



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 32

DOM

2018-01-23

Meddelad i Stockholm

Mål nr

14360-17

SÖKANDE

Proton Caretec AB, 556242-5495

Ombud: Advokat Jesper Burman
Burman Advokatbyrå AB
Box 109
121 22 Johanneshov

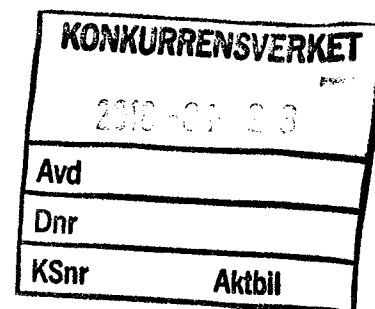
MOTPART

Danderyds Sjukhus AB, 556575-6169

Ombud: Advokaterna Ulf Djurberg, Anna Lundberg samt
biträdande juristen Lorentz Reige
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 1050
101 39 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 909111

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND

Danderyds sjukhus AB genomför en upphandling av maskintvättbara sängar, dnr DS 2016/1286. Upphandlingen annonserades första gången den 1 december 2016. Upphandlingen avbröts genom beslut den 6 februari 2017 innan tilldelningsbeslut hade fattats. Beslutet motiverades i huvudsak med att det funnits otydligheter i upphandlingsdokumenten i form av oklarhet kring utvärderingsmodellens utformning, proportionalitet och transparens.

Upphandlingen annonserades på nytt i mars 2017 och genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 31 maj 2017 beslutade Danderyds sjukhus att anta Proton Caretec AB (Proton) som leverantör.

Danderyds sjukhus beslutade den 12 juni 2017 att avbryta upphandlingen med motiveringen att det funnits otydligheter i upphandlingsdokumenten samt att kostnadsramarna överskridits.

YRKANDEN M.M.

Proton yrkar att Danderyds sjukhus beslut att avbryta upphandlingen ska ogiltigförklaras samt att upphandlingen ska slutföras genom ingående av avtal i enlighet med tilldelningsbeslut. Som skäl anförs bl.a. följande.

Danderyds sjukhus har brutit mot bestämmelserna i LOU och de EU-rättsliga principerna genom att avbryta upphandlingen utan sakligt godtagbara skäl. Detta har skett inte bara en gång, utan två gånger. Det finns inga brister i utvärderingsmodellen. Utvärderingsmodellen har inte varit ett problem för anbudsgivarna utan har varit enkel, förutsägbar och transparent. Det finns inget affärsmässigt fel i den valda utvärderingsmodellen utan

modellen har kunnat tillämpas för att få fram det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Vald modell ska utvärdera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, inte det lägsta anbudet. Det innebär att andra aspekter och parametrar än bara inköpspris är avgörande. Metoden är lämplig om man vill få ett rättvist utfall för en produkts totala livscykelkostnad. När det gäller viktning av varje dels proportion av det totala anbudet är det vanskligt att på förhand veta om det blev som man antog. Det gäller i alla upphandlingar enligt vald utvärderingsmodell där man på förhand inte vet det exakta antalet av det som ska köpas. Det går inte att exakt uppskatta reservdelsbehovet, då det varierar beroende på kvalitet, slitage, underhåll m.m. Att ta hänsyn till eventuella kostnader för reservdelar är högst lämpligt vid utvärdering av en varas totala kostnad. Samma viktning gäller inte för reservdelar som för sängen, eftersom sängen står för cirka 70 % av det totala anbudet. Inköpskostnadens del av en produkts totala livscykelkostnad kan variera väsentligt.

Den omständigheten att Danderyds sjukhus i förfrågningsunderlaget förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen saknar betydelse. Sjukhuset har objektivt sett inte varit förhindrad att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Upphandlingen har skett i konkurrens med flera anbudsgivare. Anbudspriserna har inte varit oskäligt höga. Det framstår som om Danderyds sjukhus har använt sig av möjligheten att avbryta upphandlingen enbart för att man inte har varit tillräckligt nöjd med priset och för att möjliggöra prispressning och tvinga fram lägre anbud. Detta är inte förenligt med LOU och har lett till stor skada för Proton och andra anbudsgivare.

