



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 31

DOM
 2017-01-19
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 13281-16

SÖKANDE

Zarges AB, 556543-5558

Ombud: Advokat Maria Lidbom och jur. kand. Max Olsson
 Advokatfirman LA Partners Aktiebolag
 Box 487
 201 24 Malmö

MOTPARTER

1. Karolinska Universitetssjukhuset, 232100-0016
 Upphandlingssektionen NS3
 171 76 Stockholm

2. Hallins Sales AB, 556968-6156

Ombud för 2:
 Advokaterna Mikael Dubois och Fredrik Linder
 Hamilton Advokatbyrå KB
 Box 715
 101 33 Stockholm

SAKEN
 Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Karolinska
 Universitetssjukhuset ska rätta upphandlingen.

KONKURRENSVERKET	
2017 -01- 2 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 771111

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		

YRKANDEN M.M.

Karolinska Universitetssjukhuset (Karolinska) genomför, som öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), en upphandling av ramavtal för transportvagnar av vätska anpassade till AGV-system (dnr K1364-2016). I tilldelningsbeslut den 15 juni 2016 meddelade Karolinska att två anbud, från Hallins Sales AB (Hallins) och Zarges AB (Zarges), uppfyllt de obligatoriska kraven och att båda fått 45 utvärderingspoäng av 60 möjliga samt att Hallins anbud i kraft av lägst utvärderingspris är det ekonomiskt fördelaktiga, varför Karolinska avser att sluta avtal med Hallins.

Zarges begär överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom att Hallins anbud förkastas, i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför *Zarges* bl.a. följande.

Av de administrativa föreskrifterna, punkten 4.4, framgår tydligt att det är ett obligatoriskt krav att leverera en prototyp senast åtta veckor efter avtalskrivning och en av Karolinska godkänd prototyp senast tolv veckor efter avtalsskrivning. Det är vidare ett obligatoriskt krav att leverans av 75 vagnar (ej prototyp) ska ske under oktober 2016, vilket framgår av första sidan av de administrativa föreskrifterna och framför allt av det obligatoriska kravet under punkten 1.3 med rubriken "Beskrivning av upphandlingen". För en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare är det självklart att dessa leveranstider förväntas. Att det i bakgrundsbeskrivningen till kravspecifikationen – vilket är en beskrivning som inte utgör ett obligatoriskt krav i upphandlingen – förts in vad som framstår som en uppenbar felskrivning, föranleder ingen annan bedömning.

Hallins har i sin tidsplan inte tagit hänsyn till kravet på leveranstid och måste således anses ha reserverat sig mot detsamma. Att en första leverans av 75 vagnar ska kunna ske i oktober 2016 är ett obligatoriskt krav (skall-krav),

som Hallins anbud inte uppfyller. Av Hallins tidplan framgår genom en sammanläggning av den tid som uppgivits på de olika delmomenten att det krävs mellan 22 (8+14) och 26 (8+2+16) veckor innan leverans kan ske. Detta innebär leverans och installation av efterfrågade vagnar någon gång mellan den 28 november och 26 december 2016.

Om man som utgångspunkt förutsätter att avtalsskrivning skulle ha infallit den 15 juni 2016 (sista anbudsdag var den 29 maj 2016) innebär Hallins tidsplan att de kan leverera tidigast någon gång mellan slutet av november 2016 och början av januari 2017; här bortses från den eventuella tid som Karolinska kan behöva ta i anspråk under processen. Det rör sig om en felmarginal som vida överstiger 10 procent i förhållande till den obligatoriska leveranstiden, vilket måste vara av väsentlig betydelse för Karolinska. Det är oförståeligt vad Hallins avsett att uppnå, eller uppfattat att Karolinska avsett att uppnå, med en bifogad tidsplan om inte för att ge en bild av den faktiska tidsåtgången för uppdraget nedbrutet i delmoment. Tidsplanen utgör en prognos, men det måste i vart fall bedömas möjligt att leverera inom utsatt tid. Av Hallins tidsplan kan man utläsa att en sådan leverans inom föreskriven tid inte är möjlig. Att en anbudsgivare generellt angivit att den accepterar alla krav räcker inte för att utsläcka eventuella reservationer och avvikelser. Upphandlande myndighet måste pröva alla obligatoriska krav, (se dom av Kammarrätten i Göteborg i målen 6690-11, 6691-11 och 661-13).

