



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I HÄRNÖSAND**

Föredraganden G Lavås

DOM

2013-03-19

Meddelad i

Härnösand

Mål nr

3-13 E

4-13 E

5-13 E

SÖKANDE

Comfort System Scandinavia Aktiebolag, 556308-9498

Box 4033

561 04 Jönköping

Ombud: jur.kand. Björn Lind

c/o Gärde Wesslau Advokatbyrå

Box 684

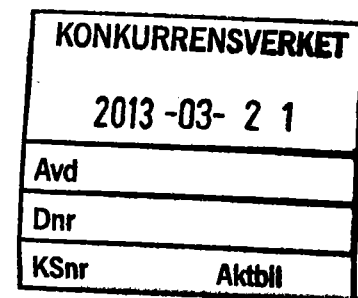
551 19 Jönköping

Ombud: advokaten Thomas Svedberg

Gärde Wesslau Advokatbyrå

Box 7253

103 89 Stockholm



MOTPARTER

1. Örnsköldsviks kommun

891 88 Örnsköldsvik

2. Härnösands kommun

871 80 Härnösand

3. Timrå Kommun

861 82 Timrå

Ombud för 2 och 3: Arnold Eriksson

c/o Örnsköldsviks kommun

Upphandlingsenheten

891 88 Örnsköldsvik

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 53205

Postadress

Box 314

871 27 Härnösand

Besöksadress

Backgränd 9

Telefon

0611 - 34 98 00

E-post:

förvaltningsratteniharnosand@dom.se

Telefax

0611 - 34 98 10

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Örnsköldsviks kommun, Härnösands kommun och Timrå kommun (kommunerna) genomför gemensamt upphandling avseende Vårdsängar, dnr A12-025 f. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande. Enligt utvärderingsprotokoll och tilldelningsbeslut har kommunerna valt att teckna ramavtal med Invacare AB, med motiveringen att det anbudet innebär lägst pris.

Comfort System Scandinavia Aktiebolag (bolaget) ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Invacare AB (Invacare) förkastas och inte tillåts delta i utvärderingen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Av punkten 2.9 i det till förfrågningsunderlaget tillhörande skallkravsformuläret framgår att kommunerna ställt upp krav på att samtliga offererade vårdsängar ska vara utrustade med "batteribackup". Av punkten 1.5 under avsnittet Allmänna uppgifter i förfrågningsunderlaget framgår vidare att "samtliga kostnader ska vara inräknade i anbudspriset". Av prisspecifikationen till Invacares anbud framgår att Invacare enbart offererat "elektronik för batteribackup". Någon fullständig batteribackup med tillhörande batterienhet har dock inte inkluderats i Invacares anbudspris. Kravet på batteribackup kan inte uppfattas på annat sätt än att batterienheten ska ingå. Utan batterienhet fungerar inte batteribackupen och således saknas den aktuella funktionen i Invacares anbud. Kravet på att samtliga kostnader ska vara inräknade i anbudspriset är inte heller uppfyllt. Invacares anbud uppfyller således inte de i upphandlingen ställda skräven och skulle därmed ha förkastats av kommunerna. Invacare har enbart offererat en vårdsäng med elektronik förberedd för batteribackup. För att få en vårdsäng med funktionen nödsänkning måste man således komplettera elektroniken med en batteribackup. Batteribackupen - eller nödsänkningen - fungerar alltså inte utan den batterienhet som ingår däri och

det är således uppenbart att den aktuella funktionen saknas i Invacares anbud. Kostnaden för batterienheten är den direkta orsaken till varför bolagets anbudspris är högre än Invacares. Kommunerna har, genom att utvärdera Invacares anbud trots att det uppenbarligen inte uppfyller ställda skalkrav, brutit mot LOU och de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. Bolaget har därför lidit skada av kommunernas agerande. Eftersom bristen inte har uppkommit i det konkurrensuppsökande skedet ska rättelse ske i enighet med bolagets förstahandsyrkande. – Om förvaltningsrätten skulle finna att kommunerna har haft möjlighet att låta batterienheten ligga utanför respektive anbudspris är detta något som inte går att utläsa av förfrågningsunderlaget. För att en anbudsgivare ska kunna lämna ett konkurrenskraftigt, fullständigt och relevant anbud måste förfrågningsunderlaget vara utformat på ett sätt som ger samtliga anbudsgivare en reell möjlighet att avgöra vad det är som den upphandlande myndigheten vill köpa och därmed vad som ska offereras. I detta ingår naturligtvis även att kunna bedöma vad som ska ingå under respektive skalkrav. Som ovan sagts är kostnaden för batterienheten den direkta orsaken till varför bolagets anbud är högre än Invacares. Om förfrågningsunderlaget varit tydligare hade bolaget alltså haft det lägsta anbudspriset och således även vunnit upphandlingen. Om rättelse inte sker måste således under alla omständigheter upphandlingen göras om med hänsyn till de brister som då är förknippade med det aktuella förfrågningsunderlaget.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. I bilaga till utvärdering skulle pris anges på vårsäng komplett med gavlar och grind och som uppfyller ställda skalkrav. Invacare har på ”bilaga skalkrav” kryssat för att de uppfyller kravet på nödsänkning, batteribackup och i ”bilaga utvärdering” angett att elektronik för batteribackup ingår i det lämnade priset på vårsängen. Invacare uppfyller ställda krav. Ingenstans i förfrågningsunderlaget står att *batterienhet* till batteribackup ska levereras med sängarna. Man brukar inte beställa en batterienhet till varje säng. På