Danderyds sjukhus anser att Protons ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Det finns inte skäl till ingripande enligt LOU, eftersom det har funnits sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Beslutet strider inte mot de grundläggande principerna i LOU. Den huvudsakliga motiveringen till beslutet om avbrytande var brister i utvärderingsmodellen men motiveringen avsåg även de alltför höga anbudspriserna. Av punkt 9.4 i anbudsinbjudan framgår vidare att sjukhuset förbehållit sig rätten att avbryta upphandlingen.

Det är vanligt förekommande att upphandlingar avbryts först sedan tilldelningsbeslut har meddelats, eller ett redan meddelat tilldelningsbeslut ändras. Fel i utvärderingsmodellen som föranleder ett avbrytande kan framträda först sedan utvärderingen. Vad gäller den eventuella skada som uppstår på grund av offentliggörandet av anbudspriser kan konstateras att denna föreligger oavsett om upphandlingen avbryts eller inte. Den omständigheten att en upphandling avbrutits tidigare innebär inte att sakliga skäl inte kan föreligga även sedan upphandlingen annonserats på nytt.

Utvärderingsmodellen är utformad på så sätt att pris ska anges dels för den maskintvättbara patientsängen, dels för ett antal reservdelar och tillbehör. Priserna för sängen och för samtliga reservdelar och tillbehör läggs sedan ihop för att få en totalsumma, vilket utgör det totala anbudspriset. Såväl sängen som reservdelarna och tillbehören ska prissättas styckvis. Till anbudspriset läggs sedan till eventuella prispåslag avseende utvärderade börkrav. Det resulterande priset är det totala jämförelsepriset. Den anbudsgivare som får det lägsta jämförelsepriset tilldelas kontrakt.

Den väsentliga och huvudsakliga produkten för upphandlingen är den maskintvättbara sängen. Syftet med upphandlingen är att anskaffa nya sängar. Eftersom det kan komma att behövas reservdelar och tillbehör som ett komplement till sängarna omfattar upphandlingen även dessa. Sjukhuset

har dock inte tänkt att samtliga reservdelar och tillbehör behöver köpas in under avtalstiden. I vart fall kommer reservdelar att köpas in i avsevärt mindre antal än antalet inköpta sängar.

Vald prismodell innebär dock att såväl säng som reservdelar utvärderas med samma vikt, dvs. det har inte förekommit någon viktning av priset för reservdelar i förhållande till behovet. Modellen utgår alltså från att sjukhuset skulle behöva köpa varje prissatt reservdel till varje inköpt säng. Detta avspeglar inte sjukhusets verkliga behov. Att tillmäta reservdelarna en så stor betydelse i prisutvärderingen är inte förenligt med upphandlingens syfte och mål. Utvärderingmodellen är därför inte affärsmässigt motiverad. För ett affärsmässigt försvarbart resultat och en med verkligheten överensstämmande utvärdering skulle priserna för reservdelar och tillbehör ha viktats gentemot priset för det huvudsakliga upphandlingsföremålet, dvs. sängen. I nuläget har endast vissa tilläggsfunktioner utformats som s.k. börkrav och har viktats gentemot varandra genom olika prispåslag. Med en annan viktning av priserna hade anbudsgivarna sannolikt lämnat helt andra priser. Det är inte möjligt att ändra utvärderingsmodellen utan att avbryta upphandlingen.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

EU-domstolen har uttalat att gemenskapsreglerna inte innebär en skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (C-92/00 HI Krankenhaustechnik).

Vidare har EU-domstolen uttalat att beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller då det finns tungt vägande skäl (C-27/98 Fracasso och Leitschutz). En upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling fram till dess ett upphandlingskontrakt föreligger, men avbrytandet måste vila på sakligt godtagbara skäl, får inte vara godtyckligt och måste följa de grundläggande reglerna i fördraget (se RÅ 2009 ref. 43, jfr även Kammarrätten i Jönköpings dom den 11 oktober 2010 i mål nr 1706-10). Av EU-domstolens praxis följer vidare när orsaken till avbrytandet är att den upphandlande enheten inser att den med hänsyn till innehållet i anbudsfordran, på grund av fel som enheten begått vid sin förhandsbedömning, inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har enheten ansetts ha haft rätt att avbryta upphandlingen (jfr C-244/02, Kauppatalo Hansel, punkt 36).

