



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 2

DOM
2019-09-24
Meddelad i Göteborg

Mål nr
3697-19

KONKURRENSVERKET	
2019-09-24	
Avd.	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Mediq Sverige AB, 556252-2317

MOTPART

Nämnden för inköp och upphandling, Göteborgs kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om editionsföreläggande.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Dok.Id 631111

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax

-

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Nämnden för inköp och upphandling i Göteborgs kommun (kommunen) genomför en upphandling av *sjukvårdsmateriel*, dnr 055/18. Av tilldelningsbeslut den 12 mars 2019 framgår att två leverantörer lämnat anbud gällande produktområdet Sjukvårdsmateriel, varav båda dessa kvalificerat sig för utvärdering och att OneMed Sverige AB (OneMed) är den leverantör vars anbud vunnit upphandlingen. Mediq Sverige AB:s anbud rangordnades som nummer två vid utvärderingen.

YRKANDEN M.M.

Mediq Sverige AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om alternativt rättas på så sätt att utvärderingen görs om med en tydlig redogörelse för hur formelfelen i Excel-filen för produktområde Sjukvårdsmateriel har hanterats, i andra hand att den rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om utan beaktande av anbud från OneMed, då dess offererade produkter inte uppfyller ställda krav avseende storlek på produkter.

Bolaget yrkar även att förvaltningsrätten beslutar om ett editionsföreläggande till kommunen att lämna ut OneMeds anbud som sekretessbelagts.

Bolaget anför bl.a. följande. I upphandlingsdokumentets Excel-fil för produktområde Sjukvårdsmateriel förekommer flera formelfel för uträkning av totalpris för produktområdet. Totalt innebär formelfelen att utvärderingen slår fel på flera miljoner. Kommunen har i tilldelningen meddelat att formelfelen har beaktats. För att hanteringen skulle kunna anses öppen och transparent borde kommunen ha redovisat vilka felen var och anbudsgivarnas anbudssummor före och efter rättelse. Upphandlingen har därför inte varit tillräckligt öppen då det inte är tydligt hur utvärderingen har gått till. Bolaget

har lidit skada, eller åtminstone riskerat att lida skada då det inte tydligt framgår att OneMed verkligen har offererat det lägsta priset med beaktande av de formfel som finns i utvärderingsfilen.

Kommunen har efter tilldelningsbeslutet sekretessbelagt stora delar av OneMeds anbud. Utifrån det material som lämnats ut kan bolaget se att ett flertal av OneMeds offererade produkter inte borde ha blivit godkända utifrån ställda produktkrav. Det är troligt att man utifrån det sekretessbelagda materialet kan utläsa att ännu fler produkter rätteligen skulle ha blivit underkända och därmed lett till ett högre anbudspris alternativt lett till att OneMeds anbud skulle ha förkastats då OneMed inte offererat 95 procent godkända artiklar. Till följd av att kommunen valt att sekretessbelägga information om de artiklar OneMed har valt att offerera kan bolaget inte bevisa att fel finns på fler än 34 produkter, men på grund av att bolaget kunnat identifiera en del av de artikelnummer som lämnats ut har bolaget sett att flera av dem inte uppfyller ställda krav. Då kommunen enbart underkänt sex av OneMeds artiklar vid utvärderingen och det bevisligen finns fler som inte borde blivit godkända tyder det på att kommunen inte varit erforderligt noggrann vid sin granskning av OneMeds anbud. Bolaget har genom bristerna i förfarandet lidit eller riskerat att lida skada då det är mycket möjligt att bolaget vid en korrekt utvärdering antingen lämnat det enda godkända anbudet alternativt lämnat det anbud med lägst pris.

Följande produkter har bolaget utifrån sin mycket begränsade tillgång till information identifierat som felaktiga, utöver de produkter kommunen redan underkänt:

- Pos B2.7 OneMeds offererade defibrillator är helautomatisk och ej avsedd för professionellt bruk.
- Pos B2.13 OneMeds offererade skylt har ej självhäftande baksida.
- Pos D6.1 OneMeds offererade desinfektionsmedel uppfyller ej EN16615.

