



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Ann Liljedal

DOM
 2017-02-27
 Meddelad i Falun

Mål nr
 5078-16
 5079-16

SÖKANDE

Mediq Sverige AB, 556252-2317

Ombud: Advokat Roger Wier
 Advokatfirman Morris AB
 Vallgatan 30
 411 16 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2018-05-03	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Landstinget Gävleborg, 232100-0198
 801 88 Gävle

2. Folkvandvården Gävleborg AB, 556702-1836

Ombud för 2: Landstingsjuristen Mona Dalmats,
 Landstinget Gävleborg, 801 88 Gävle

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Mediq Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 184324

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag–fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget Gävleborg och Folk tandvården Gävleborg AB (i det följande Landstinget) upphandlar sjukvårdsmaterial (RS 2015/1568) genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 10 november 2016 varvid annan leverantör än Mediq Sverige AB (Mediq) antogs.

Mediq ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas. Rättelse föreslås ska innebära att ny utvärdering av inkomna anbud ska genomföras, att Mediqs anbud dessförinnan ska kvalificeras och vinnande leverantör rätteligen diskvalificeras i upphandlingen. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Mediq har lidit eller kan komma att lida skada med anledning av Landstingets överträdelse av LOU.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och yrkar att Mediqs talan ska avvisas så vitt avser yrkandet att vinnande leverantörs anbud ska förkastas. Detta då Mediq inom spärffristen inte framställt detta yrkande och att det inte vilar på samma grund eller omständighet som Mediq anfört i ansökan om överprövning.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Utgångspunkter för rättens prövning*

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har upphört att gälla med verkan från och med den 1 januari 2017 och har såvitt är av intresse i detta mål ersatts av lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Enligt övergångsbestämmelserna till 2016 års lag ska dock 2007 års lag alltjämt tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet.

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Mediq anfört är visat att Landstinget brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Mediq lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken 1. Administrativa föreskrifter, 1.3 Prövning av anbud bland annat följande.

1.3.3 Steg 2 – Kvalificering av anbudet och efterfrågad varor/tjänst

I steg två (2) kontrolleras att anbudet samt efterfrågade varor och tjänst uppfyller de obligatoriska kraven. Här kontrolleras också att leverantören har lämnat ett komplett anbud, minst 95 % på Anestesi och intensivvård och minst 97,5% på övriga grupper. Endast anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav kommer att utvärderas enligt steg tre (3).

1.3.4 Steg 3 – Utvärdering

/.../

Landstinget kommer att anta det anbud som ger lägst totalt anbudspris.

/.../

Av förfrågningsunderlaget framgår under rubriken 2. Krav på leverantör, 2.4

Övrigt bland annat följande.

2.4.5 Produktblad

Produktblad ska lämnas på alla offererade produkter i elektroniskt format. De elektroniska produktbladens filnamn ska innehålla nedanstående uppgifter:

- Artikelspecifikation namn (ex. förband)
- Produktgrupp
- Positionsnummer

På begäran ska anbudsgivaren tillhandahålla produktblad i pappersformat inom 2 veckor.

Vad Mediq anför

Landstinget har genomfört prövningen av inkomna anbud i tre steg, varvid steg två tar sikte på offererade tjänster och produkters egenskaper. I steg två har Landstinget att kontrollera om leverantören har lämnat ett komplett anbud, innebärande bland annat kontroll av att leverantören har lämnat 95 procent godkända produkter avseende sortimentgruppen Anestesi och intensivvård. Landstinget har förkastat Mediqs anbud med motiveringen att anbudet innehåller 55 positioner där Mediq inte offererat godkända produkter i enlighet med uppställd kravställning. Detta är dock felaktigt och av de 55 positioner som Landstinget pekar på är 21 positioner felbedömda och skulle rätteligen ha godkänts. Tio av dessa positioner har blivit diskvalificerade med argumentet att vissa uppgifter inte framgår av inskickade produktblad. Mediq har lämnat in produktblad avseende samtliga offererade produkter, helt i enlighet med föreskrivet ska-krav. Det är förvisso korrekt i sak att vissa kravspecifika uppgifter inte finns med för vissa produkter i produktbladen men något sådant krav, som anger att samtliga kravspecifika uppgifter ska vara upptagna i respektive produktblad, existerar inte i upphandlingen. Vidare har tre positioner blivit bedömda som icke godkända på grund av att Mediq felaktigt har angett att dessa innehåller PVC. Detta är en uppenbar felskrivning som Mediq hemställer om att få korrigera, och alldeles oaktat felskrivningen så saknas grund att diskvalificera dessa positioner på denna grund då produkterna inte innehåller PVC. Utöver detta har åtta positioner blivit diskvalificerade med påstående om att offererade produkter inte är köpförsedda.

