



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2013-05-31
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
4583-13 E
4798-13 E
4874-13 E
4878-13 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

Comfort System Scandinavia AB, 556308-9498
Box 4033
561 04 Husqvarna

Ombud: Advokat Thomas Svedberg och Jur.kand. Björn Lind
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

KONKURRENSVERKET	
2013-05-31	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Region Halland (Handläggande myndighet)
2. Region Skåne
3. Landstinget Blekinge
4. Landstinget Kronoberg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**4583-13 E
4798-13 E
4874-13 E
4878-13 E

Avdelning 1

BAKGRUND

Region Halland, Region Skåne, Landstinget Blekinge och Landstinget Kronoberg (landstingen) har genomfört en upphandling avseende "Sängar samt tillbehör och reservdelar i huvudsak för hjälpmedelsverksamheternas ansvarsområde inom och anknutna till landstingen Blekinge och Kronoberg samt regionerna Halland och Skåne" (diarienummer RU120112). Upphandlingen har genomförts genom ett öppet förfarande. Upphandlingen har delats upp i olika anbudsområden varav produktområde B omfattar "Säng elektrisk reglerbar avancerad vuxen". Av tilldelningsbeslut den 12 april 2013 framgår att Invacare AB vunnit upphandlingen framför Comfort System Scandinavia AB i den del som avser produktområde B.

YRKANDEN M.M.

Comfort System Scandinavia AB ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om vad avser produktområde B. Bolaget anför i huvudsak följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att endast en leverantör kommer att antas vad avser produktområde B. Av tilldelningsbeslutet framgår vidare att endast två anbudsgivare inkommit med anbud på detta område varav Comfort System Scandinavia AB var det ena och Invacare AB det andra. Landstingen har gjort bedömningen att båda anbuden uppfyllt de uppställda skall-kraven och Invacare AB har vunnit upphandlingen i denna del då deras anbud fått lägst jämförelsevärde. Under pågående upphandling ändrades emellertid ett skall-krav till ett bör-krav. Den ursprungliga kravspecifikationen ställde som krav att sängens 230V-kablage *skall* vara av typ spiral med vinklad väggkontakt och att kabeln *skall* kunna dras ut till minst 3 m. Detta skall-krav ändrades till ett bör-krav, med motsvarande lydelse, värt tre poäng,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**4583-13 E
4798-13 E
4874-13 E
4878-13 E

Avdelning 1

efter att Invacare AB påstått att ingen leverantör på marknaden kan uppfylla kravet utan att göra förändringar på produkten. Kravet påstods därmed vara oproportionerligt och begränsa konkurrensen. Av praxis följer att förändringar av skall-krav är att anse som väsentliga och att sådana inte kan tillåtas inom ramen för ett pågående upphandlingsförfarande. Om ett skall-krav anses olämpligt bör därför upphandlingen istället avbrytas och göras om. Genom att ersätta skall-kravet med ett bör-krav har förutsättningarna i förfrågningsunderlaget väsentligt förändrats vilket står i strid med principerna om likabehandling och transparens. Invacare AB har gynnats av förändringen eftersom deras anbud inte skulle ha uppfyllt skall-kravet om kravet kvarstått oförändrat. Comfort System Scandinavia AB har på motsvarande sätt missgynnats eftersom man hade kunnat lämna ett anbud som uppfyllde det aktuella skall-kravet. Comfort System Scandinavia AB har därmed lidit, eller vart fall riskerat att lida, skada. Då bristerna uppkommit i det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om vad avser produktområde B.

Vidare kan inte heller uteslutas att andra potentiella anbudsgivare valt att avstå från att lämna anbud med anledning av att man initialt gjort bedömningen att man inte haft någon möjlighet att uppfylla det uppställda skall-kravet.