- Pos J2.1 OneMeds offererade spray uppfyller inte krav på storlek i ml.
- Pos 07.2 OneMeds offererade binda har vingar.
- Pos W6.2 OneMeds offererade förband är ej styckförpackade utan lösa i kartong.
- Pos W18.4 OneMeds offererade kompress har mått 20x30 istället för efterfrågade 17x25 cm.
- Pos W20.15 OneMeds offererade plåster är ej förpackade i dispensrask.

Att sekretessbelägga så stora delar av inkomna anbud som kommunen gjort i det här fallet leder till att upphandlingen inte blir transparent, och bryter mot 4 kap. 1 § LOU, då det blir omöjligt för konkurrerande anbudsgivare att få insyn i lämnade anbud. Upphandlingsdokumenten har även varit bristfälliga och otydliga. Det har skett flera förändringar efter att frågor ställts.

Kommunen anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Det är inte korrekt att anbudsgivarna inte har fått information om hur de formelfel som har funnits i Excelbilagan hanterats och att utvärderingsmodellen därmed inte har varit öppen och transparent. Som bilaga till tilldelningsbeslutet har en sammanställning bifogats där det bl.a. framgår att kontroll av formelfel i prisbilagorna har gjorts och att alla positioner på positions- och fliknivå har kontrollerats inför tilldelning. Formelfelen har med andra ord korrigerats inför tilldelning, vilket innebär att utvärderingen inte har fått en felaktig utgång. Anbudsgivarna har efter utvärdering och tilldelning fått sin egen Excelfil med korrigerade formler, vilket innebär att anbudsgivarna mycket enkelt har kunnat kontrollera uträkningarna.

Den Excelfil som anbudsgivarna lämnade sina priser i, innehåller beskrivning av vilken produkt som efterfrågas på varje position, efterfrågad ungefärlig storlek på produkten, enhet som efterfrågas, antal enheter som anbud ska lämnas på och uppskattad volym per år. Anbudsgivarna ska i Excelfilen bl.a. fylla i pris per styck för varje produkt. När pris per styck fylls i ska Excelfilen generera en total anbudssumma per produkt genom att antalet för uppskattad volym per år multipliceras med pris per styck. Excelfilen ska även generera en total anbudssumma för produktområdet genom att samtliga positioners totalsummor adderas. Det var dessa formler som inte var korrekta på samtliga positioner i filen, vilket korrigerades i utvärderingen.

Av upphandlingsdokumenten framgår följande i avsnitt 1.6.1 gällande grund för tilldelning av ramavtal: ”Ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån lägsta pris. Respektive delområde tilldelas var för sig”. Det har med andra ord varit tydligt hur utvärderingsmodellen fungerar och att det är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån pris som skulle antas.

Bolaget har i svepande ordalag anfört att upphandlingsdokumentet även har varit bristfälligt och otydligt. Kommunen kan inte bemöta det påståendet på annat sätt än genom att informera om att upphandlingsdokumentet har varit kompletta och transparenta. Det är bolaget som klart och tydligt ska visa och konkretisera vilka brister det påstår finns i upphandlingen.

Det är bolaget som klart och tydligt ska visa vilka brister det påstår finns i OneMeds anbud för att kommunen ska kunna bemöta påståendena. OneMeds anbud har fått belastningspris på sex positioner där produkterna inte har varit godkända. För att uppfylla kravet på att 95 procent av positionerna ska vara godkända kan en anbudsgivare ha produkter som inte är godkända på 34 positioner. Bolaget, som påstår att OneMeds anbud inte uppfyller kravet, har med andra ord bevisbördan för att anbudet har brister på minst 35 positioner. Bolaget påstår i sitt yttrande att åtta av OneMeds produkter inte

uppfyller kraven. Även om bolagets påstående skulle stämma, vilket kommunen bestrider, finns det ingen anledning att pröva påståendet eftersom det ändå inte skulle innebära att OneMeds anbud skulle förkastas. Resultatet i upphandlingen skulle inte heller bli annorlunda om de åtta produkterna hos OneMed ges belastningspris. OneMeds anbudssumma skulle då bli 15 311 073,31 kronor och bolagets anbudssumma är 16 880 993,72 kronor. Bolaget har med andra ord inte lidit eller riskerat att lida skada med anledning av de påstådda bristerna.

