



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2017-03-06
Meddelad i Växjö

Mål nr
4003-16

SÖKANDE

Arthrex Sverige AB, 556659-3868
Textilgatan 43, 5 tr
120 30 Stockholm

Ombud: Advokat Nike Berlin och
advokat Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. Karl Storz Endoskop Sverige AB
Storsätragränd 14
127 39 Skärholmen

2. Olympus Sverige AB
Box 1816
171 23 Solna

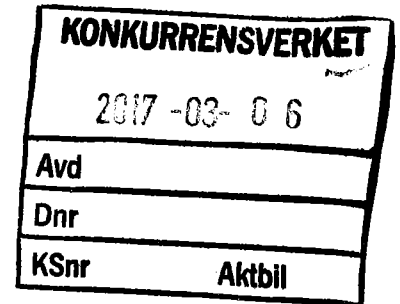
3. Region Kronoberg
Upphandlingsenheten
351 88 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 147187

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Region Kronoberg (Regionen) har genomfört en upphandling avseende två stycken kompletta laparoskopistapelsystem samt tillbehör, installation av utrustningen samt utbildning av användare och medicinteknisk personal. Upphandlingen har skett som ett förenklat förfarande enligt lagen om offentlig upphandling (LOU) där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet avsågs att antas. Enligt tilldelningsbeslut den 4 november 2016 inkom fyra anbud varav två diskvalificerades. Karl Storz Endoskop Sverige AB (Karl Storz) tilldelades uppdraget.

YRKANDEN M.M.

Arthrex Sverige AB (Arthrex) som diskvalificerades ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Arthrex i huvudsak följande. Arthrex uppfyller alla ställda krav och har felaktigt uteslutits. Detta strider mot principerna om likabehandling och transparens. Varken anbudet från Karl Storz eller Olympus Sverige AB (Olympus) uppfyller samtliga krav.

I punkt 1.3.4.3 i förfrågningsunderlaget uppställs krav på ett års garanti för reservdelar som byts eller levereras av leverantören. Karl Storz och Olympus har i bilaga till sitt anbud angett att garanti endast lämnas på sex månader.

Under punkt 6.1.2 i kravspecifikationen anges att handhavande- och skötselutbildning för klinisk personal ska utföras i god tid innan utrustningen tas i drift. Karl Storz har i sitt anbud angett att första utbildningstillfället sker i samband med driftsättningen. Olympus anger att utbildning sker vid driftstart. Detta kan inte anses vara i god tid. Varken anbudet från Karl Storz eller Olympus uppfyller därför samtliga krav och borde ha förkastats. En

upphandlande myndighet kan inte bortse från information i ett anbud som visar att ett visst obligatoriskt krav inte är uppfyllt. Att uppgifterna framgår av bilagorna som förvisso inte efterfrågats saknar betydelse eftersom de står i strid mot gällande krav. Om punkt 1.2.6 kan tolkas som att den läker alla kravbrister skulle anbudsprövningen bli överflödigt. En myndighet kan inte bortse från information i ett anbud som visar att ett obligatoriskt krav inte är uppfyllt. Anbudet ska förkastas. Ett sådant agerande strider mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. Dessutom har anbudet från Arthrex förkastats trots att bolaget svarat ja på alla frågor om att de obligatoriska kraven är uppfyllda. Det aktuella kravet har alltså inte tillämpats likadant gentemot Arthrex som i förhållande till övriga anbudsgivare.

Arthrex riskerar att lida skada av Regionens agerande. Anbudet från Karl Storz och Olympus borde ha förkastats. Därmed skulle kvalificerade anbud saknas och upphandlingen borde göras om. Arthrex skulle därför ha fått en ny chans att tilldelas kontraktet vid en ny upphandling.

Regionen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. I punkt 1.2.6 i förfrågningsunderlaget anges att efterfrågade uppgifter skall besvaras direkt i förfrågningsunderlagets dokument. Dessa svar har företrädare om anbudsgivaren lämnar motstridiga uppgifter. I respektive anbudsformulär har Karl Storz och Olympus svarat att de uppfyller de ifrågasatta kraven. De bifogade förslagen på servicekontrakt ska ses som ett förslag och innehåller standardvillkor. Det är svaren i anbudsansökan och tillhörande dokument som är de giltiga dokumenten. Dessa är överordnade de svaren som t.ex. biläggs i underliggande bilaga. "Ja-svaren" i anbudsformuläret och kravspecifikationen innebär att Karl Storz och Olympus uppfyller ställda krav på ett års garanti-tid på reservdelar. Även kravet på utbildning i punkt 1.6.2 är uppfyllt. Eftersom utbildningen ska planeras tillsammans med verksamheten har beställaren möjlighet att påverka tidpunkten. Detta anser Regionens vara i god tid.

Regionen har inte handlat i strid mot gemenskapsrättsliga principerna och det saknas skäl att göra om upphandlingen.