en avdelning med ett antal sängar brukar det finnas en batterienhet som används till avdelningens alla sängar av samma modell. Att det fungerar så bör vara allmänt känt bland leverantörer av vårdsängar. Funktionen batteribackup finns på Invacares säng. Med kravet att samtliga kostnader ska vara inräknade i anbudspriset avses totalpris för alla kostnader som finns angivna i förfrågningsunderlaget, som pris på vårdsäng, frakt, emballage, montering och utbildning. Då går det inte att räkna in tillbehör som t.ex. batterienhet. I sådana fall skulle även andra tillbehör behöva räknas in. I bilaga utvärdering anges tydligt vad priset på sängen skulle innefatta, nämligen säng med gavlar och grindar. Skulle batterienhet medfölja skulle det givetvis ha angetts. Att åberopa ”och som uppfyller ställda krav” är inget stöd för att batterienhet ska medfölja.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

I målet ska LOU i dess lydelse från den 1 november 2011 (SFS 2011:1030) tillämpas.

Rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU).

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att

varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan bilda sig en uppfattning av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om mindre brister och oklarheter får godtas. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör 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 (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Utredningen i målet

Enligt förfrågningsunderlaget punkten 1.3 avser upphandlingen inköp av vårdsängar och tillbehör till dessa för successivt uttag under avtalstiden. Enligt punkten 1.5 i förfrågningsunderlaget ska samtliga kostnader vara inräknade i anbudspriset. I bilagan Skallkravsformulär anges de krav leverantören ska uppfylla. Under rubriken "Krav för vårdsäng" anges i punkten 2.9 "nödsänkning, batteribackup".

Förvaltningsrättens bedömning

Frågan i målet är i första hand om det vinnande anbudet från Invacare uppfyller ska-kravet "nödsänkning, batteribackup" eller om det i stället skulle ha uteslutits. En uteslutning av Invacares anbud torde ha fått till följd att bolagets anbud varit det med lägst pris och därmed skulle ha antagits. Kommunerna har anfört att den vårdsäng med elektronik för batteribackup som Invacare offererat uppfyller det ställda ska-kravet, och att det är allmänt känt att det är brukligt att använda en batterienhet per sängmodell på varje avdelning. Batterienhet som sådan anges inte bland ska-kraven. Förvaltningsrätten anser att bolaget mot bakgrund av vad kommunerna anfört inte förmått visa att det ifrågavarande ska-kravet på batteribackup måste tolkas på annat sätt än vad kommunerna har gjort. Det är således inte visat att Invacares anbud inte uppfyller detta ska-krav och skulle ha uteslutits ur

upphandlingen innan utvärderingen. Skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund föreligger därför inte.

Därvid blir frågan om förfrågningsunderlaget varit så otydligt på denna punkt i skallkravsformuläret att anbudsgivarna inte kunnat bilda sig en uppfattning om vad som efterfrågades och därmed kunnat lämna konkurrenskraftiga anbud. Förvaltningsrätten anser att det inte kommit fram att ska-kravet avseende funktionen "nödsänkning, batteribackup" varit så otydligt att anbudsgivarna inte skäligen borde ha förstått vad som efterfrågades, och därmed att förfrågningsunderlaget måste göras om. Den oklarhet som möjligen finns beträffande vad som avses med att det ska finnas en batteribackup för funktionen nödsänkning av vårdsängen får i stället anses vara en sådan mindre brist som får godtas. Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det som bolaget anfört i målet inte visar att den aktuella upphandlingen genomförs i strid mot LOU. Det saknas därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa med anledning av ansökan om överprövning. Ansökan ska därmed avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om bestämmelserna i 16 kap. 10 § andra stycket LOU enligt vilket avtal inte får ingås förrän tio dagar har gått från det att domstolen har avgjort målet.

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



Per-Olof Larsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska 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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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.

DV 3109/1C LOU