Om förvaltningsrätten skulle anse att de handlingar som bolaget begärt edition för skulle ha betydelse som bevis bör dessa inte lämnas ut till följd av vad OneMed anför om yrkeshemligheter och skada i anbudet.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Formelfel i Excelfilen

Bolaget har anfört att upphandlingsdokumentets Excelfil för produktområde Sjukvårdsmaterial har haft flera formelfel, vilket lett till att utvärderingsresultatet slagit fel på flera miljoner kronor. Vidare har bolaget gjort gällande att kommunen i samband med tilldelningsbeslutet inte redovisat hur dessa formelfel hanterats, vilket innebär att upphandlingen inte har varit tillräckligt öppen i detta avseende.

Av upphandlingsdokumentet framgår bland annat följande gällande grund för tilldelning och hur anbudsgivare i anbudet ska ange priser:

1.6.1 Grund för tilldelning av ramavtal

Ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån lägsta pris. Respektive delområde tilldelas var för sig.

1.7.13 Pris

Priser anges i bilaga Kravspecifikation Sjukvårdsmateriel och/eller i bilaga Kravspecifikation Klinikinredning där följande kolumner är obligatoriska att fyllas i: G, H, I, J, L, M, N och O.

Utifrån förutsättningarna som anges i upphandlingsdokumentet kommer grunden för utvärderingen av anbud att vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån pris (jfr 16 kap. 1 § andra stycket 3 LOU).

Förvaltningsrätten konstaterar att så länge regelverket för LOU inte träds för när, står det den upphandlande myndigheten fritt att välja hur upphandlingsdokumenten med eventuella bilagor ska utformas samt hur utvärderingen ska göras.

Av kommunens upphandlingsdokument framgår grunden för utvärdering, ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån pris, och den Excelfil som ingått har då fungerat som det dokument anbudsgivarna ska fylla offererade

priser. I Excel-filen anges att anbudsgivarna för respektive produkt ska fylla i pris per styck. I filen har kommunen fyllt i den uppskattade årsvolymen för respektive produkt. I dokumentet finns vid varje position en kolumn för total anbudssumma.

Utifrån informationen i upphandlingsdokumentet och den bifogade Excel-filen bör det ha stått klart för anbudsgivare att pris per styck för respektive produkt kommer att multipliceras med den av kommunen uppskattade volymen. Resultatet för respektive produkt kommer därefter att adderas för att på så sätt leda till ett totalpris för produktområdet. Förvaltningsrätten anser därför att upphandlingsdokumentet när det gäller hur anbudspris ska lämnas är klart och tydligt utformat. Prismodellen är också så tydligt beskriven att det kan antas att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Skäl för ingripande på grund av att upphandlingsdokumentet inte är tillräckligt öppet finns därför inte.

Vad gäller påståendet om att kommunen brustit i öppenhet gällande redovisningen av hur formelfelen i Excel-filen hanterats, bedömer förvaltningsrätten inte heller här att någon överträdelse av LOU skett. Detta då det av tilldelningsbeslutet framgått att kommunen kontrollerat formelfelen samt alla summeringar på positions- och fliknivå inför tilldelningen. Kommunen har också enligt egen uppgift efter utvärderingen och tilldelningen till varje anbudsgivare skickat ut en Excel-fil med korrigerade formler där respektive anbudsgivare kunnat kontrollera uträkningarna.

Övriga anförda brister i upphandlingsdokumenten

Bolaget har anført att upphandlingsdokumenten, utöver ovanstående redovisade brister, inte varit tillräckligt tydliga på grund av att flera förändringar har skett efter att frågor har ställts.

Dåvarande Regeringsrätten (numera Högsta förvaltningsdomstolen [HFD]) har konstaterat i avgörandet RÅ 2009 ref. 69 att i mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan.