Hallins tidsplan utgör en sådan väsentlig avvikelse från krav 1.3 att den utgör en reservation. Att Hallins anbud ändå utvärderats strider mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. Om förvaltningsrätten ändå anser att Hallins uppfyller kravet på leveranstid, har förfrågningsunderlaget brutit i transparens och upphandlingen ska då göras om. Förfrågningsunderlaget har i så fall varit otydligt avseende betydelsen av kravet på leverans under oktober 2016, och därmed inte tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna ska kunna lämna anbud på ett konkurrenskraftigt sätt. Om Zarges vetat

att längre leveranstid varit godtagbar skulle även Zarges ha kunnat ange en mer flexibel leveranstid över en längre tidsperiod, vilket hade kunnat påverka såväl prissättning som resursbehov och kapacitet under t.ex. sommaren. Förfrågningsunderlagets oförutsägbara utformning strider mot likabehandling och transparens. Det strider mot transparens också för det fall förvaltningsrätten skulle tolka det som att det inte kan anses uppenbart att leveranstiden omfattat hela oktober månad 2016.

Zarges uppfyller det obligatoriska leveranstidskravet som för den informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivaren är att leverans ska ske under oktober 2016. Zarges tidpunkt för leverans infaller senast den 31 oktober 2016, vilket tidsplanen illustrerar. Det anges inte i kravspecifikation att de handlingar, som Hallins menar att Zarges inte bifogat, ska bifogas till anbudet vilket dessutom vore omöjligt eftersom det inte finns någon prototyp. Zarges anbud har vid anbudsutvärderingen rangordnats omedelbart efter vinnande anbud. Vid en korrekt genomförd anbudsutvärdering skulle Hallins anbud ha förkastats och Zarges tilldelats kontrakt. Zarges har därmed lidit skada.

Bristerna till följd av Karolinskas överträdelse av LOU kan läkas genom den mindre ingripande åtgärden rättelse såsom Zarges yrkar i första hand, dvs. genom ny utvärdering utan beaktande av Hallins anbud. Det obligatoriska kravet på leverans under oktober 2016 har inte varit otydligt eller felaktigt ställt. Däremot har kravet inte följts av Karolinska vid anbudsprövningen. Det fel som begåtts har således inte påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Därför bör upphandlingen rättas på så vis att utvärderingen görs om utan beaktande av Hallins anbud.

Karolinska medger att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak följande. Karolinskas förnyade granskning visar att Hallins inte uppfyller alla obligatoriska krav enligt punkten 1.3 i förfrågningsunderlaget, eftersom Hallins inte presenterat en tidsplan som möter kravet på en första leverans

av 75 vagnar i oktober 2016. Det vitsordas att förfrågningsunderlaget varit otydligt och oförutsägbart utformat gällande kravet på leveranstid, vilket strider mot kraven på likabehandling och transparens och gör att alla potentiella anbudsgivare kan ha lidit skada. Mot denna bakgrund, och då upphandlingens konkurrensuppsökande skedet påverkats, medger Karolinska andrahandsyrkandet att upphandlingen ska göras om.

Hallins anser att *Zarges* ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

I tidsplanskravet, punkten 7.5 i kravspecifikationen, anges inga riktlinjer för vilka tidsperioder de olika momenten i uppdraget ska ta i anspråk. *Hallins* har gett in en tidsplan och det innebär att tidsplanskravet är uppfyllt. *Hallins* har kryssat i rutan "Krav enligt ovan uppfylls" i punkten 2.1 och därmed bekräftat att man uppfyller alla obligatoriska krav inklusive leveranstid.

Det görs i upphandlingen ingen som helst koppling mellan leveranstidskravet och innehållet i tidsplanen som ska ges in. En tidsplan är just en plan och det ligger i dess natur att tiderna som anges däri inte är slutligt fastställd utan kan komma att ändras, beroende på en mängd faktorer. De tider som i *Hallins* tidsplan anges för olika delmoment i uppdraget kan alltså inte tas till intäkt för att *Halins* inte har för avsikt att uppfylla kravet på leveranstid. Det finns inget krav på att innehållet i tidsplanen måste överensstämma med de krav på leveranstider som finns i andra delar av upphandlingens underlag.

