för företaget.

Om anbudsgivaren har ovanligt låga respektive negativa nyckeltal utifrån branschgenomsnittet och/eller negativt resultat **skall** en godtagbar förklaring kunna lämnas med anbudet så att det är klarlagt att anbudsgivaren innehar stabil ekonomi. (t ex

genom koncerngaranti eller bankgaranti). Om koncerngaranti lämnas **skall** även koncernens senaste årsredovisning lämnas för att styrka dess stabilitet.

I förfrågningsunderlaget anges vidare under "Generella krav", underrubrik "Kvalitetskrav Gaser del A + B":

Samtliga medicintekniska produkter **skall** vara CE-märkta enligt MDD-direktivet.

Offererade medicinska gaser **skall** uppfylla produktion enligt GMP (Good Manufacturing Practice) och GMD (Good Distribution Practice).

Tankanläggningar **skall** uppfylla alla normer och föreskrifter samt besiktningar som gäller för dessa.

Vi underrubrik "tekniska krav Gaser del B" anges under punkten 7 Tankanläggningar följande:

Tankar skall vara installerade och besiktigade senast till avtalsstart (detta gäller ej egenägda tankar på Södersjukhuset samt Nacka Sjukhus, se bilaga 3). Anbudsgivaren bör utförligt beskriva ovanstående installation.

Enligt förfrågningsunderlagets del "Avtal", punkt 3.3 anges att avtalsperioden för del A och B är 2008-06-01 t.o.m. 2012-09-30. Här anges vidare att avrop kommer att ske fr.o.m. 2008-10-01.

Av tilldelningsbeslutet framgår att AGA:s anbud uteslutits för del B då de inte offererat samtliga produkter för del B, vilket är ett skall-krav i upphandlingen.

Länsrättens bedömning

Beträffande skadebegreppet gäller enligt förarbeten och praxis att syftet med bestämmelsen är den att man skall kunna angripa en feltillämpning av upphandlingsreglerna på ett så tidigt stadium att det blir möjligt för domstol att ingripa innan någon faktisk skada uppkommit. Detta innebär att den som ansöker om överprövning inte behöver visa att de faktiskt skulle ha vunnit upphandlingen för att domstol skall kunna pröva en upphandling. Det är således tillräckligt att i ansökan om överprövning visa att fel förekommit som påverkat utgången i upphandlingen.

Bör-kraven

Som framgår av 1 kap. 22 § LOU skall upphandlande enhet vid val av tilldelningsgrunden lägsta pris endast ta hänsyn till priset vid val av denna grund. Utvärdering av några bör-krav är således inte möjligt att göra vid val av denna grund för tilldelning.

Skall-kraven

Krav som ställs i en upphandling bör vara möjliga att kontrollera. Med detta avses inte att den upphandlande enheten är skyldig eller får kontrollera uppfyllandegraden, utan att det skall vara möjligt att göra så. En eventuell brist i ett anbud kan inte läkas av att den upphandlande enheten företar egna kontroller eller undersökningar. Ett sådant förfarande skulle bl.a. stå emot principen om likabehandling. För det fall det skulle visa sig under avtalstiden att leverantör ej uppfyller något krav som ställts blir detta en avtalsrättslig fråga.

Skall-kravet avseende stabil ekonomisk ställning kan vara ett alltför vagt krav. I förevarande fall har dock SLL preciserat kravet genom att redogöra för vad kravet innebär i upphandlingen genom att exempelvis ange att de kommer att utgå från branschgenomsnittet. Länsrätten finner därför inte att kravet i detta fall står i strid med kraven på öppenhet, förutsebarhet eller 1 kap. 4 § LOU.

Beträffande CE-märkning/försäljningsgodkännande av medicinska produkter/läkemedel anges i förfrågningsunderlaget att medicintekniska produkter skall vara CE-märkta. För medicinska gaser gäller att dessa skall uppfylla produktion enligt GMP. Vidare är i förfrågningsunderlaget angivet att erbjuda medicinska gaser och tillhörande utrustning skall till fullo uppfylla senaste versionen av uppräknade standarder, vari anges bl.a. Läkemedelsverkets föreskrifter. Air Liquide har även ställt en fråga avseende detta krav under anbudstiden och då fått till svar att samtliga medicinska gaser skall