Enligt förvaltningsrätten är den av bolaget påstådda otydligheten i upphandlingsdokumenten såväl vag som ospecificerad. Bolaget har därför inte på ett tillräckligt klart sätt angett vilka omständigheter det grundar sin talan på, varför bolaget inte förmått visa att skäl för ingripande i upphandlingen finns på den grunden.

Har bolaget lidit skada av de påtalade bristerna i OneMeds anbud?

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller, som ovan redogjorts för, huvudprincipen att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr HFD 2013 ref. 53).

Bolaget har i sin ansökan om överprövning preciserat åtta av OneMeds offererade produkter i upphandlingen och anfört att dessa inte uppfyller ställda krav. Av upphandlingsdokumentet Frågor och svar, fråga 24, framgår bland annat följande gällande kontroll av anbudet:

Anbudsgivare som lämnat godkända anbud på 95 % av positionerna per delområde Klinikinredning respektive Sjukvårdsmateriel kommer att vara kvalificerad. Om produkt underkänns kommer positionen att få ett belastningsvärde motsvarande högsta offererade anbudspris på positionen +25 %.

Av tilldelningsbeslutet framgår att kommunen har bedömt att sex stycken av OneMeds offererade positioner inte uppfyller kraven. Bolaget har anfört och från OneMeds anbud specificerat åtta ytterligare offererade positioner som också borde ha underkänts.

Frågan för förvaltningsrätten att ta ställning till blir därmed vilken påverkan utgången av upphandlingen skulle få om totalt 14 av OneMeds offererade positioner inte är godkända. Som framgår av upphandlingsdokumentet enligt ovan krävs att anbudsgivarens offererade positioner, för att få ett godkänt anbud, måste uppgå till 95 procent. Den anbudsgivare vars anbud uppfyller denna gräns får för de offererade positionerna som inte kan godkännas ett belastningsvärde med 25 procent för varje aktuell position. Förvaltningsrätten kan konstatera att bolaget inte kunnat visa varken att de offererade positionerna i OneMeds anbud inte uppgår till 95 procent eller att det belastningsvärde OneMed skulle få för positionerna ifråga skulle ha lett till ett annat resultat vid utvärderingen. Av denna anledning har bolaget inte kunnat visa att det lidit eller riskerat att lida någon skada i detta hänseende. Det saknas därför anledning för förvaltningsrätten att pröva om de utpekade åtta positionerna uppfyller kraven för att bli godkända eller inte.

Frågan om edition m.m.

Bolaget har anfört att det inte är otroligt att man utifrån det sekretessbelagda materialet i OneMeds anbud kan utläsa att ytterligare av OneMeds offererade produkter borde ha blivit underkända. Detta skulle då ha lett till ett högre anbudspris alternativt till att OneMeds anbud skulle ha förkastats.

Officialprincipen måste tillämpas försiktigt i mål om offentlig upphandling. Som huvudprincip bör, som ovan konstaterats, krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på. Om en part utan framgång hos den upphandlande myndigheten har begärt att få ta del av uppgifter som denne önskar åberopa till stöd för sin talan ankommer det på domstolen att pröva om vissa uppgifter krävs för att domstolen ska kunna utsätta förfarandet för en effektiv granskning. Om så bedöms vara fallet, är rätten skyldig att inom ramen för sitt utredningsansvar fordra in uppgifterna från den upphandlande myndigheten. Rätten ska ta ställning till om den behöver informationen för att kunna göra en effektiv överprövning med utgångspunkt i vad parterna anfört (jfr HFD 2015 ref. 55).

Förvaltningsrätten anser inte att vad bolaget anfört är tillräckligt konkret och preciserat för att det ska finnas skäl att ifrågasätta kommunens förfarande och begära in handlingarna för kontroll av OneMeds anbud. Mot bakgrund av detta finns inte skäl att inom ramen för rättens utredningsskyldighet begära in de aktuella handlingarna. Av samma skäl ska inte heller yrkandet om edition bifallas.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att det inte finns skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan ska därför i sin helhet avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Ann-Carin Glimstedt
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Emelie Lindh.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