Vinnande leverantören samt andraplacerade har getts tillfälle till yttrande i målet. Olympus Sverige AB har valt att inte yttra sig. Vinnande leverantören Karl Storz anger att bolaget uppfyller ställda krav. Bolaget erbjuder ett års garanti för alla reservdelar som byts eller levereras av leverantören i enlighet med kravet i punkt 1.3.4.3. Detta framgår även av bekräftelsen i anbudsformuläret under punkt 2.1.4 som har företrädare framför förslaget till serviceavtal. Avseende kravet under punkt 6.1.2 menar bolaget att utbildningstillfället sker i samband med bolagets driftsättning. Detta ska alltså inte förväxlas med det tillfälle då kunden tar utrustningen i klinisk drift.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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

Enligt punkt 6.1.2 i kravspecifikationen ska utbildningen utformas i samarbete med beställaren och utföras i god tid innan utrustningen tas i drift. Regionen och Arthrex tolkar begreppet ”i god tid innan” på olika sätt. Kravet är formulerat som ett obligatoriskt krav och måste därför uppfyllas för att anbudet ska få utfärdas. Myndigheten som utformat kravet får anses ha ett

visst tolkningsföreträde av dess innebörd. Det framgår inte heller att Regionen har gjort en annan tolkning av kravet och till nackdel för annan anbudsgivare i upphandlingen. Att ange att utbildning planeras i samband med driftsättning samt vid driftstart får därmed anses uppfylla ställda krav. Arthrex har därmed inte visat att det ifrågasatta kravet strider mot någon av bestämmelserna i LOU.

Enligt punkt 1.3.4.3 i förfrågningsunderlaget uppställs som krav att alla reservdelar ska ha en ettårig garantitid. Enligt förvaltningsrättens mening framstår kravet som obligatoriskt och måste alltså vara uppfyllt för att anbudet ska utvärderas. Det är ostridigt att både vinnande leverantören Karl Storz och Olympus i sina respektive anbud har bifogat serviceavtal som anger att garantitiden enbart är sex månader. Under punkt 2.1.4. i anbudsförmuläret uppmanas anbudsgivaren att svara ja eller nej på frågan om anbudsgivaren uppfyller alla ska-krav i anbudsinvitan och förfrågningsunderlaget. Både Karl Storz och Olympus har svarat bekräftande med ett ja. Under punkt 1.2.6 i förfrågningsunderlaget anges följande. ”Efterfrågade uppgifter skall besvaras direkt i förfrågningsunderlagets dokument och/eller eventuella frågeformulär och utgöra en del av anbudet. Dessa svar har företräde om anbudsgivaren lämnar motstridig information på annan plats i anbudet, t ex. accepterar ett obligatoriskt krav och samtidigt tillför villkor i anbudet som strider mot detta krav.”

Frågan i målet är sålunda om Karl Storz och Olympus uppfyller ett obligatoriskt krav trots att de lämnat motstridiga uppgifter i anbudet. Regionen har enbart utifrån bekräftelsen i punkt 1.2.6 utgått från att det ifrågasatta kravet har uppfyllts. När det gäller tolkningen av ett krav i ett förfrågningsunderlag har den upphandlande myndigheten generellt sett tolkningsföreträde. Formuleringen under punkt 2.1.4 är dock, enligt förvaltningsrättens mening, alldeles för generell och avser snarare hela upphandlingen än anger ett specifikt krav. Av handlingarna i målet framgår inte heller att det på något an-

nat ställe i förfrågningsunderlaget specifikt efterfrågats bekräftelse på att ett års garanti lämnas. Av innehållet i anbudena framgår inte med tillräcklig tydlighet att det ifrågasatta kravet är uppfyllt. Det saknar också betydelse att anbudsgivarna på eget initiativ och utan att det efterfrågats sänt in serviceavtalet. En upphandlande myndighet kan under kvalificeringen i vissa fall välja att bortse från vissa brister i ett anbud. Detta förutsätter dock att övriga leverantörer behandlas på samma sätt för att inte myndigheten ska bryta mot likabehandlingsprincipen. Av vad som framkommit i målet framgår inte att även övriga leverantörer fått en liknande gynnsam bedömning. Vinnande anbudet från Karl Storz borde därför ha diskvalificerats. Även Olympus som placerade sig på andraplats borde ha uteslutits av samma orsak.

Av handlingarna i målet samt vad Arthrex själv har anfört framgår inte annat än att även detta bolag rätteligen har diskvalificerats. Det saknas alltså giltiga anbud. Arthrex får därmed anses ha lidit eller kunnat lida skada till följd av att anbudena från Karl Storz och Olympus felaktigt utvärderats. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Förvaltningsrätten finner därför anledning att förordna att upphandlingen ska göras om.

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

Per Hansson
rådman

Föredragande: Helene Larsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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