Landstingen anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Ändringen av det aktuella skall-kravet står inte i strid med de principer som bär upp LOU. Den oansenliga självrättelse som skett medförde tvärtom att principen om proportionalitet inte kränktes eftersom ändringen medförde att en seriös och kompetent leverantör inkommit med anbud i upphandlingen, vilket gynnat konkurrensen. Vidare har den aktuella upphandlingen inte varit särskilt komplicerad och de två veckor som justeringen varit publicerad har givit leverantörer tillräckligt med tid för att göra

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**4583-13 E
4798-13 E
4874-13 E
4878-13 E

Avdelning 1

eventuella korrigeringar i sitt anbud. Därtill har Comfort System Scandinavia AB självt önskat, och fått, ett annat skall-krav justerat.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

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

Förfrågningsunderlaget

Av förfrågningsunderlaget framgår att anbud kan lämnas för hela eller delar av leveransen och att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer antas inom respektive produktområde.

Av "Frågor och svar nr. 2" daterat den 20 februari 2012, i vilket landstingen har besvarat frågor från presumtiva anbudsgivare, framgår bland annat att Invacare AB ifrågasatt syftet med skall-kravet rörande 230V-kablage som är av typ spiral med vinklad väggkontakt och kabel som kan dras ut minst 3 m. Invacare AB har anfört att kravet saknar proportionalitet eftersom ingen leverantör på marknaden kan uppfylla kravet utan att göra

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**4583-13 E
4798-13 E
4874-13 E
4878-13 E

Sida 5

Avdelning 1

förändringar på produkterna och att konkurrensen därmed blir begränsad. Av de upphandlande myndigheternas svar framgår att kravet ändras till ett bör-krav värt tre poäng och att ändringen görs för att öka konkurrensen.

Förvaltningsrättens bedömning


I LOU saknas detaljerade regler i fråga om utformning av förfrågningsunderlag samt bestämmelser om ändringar, förtydliganden och kompletteringar. Inte heller ger EU-rätten, vilken ligger till grund för den svenska lagstiftningen, någon ledning i detta avseende. En åtgärd som innebär att förfrågningsunderlaget ändras under pågående upphandling måste därför bedömas med beaktande av de allmänna principer som lagstiftningen bygger på och som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, d.v.s. principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandlande myndighet är inte helt förhindrad att vidta vissa åtgärder under pågående upphandlingsförfarande i form av exempelvis klargöranden. Väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget får emellertid inte ske. En ändring i ett skall-krav, d.v.s. ett obligatoriskt krav, bör normalt ses som en väsentlig förändring (se ex. Kammarrättens i Jönköping dom den 17 juni 2009 i mål nummer 923-09). Vid prövningen av förändringar i förfrågningsunderlaget måste emellertid hänsyn tas bland annat till orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtogs och om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen (jämför ex. Kammarrättens i Jönköping dom den 25 november 2010 i mål nummer 1941-10). Den omständigheten att en ändring avser ett skall-krav kan således inte per automatik anses innebära att det är fråga om en väsentlig förändring i förfrågningsunderlaget.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**4583-13 E
4798-13 E
4874-13 E
4878-13 E

Avdelning 1

Den av Comfort System Scandinavia AB åberopade förändringen i förfrågningsunderlaget innebär att ett skall-krav helt utgick och ersattes med ett bör-krav av samma lydelse. Ändringen publicerades under pågående upphandlingsförfarande 15 dagar innan anbudstidens utgång. Det kan visserligen konstateras att skall-kravet har ändrats efter att en presumtiv anbudsgivare ifrågasatt om kravet verkligen var proportionerligt. Förändringen uppges dock ha skett för att öka konkurrensen. Det framgår att landsingen ställt upp 23 olika skall-krav för aktuella sängar. Ändringen av det aktuella skall-kravet till ett bör-krav framstår därför närmast som oväsentlig i relation till upphandlingsföremålet i dess helhet. Ett upprätthållande av det ursprungliga kravet kan därmed ha inneburit en konkurrensbegränsning som knappast motiverades av kravets betydelse för upphandlingsföremålet som helhet. Det har heller inte framkommit att någon leverantör avstått från att lämna anbud med anledning av det ursprungliga skall-kravet. Mot denna bakgrund kan förändringen av förfrågningsunderlaget inte anses bryta mot principerna om likabehandling och transparens uppställda i 1 kap. 9 § LOU. Ansökan om ingripande enligt LOU ska därför avslås.

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



Peter Kockum

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Herman Galle.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 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
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 uppgive 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 3109/1B LOU