Förvaltningsrätten har att pröva om Danderyds sjukhus hade sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Danderyds sjukhus har som grund för avbrytandebeslutet angett att det har funnits otydligheter i upphandlingsdokumenten samt att kostnadsramarna överskridits. Vid anbudsöppningen under utvärderingsprocessen kom man till insikt om att utvärderingskriterierna är oproportionerligt utformade i relation till tydlighetskraven, LOU och de rättsliga principer som gemenskapsrätten bygger på. Oklarheter kring utvärderingsmodellens utformning, proportionalitet och transparens riskerar att leda till stora svårigheter för anbudsgivarna att förstå exakt hur utvärderingsmodellen fungerar. Vidare anges att det totala anbudspriset från den vinnande anbudsgivaren i upphandlingen överskred den tidigare prisnivån med mer än 10 %.

I anbudsinbjudan anges under punkt 9 att prövning och utvärdering av anbud sker i två steg:

1. Prövning av ska-krav på efterfrågade tjänster enligt

Kravspecifikationen och dess bilagor.

De anbudsgivare som uppfyller samtliga ska-krav går vidare till steg 2, utvärdering av anbudet.

2. Utvärdering sker enligt nedan angivna utvärderingskriterier.

Under punkt 9.1 i anbudsinvjudan anges bl.a. att anbudspriset kommer att beräknas på priset för grundsängen plus reservdelar/tillbehör. Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller ska-kraven i kravspecifikationen, kommer anbud att antas som är för Danderyds sjukhus ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till viktade utvärderingskriterier enligt bifogad kravspecifikation, där det monetära värdet för respektive utvärderingskriterium framgår. Efter ev. påslag utifall att bör-krav inte uppfylls, jämförs anbuden och lägst jämförelsepris (anbudspris + ev. påslag) antas.

Under punkt 9.4 i anbudsinvjudan anges att Danderyds sjukhus kan komma att avbryta upphandlingsförfarandet om särskilda skäl föreligger för att upphandlingen inte ska fullföljas, väsentligt förändras eller senareläggas, om anbuderna inte uppfyller ställda krav eller av annan anledning kan anses oförmånliga, alternativt att prisnivån bedöms som oskäligt hög.

Förvaltningsrättens bedömning

Syftet med upphandlingen är att köpa in-maskintvättbara sängar till Danderyds sjukhus. Upphandlingen omfattar även reservdelar och tillbehör till sängarna.

Det framgår av anbudsinvjudan att anbudspriset kommer att beräknas på priset för grundsängen plus reservdelar/tillbehör för att få fram ett lägsta

jämförelsepris. Det finns inte skäl att ifrågasätta att sjukhusets avsikt varit att de olika beståndsdelarna skulle ges olika vikt vid utvärderingen och vara anpassat till sjukhusets behov, där behovet av nya sängar är det väsentliga. Utifrån hur förfrågningsunderlaget har formulerats går det dock inte att utläsa att utvärderingsmodellen fungerar på detta sätt. Det finns inte skäl att ifrågasätta sjukhusets uppgift om att nuvarande utvärderingsmodell tillmäter reservdelar och tillbehör en oproportionerligt stor betydelse i förhållande till det verkliga behovet, och att detta har påverkat anbudspriserna. Sjukhuset har vidare uppgett att det totala anbudspriset från den vinnande anbudsgivaren överskred tidigare prisnivå med mer än 10 % och att utvärderingsmodellen inte är affärsmässigt motiverad.

Detta innebär att syftet och målet med upphandlingen inte har kunnat uppnås, eftersom utvärderingsmodellen har lett till ett annat resultat än vad Danderyds sjukhus har räknat med. Den omständigheten att anbudsgivarna, enligt Proton, anser att utvärderingsmodellen varit enkel, förutsägbar och transparent, innebär inte att det saknas grund för påståendet att utvärderingsmodellen brustit i affärsmässighet.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma över förfrågningsunderlagets utformning och vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas. Det finns ingen skyldighet för myndigheter att fullfölja en påbörjad upphandling. Att avbryta upphandlingen för att kunna utforma förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen på ett sätt som är affärsmässigt motiverat och som gör att utvärderingsmodellen ger de jämförelsetal som den upphandlande myndigheten avsett att utvärdera framstår enligt förvaltningsrätten som en sakligt godtagbar anledning att avbryta upphandlingen.

Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att Danderyds sjukhus har haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Det har inte

framkommit att de grundläggande principerna i gemenskapsrätten träts för när. Den omständigheten att sjukhuset tidigare beslutat att avbryta upphandlingen av delvis samma skäl som nu är aktuella, förändrar inte detta. Protons ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Catharina Nordler
Förvaltningsrättsfiskal

Kerstin Sandin har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