Bedömningen av vinnande leverantörs anbud har skett på ett betydligt mer accepterande sätt än den som Landstinget gjort av bolagets anbud, dvs. bedömningen har skett i strid med likabehandlingsprincipen. Vinnande leverantör använder egna artikelnummer både vad gäller egna produkter och andra produktleverantörers produkter. Vinnande leverantör har också i sitt

anbud på respektive position använt dessa egna artikelnummer men har till anbudet bilagt produktblad direkt från produktleverantören. Dessutom återfinns det på väldigt många av de produktblad som vinnande leverantör har lämnat in, flera stycken olika av produktleverantörers produkter. Som exempel på detta kan följande nämnas. På position 66 Cirkulation Anestesi och Intensivvård har vinnande leverantör offererat eget artikelnummer. Detta artikelnummer återfinns inte på det produktblad som vinnande leverantör bifogat avseende ifrågasvarande position. Av produktbladet återfinns 15 stycken helt andra artikelnummer. På position 28 Cirkulation Anestesi och Intensivvård har vinnande leverantör offererat eget artikelnummer. Detta artikelnummer återfinns inte på det produktblad som vinnande leverantör bifogat avseende ifrågasvarande position. Av produktbladet återfinns fyra helt andra artikelnummer. På position 33 Instrument Operation har vinnande leverantör offererat eget artikelnummer. Detta artikelnummer återfinns inte på det produktblad som vinnande leverantör bifogat avseende ifrågasvarande position. Av produktbladet återfinns 39 stycken helt andra artikelnummer. På ytterligare ett stort antal positioner har vinnande leverantör lämnat produktblad där det inte framgår vilken produkt som offererats eller där produkten saknas i produktbladet. Otydligheterna i vinnande leverantörs anbud kring angivna artikelnummer och bifogade produktblad gör det helt omöjligt att veta vilken produkt som vinnande leverantör offererat på respektive position. Samtliga positioner där artikelnummer inte överensstämmer med det artikelnummer som är angett i respektive produktblad ska som utgångspunkt diskvalificeras. Detta gäller särskilt avseende de positioner där produktblad som innehåller fler än en artikel, vilket gör det helt omöjligt att utläsa vilken produkt som offererats. Detta innebär att vinnande leverantör inte uppfyller ställda ska-krav vad gäller ”komplett anbud”.

Landstinget har enligt egen utsägo använt produktbladen i syfte att utvärdera om respektive position uppfyller ställda krav. Produktbladen har nyttjats helt godtyckligt och bristerna är betydande både vad gäller likabehandling och transparens. Landstinget har alltså kvalificerat flertalet av vinnande leverantörs positioner/produkter trots att det inte går att utläsa vilken produkt det är fråga om, samtidigt har Landstinget valt att förkasta flera positioner i Mediqs anbud på grund av att det inte framgår av ingivna produktblad att vissa ska-krav uppfylls. Kravställningen är så vag och otydlig i förfrågningsunderlaget att det inte är möjligt att jämföra inkomna anbud då kravställningen har uppfattats helt olika av anbudsgivarna, samtidigt som Landstinget har valt att tillämpa kravet helt efter eget skön och godtyckligt. Landstinget måste tillämpa kravet lika och det måste också gå att utläsa av förfrågningsunderlaget.

Mediq är en av endast två anbudsgivare i upphandlingen. Även för det fall att Mediqs anbud inte skulle anses uppfylla samtliga obligatoriska krav i upphandlingen har bolaget lidit skada då även vinnande leverantörs anbud rätteligen skulle ha uteslutits ur upphandlingen. Mediqs anbud skulle dock rätteligen kvalificerats. Utfallet av utvärderingen av Mediqs anbud är då beroende av vilka poster i Mediqs anbud som uppfyller kraven och vinnande leverantörs anbud skulle rätteligen ha förkastats alternativt belastats med omfattande belastningspriser. Mediq har därför lidit skada, oaktat frågan om vinnande leverantör kan anses uppfylla samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

Vad Landstinget anför

Mediqs anbud når inte upp till de obligatoriska kraven och även om Mediqs samtliga positioner, som nu är föremål för prövning, skulle godkännas och Mediqs anbud därvid kvalificeras, hade bolaget ändå ett högre utvärderingspris än vinnande leverantörs. Landstinget har räknat fram vad lägsta möjliga

pris skulle uppgå till vid utvärderingen av Mediqs anbud och konstaterar att Mediq inte kunnat tilldelas kontrakt och har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada.

Mediq gör gällande två olika slags brister hos en del av de produktblad som vinnande leverantör bifogat dess anbud. För det första att anbudsgivares artikelnummer också ska återfinnas på de produktblad som bifogats varje offererad produkt och för det andra att produktbladet inte får ange att viss produkt finns i olika storlekar om endast en storlek efterfrågats. Båda påståendena om brister är felaktiga och saknar grund. Vinnande leverantörs anbud uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget. De krav som Landstinget ställt på produktblad är i enlighet med förfrågningsunderlaget. Ingenstans i förfrågningsunderlaget står det att någon form av anbudsgivarens eller tillverkarens artikelnummer ska finnas i produktbladet. Vidare framgår i anvisningar till ifyllande av artikelspecifikation att anbudsgivarens namn respektive anbudsgivarens artikelnummer ska anges.