vara CE-märkta eller vara godkända läkemedel. Något tvivel avseende vikten eller innebörden av detta krav kan därför inte råda. AGA har anfört att Air Liquide inte innehar försäljningstillstånd. Air Liquide har i sitt anbud angett att de uppfyller samtliga angivna standarder inom det medicinska området och även i övrigt uppfyller tillämpliga delar av angivna Svenska Standarder som finns angivna i kravspecifikationen under 2.2. Av övergångsbestämmelserna till de aktuella föreskrifterna framgår att det är tillräckligt, såsom SLL anfört, att en anmälan om avsikten att söka godkännande samt en ansökan om godkännande lämnats till Läkemedelsverket inom de tidsfrister som fastställts. En sådan anmälan är därmed jämställd med försäljningstillstånd. Däremot har Air Liquide i sitt anbud angivit att de ännu inte erhållit CE-certifiering beträffande gaser för medicinskt bruk i Sverige. Det är dock angivet att koncernen innehar certifiering i andra europeiska länder samt att processen i Sverige beräknas vara klar till hösten 2008, till avtalsstart. SLL hävdar att det är tillräckligt att CE-märkning är klar till avtalsstart. Av förfrågningsunderlaget framgår det emellertid inte om detta är tillräckligt. Här anges endast att produkterna skall vara CE-märkta. Eftersom bolaget dock innehar CE-märkning i andra europeiska länder och principen om ömsesidigt erkännande anger att intyg, certifikat m.m. som utfärdats av en medlemsstats myndighet skall anses som gällande i en annan måste slutsatsen bli att Air Liquide uppfyller de krav som ställs under punkt 2.3 angående kvalitetskrav Gaser samt även kravet under punkt 2.2 Standarder Gaser A + B. Av SLL:s yttrande framgår inte annat än att kontroll av uppfyllandegraden av kraven skett i anledning av AGA:s yttrande innebärande att någon kontroll inte skett under anbudsförfarandet.

Vad beträffar Air Liquidess uppfyllande av skall-kravet avseende kapacitet gör Länsrätten bedömningen att SLL:s värdering avseende Air Liquidess kapacitet bör ligga till grund för uppfyllandegraden av detta krav. Vad AGA anför avseende detta krav kan inte tillmätas någon betydelse då det exempelvis inte avser förevarande upphandling. Den upphandlande enheten

har att, på grund av bl.a. likabehandlingsprincipen, ta anbuden till prövning och skall inte utvärdera andra upphandlingar som andra enheter gjort.

AGA har vidare hävdats att Air Liquide inte uppfyller skall-kravet avseende installation av tankar eftersom de avser att installera dessa successivt efter tidpunkten som skall-kravet anger. I förfrågningsunderlaget anges att avrop från ramavtalet kommer att ske från och med den 1 oktober 2008. Detta innebär enligt länsrättens mening att tankar kommer att vara installerade vid avtalsstart och att Air Liquide därmed uppfyller detta krav.

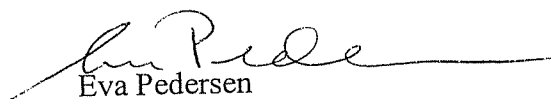
Frågor och svar

Upphandlande enheter är skyldiga att se till att lika information lämnas till alla leverantörer och att informationen finns tillgänglig för alla samtidigt, detta följer av de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och icke-diskriminering vilka inryms i begreppet ”affärsmässighet” som stadgas i 1 kap. 4 § LOU. Vidare följer att det inte är tillåtet att ändra, lägga till eller ta bort krav under upphandlingens gång. Länsrätten gör bedömningen att de frågor som ställts under anbudstiden rör förtydliganden av förfrågningsunderlaget och SLL:s verksamhet och således inte faller in under anbudsskretessen i 6 kap. 2 § sekretesslagen. Sekretessen, så som det stadgas i bestämmelsen, rör anbud innan tilldelningsbeslut är fattat och kan inte utsträckas till att omfatta även andra handlingar eller åtgärder under upphandlingen. Frågorna och svaren skulle, oavsett AGA:s tidigare roll som leverantör, ha distribuerats till samtliga anbudsgivare. Vad SLL anför i denna del föranleder ingen annan bedömning.

Länsrätten kan inte, i motsats till vad som hävdats, rätta upphandlingen på så sätt att SLL ges möjlighet till förhandling med anbudsgivarna. Övergång till förhandlad upphandling kan endast ske under de omständigheter som anges i 2 kap. 10 § LOU. I och med att upphandlingen nu är föremål för domstolsprövning kan övergång till förhandling inte ske.

Sammantaget gör länsrätten bedömningen att vissa fel förekommit i upphandlingen, här avses hanteringen av de frågor som inkommit under anbudsstiden. Av mängden frågor som inkommit framkommer att förfrågningsunderlaget haft vissa brister i tydlighet. Otydligheten är dock inte av den art eller omfattning att kraven i LOU har åsidosatts. Länsrätten finner inte att de fel som förevarit i upphandlingen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Vad AGA anfört i målet utgör enligt länsrättens mening inte grund för ingripande i enlighet med AGA:s yrkande. Ansökan om överprövning skall därför avslås och det interimistiska beslutet skall upphävas.

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



Eva Pedersen

Rådman

Föredragande har varit Helena Henriksson.



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 uppges sitt namn, adress och telefonnummer.