I *Hallins* tidsplan anges att den bara indikerar tidsåtgången för respektive delmoment, vilka alltså mycket väl kan komma att ta kortare tid än vad som angivits. Om tidsplanen ändå ska tas i beaktande vid bedömningen av om *Hallins* uppfyller leveranstidskravet, kan leverans enligt denna ske den 16 november dvs. med en försening på endast 16 dagar. Den sammanlagda tiden för de olika delmomenten behöver endast justeras nedåt med mindre än 10 procent ($16/165 \times 100$). Det anges att produktion av prototyp ska ta

åtta arbetsveckor från signerat avtal och att eventuell korrigerings av denna ska ta 1-2 arbetsveckor.

En förutsättning för att Zarges skulle ha kunnat antas i upphandlingen om Hallins hade diskvalificerats, och därmed för att Zarges kunnat lida skada enligt 16 kap. 6 § LOU såsom påstås, är att Zarges själv uppfyllt alla skallkrav. Om sökanden gör gällande att vinnande anbudsgivaren inte uppfyller de obligatoriska kraven, och den vinnande anbudsgivaren gör gällande att inte heller den sökande leverantören uppfyller de obligatoriska kraven, ska den senare invändningen också prövas i målet, se EU-domstolens avgörande C-100/12, *Fastweb*. Det skulle strida mot likabehandlingsprincipen att förkasta ett anbud på grund av bristande uppfyllelse av skallkrav men inte ett annat, och om sökande leverantörs anbud borde förkastas har sökanden inte varit skadelidande i LOU:s mening.

Av Zarges tidsplan framgår att tidpunkten för leverans infaller efter den 30 oktober 2016. Det är minst två veckor efter den tidpunkt som krävs enligt leveranstidskravet, vilket i kravspecifikationens punkt 1.1 anges vara ”i början av oktober månad” dvs. åtminstone senast den 15 oktober 2016. Zarges har inget som helst stöd för att den som anges om leveranstid i punkten 1.1 är en uppenbar felskrivning.

Om vad som anges i en anbudsgivares tidsplan ska få betydelse för frågan om leveranstidskravet uppfylls, som Zarges gör gällande, så uppfyller således inte heller Zarges leveranstidskravet. Zarges har dessutom inte bifogat avsedda konstruktionsritningar vid inlämnandet av dess anbud i upphandlingen. Alltså uppfyller Zarges inte skallkravet i punkten 6.1 i kravspecifikation. Zarges har således inte haft någon möjlighet att antas som leverantör i upphandlingen och riskerar därmed inte att lida skada. Zarges ansökan om överprövning ska därför avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 1 kap. 9 § LOU följer bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principen om proportionalitet. Om upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Att utvärdera och anta ett anbud som inte uppfyller kraven strider mot lika-behandlingsprincipen, (se EU-domstolens avgörande C-243/89 *Stora Bält*). Om det vid överprövningsprocessen framkommer att en leverantör inte uppfyller kraven får detta inte bortses från av rätten, (se dom av Kammarrätten i Göteborg den 18 december 2009, mål nr 4904-09, och dom av Kammarrätten i Jönköping den 15 juni 2015, mål nr 3150-14).

Det är i första hand den som begär ingripande mot en upphandling, dvs. Zarges, som ska visa att det finns förutsättningar för detta, (jfr dom av Kammarrätten i Göteborg den 17 december 2014, mål nr 3608-14). I vart fall ska Zarges göra detta sannolikt (jfr dom av Kammarrätten i Jönköping den 4 augusti 2011, mål nr 1903—1913-11).

Brister i förfrågningsunderlaget

Zarges har anfört att om förvaltningsrätten anser att Hallins uppfyller kravet på leveranstid, har förfrågningsunderlaget brutit i transparens och upphandlingen ska då göras om. Förfrågningsunderlaget har i så fall varit otydligt

avseende betydelsen av kravet på leverans under oktober 2016, och därmed inte tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna ska kunna lämna anbud på ett konkurrenskraftigt sätt. Karolinska har vitsordat att förfrågningsunderlaget varit otydligt och oförutsägbart utformat gällande kravet på leveranstid.