När det gäller position 66 visade anbudsprovet att denna artikel är densamma som den referensartikel som Landstinget angav i artikelspecifikationen. Artikeln med av vinnande leverantör angivet artikelnummer finns i vinnande leverantörs e-butik. Position 28, vinnande leverantörs artikelbeskrivning motsvarar efterfrågad artikel. Endast en artikel i det bifogade produktbladet stämmer överens med av regionen efterfrågad artikel samt beskrivningen av vinnande leverantörs offererade artikel. Artikeln med av vinnande leverantörs artikelnummer finns i vinnande leverantörs e-butik. Position 33, vinnande leverantörs artikelbeskrivning motsvarar efterfrågad artikel. Endast en artikel i det bifogade produktbladet stämmer överens med av regionen efterfrågad artikel samt beskrivningen av vinnande leverantörs offererade artikel. Landstinget köper redan offererad artikel på avtal med vinnande leverantör.

Kvalificeringen har skett i enlighet med de grundläggande principerna i LOU. Mediqs påståenden om artikelnummer och att produktbladen avser flera produkter saknar grund.

Förvaltningsrättens bedömning

Vad Landstinget anför om Mediqs framförda yrkande efter den så kallade avtalsspärren utgör inte skäl för att avvisa bolagets talan i den delen.

Kravet på produktblad framstår som tillräckligt klar och tydlig för att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör som är verksam i branschen ska kunna förstå vad som efterfrågas. Skäl för ingripande föreligger inte på den grunden.

Av Mediqs övriga invändningar finner förvaltningsrätten lämpligt att börja med att pröva om vinnande leverantörs anbud är rätteligen kvalificerat.

Mediq har anfört att vinnande leverantörs anbud inte är komplett och således inte uppfyller det obligatoriska kravet i förfrågningsunderlaget. Anledningen till att anbudet inte är komplett är enligt Mediq att produktbladen inte uppfyller ställda krav, ett flertal offererade produkter inte återfinns i respektive produktblad eller att det inte framgår vilken produkt som offererats. Landstinget har invänt mot detta och anfört att produkterna återfinns i bladen och att det dessutom inte finns något krav i förfrågningsunderlaget angående innehållet i produktbladen. Av förfrågningsunderlaget framgår att produktblad ska lämnas på alla offererade produkter i elektroniskt format och att de elektroniska produktbladens filnamn ska innehålla närmare specificerade uppgifter. Förvaltningsrätten, som konstaterar att det är ostridigt i målen att vinnande leverantör faktiskt lämnat in produktblad med sitt anbud, finner att såsom kravet är utformat är det endast produktbladens filnamn som ska innehålla närmare specificerade uppgifter. Mediq har inte anfört något om att filnamnen inte uppfyller ställda krav. Mediq har således inte visat att Landstinget agerat i strid med LOU när myndigheten bedömt att vinnande leverantörs anbud uppfyllt aktuellt krav.

Då vinnande leverantör rätteligen kvalificerats krävs för att Mediq kan anses ha lidit eller kan komma att lida skada, även att Mediq visar att bolagets anbud rätteligen skulle ha kvalificerats till utvärdering och vid utvärderingen befunnits ha lägre pris än vinnande leverantör. Landstinget har anfört att även om Mediqs samtliga positioner, som nu är föremål för prövning, skulle godkännas och Mediqs anbud därvid kvalificeras, hade bolaget ändå ett högre utvärderingspris än vinnande leverantörs. Landstinget uppger att en uträkning har gjorts för att få fram vad lägsta möjliga pris skulle uppgå till vid utvärderingen av Mediqs anbud och att Landstinget då funnit att Mediq inte har kunnat tilldelas kontrakt. Mediq har invänt och anfört att Landstinget inte har anfört något stöd för påståendet att bolagets anbud skulle placeras på andra plats i upphandlingen om bolagets anbud rätteligen kvalificerats och utvärderingen skett i enlighet med LOU. Vidare har Mediq anfört att utfallet av utvärderingen av bolagets anbud är beroende av vilka poster i Mediqs anbud som uppfyller kraven. Förvaltningsrätten konstaterar att Landstinget angett att även om Mediqs anbuds samtliga poster, inte bara delar av dem, uppfyller kraven så hade bolaget ändå ett högre utvärderingspris än vinnande leverantör. Då tilldelningsgrund i upphandlingen är lägst pris finner förvaltningsrätten att Mediq inte visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada för det fall Mediqs anbud rätteligen borde ha kvalificerats. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Ansökan om överprövning ska således avslås.

Med den utgången i målen finner inte rätten skäl att pröva Mediqs övriga invändningar.

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

Lenart Andersson
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.