Förvaltningsrätten konstaterar att av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande enhetens krav i förfrågningsunderlaget ska ha angetts på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om vissa brister och oklarheter får godtas. Högsta förvaltningsdomstolen uttalade i RÅ 2002 ref. 50 att 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.

Enligt förvaltningsrättens bedömning har kriteriet för utvärdering av anbudet som framgår av förfrågningsunderlaget angivits på ett tillräckligt tydligt sätt. Förfrågningsunderlaget har således inte brustit i transparens. Det föreligger således inte brister i förfrågningsunderlaget i fråga om tydligheten av betydelsen av kravet på leverans under oktober 2016. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte på grund av brister i förfrågningsunderlaget.

Krav på leveranstid och förutsättningar för ingripande

I upphandlingens administrativa föreskrifter anges dels på första sidan att leverans av 75 vagnar ska kunna ske under oktober 2016 dels under punkten 1.3 att en första leverans av 75 vagnar ska kunna ske under oktober 2016.

Av Hallins anbud framgår bl.a. följande.

Tidsplan för projekt Karolinska 2016-140 Transportvagn för vätskor

Nedan följer en tidsplan för utveckling och leverans av projektet Transportvagn för vätskor

I Hallins tidsplan anges följande:

Delmoment:

Färdigställande av tillverkningsritning – 3 arbetsdagar

Produktion av prototyp – 8 arbetsveckor från signerat avtal

Utvärdering av prototyp på Karolinska - ?

Eventuell korrigering av prototyp – 1-2 arbetsveckor

Godkännande av prototyp

Serieproduktion – 14-16 arbetsveckor från godkänd prototyp

Tiden för att utvärdera testvagnen på Karolinska har vi svårt att uppskatta. Tidsplanen indikerar bara tidsåtgången för respektive delmoment.

Karolinska medger att Hallins inte uppfyller alla obligatoriska skall- krav enligt punkten 1.3 i förfrågningsunderlaget. De har bl.a. inte presenterat en tidsplan som visar att de kan leverera 75 vagnar under oktober 2016. Hallins har i yttrande till förvaltningsrätten bl.a. angett att de tider som anges i deras tidsplan för olika delmoment i uppdraget kan inte tas till intäkt för att de inte har för avsikt att uppfylla kravet på leveranstid. Det finns inget krav på att innehållet i tidsplanen måste överensstämma med de krav på leveranstider som finns i andra delar av upphandlingens underlag. Om deras tidsplan ska beaktas så kan deras leverans ske den 16 november dvs. med en försening på endast 16 dagar. Hallins anser att det görs i upphandlingen ingen som helst koppling mellan leveranstidskravet och innehållet i tidsplanen som ska ges in. Förvaltningsrätten gör bedömningen att det klart och tydligt framgår av de administrativa föreskrifterna att leverans av 75 vagnar ska ske under oktober 2016. Av Hallins tidsplan kan man utläsa att en leverans under oktober månad 2016 inte är möjlig. Förvaltningsrätten anser därför att Hallins anbud inte uppfyller det obligatoriska ska kravet att leverans av 75 vagnar

ska ske under oktober 2016. Anbudet borde därför rätteligen inte ha antagits av Karolinska. Att så ändå har gjorts strider mot LOU och Zarge har sannolikt lidit skada av detta. Det finns därför grund för förvaltningsrätten att ingripa i upphandlingen. Det är enligt domstolens mening tillräckligt med en rättelse.

Slutsats och ingripandesätt

Karolinska har överträtt likabehandlingsprincipen genom att man tilldelat kontrakt åt en anbudsgivare, Hallins, som inte uppfyller det obligatoriska kravet på leveranstid. Det är emellertid endast överträdelsen av likabehandlingsprincipen som sökanden, dvs. Zarges, kan komma att lida skada av. Denna överträdelse skedde inte i upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan vid Karolinskas prövning av vilka anbud som var kvalificerade. I det läget ska i allmänhet, oavsett hur parterna yrkat, förvaltningsrätten bifalla överklagandet genom rättelse, (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2005 ref. 47). Zarges ansökan ska därför bifallas på så sätt att Karolinska åläggs att rätta upphandlingen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Charlotte Hedberg

Rådman

David Munck har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.