

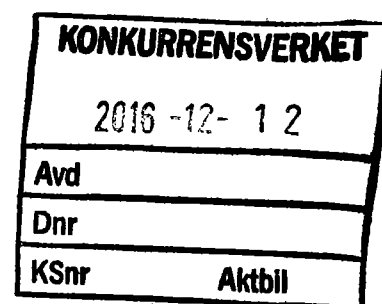

SÖKANDE

Mediq Sverige AB, 556252-2317

Ombud: advokaterna Linda Dahlström och Roger Wier
Advokatfirman Morris
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

MOTPARTER

1. Örebro kommun
2. Askersunds kommun
3. Degerfors kommun
4. Hallsbergs kommun
5. Hällefors kommun
6. Karlskoga kommun
7. Kumla kommun
8. Laxå kommun
9. Lekebergs kommun
10. Lindesbergs kommun
11. Ljusnarsbergs kommun
12. Nora kommun
13. Arboga kommun
14. Kungsörs kommun
15. Köpings kommun
16. Surahammars kommun


Ombud: Lena Ljungsten
Box 30070
701 35 Örebro

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH PARTERNAS INSTÄLLNING

Örebro kommun genomför för egen och ett antal kommuners räkning en upphandling avseende sjukvårdsmaterial. Kommunerna har i tilldelningsbeslut antagit anbud från OneMed Sverige AB. Anbud från Mediq Sverige AB (bolaget) har bedömts som det näst mest ekonomiskt fördelaktiga.

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Kommunerna bestrider bifall till bolagets yrkande.

PARTERNAS TALAN

Parterna har sammanfattningsvis anfört följande.

Bolaget

Kommunerna har tagit fram en varuspecifikation med ett antal olika positioner, där varje position uppställer ett antal krav. I förfrågningsunderlaget anges att om någon produkt på någon position saknas eller är felaktig i förhållande till varuspecifikationen ska ett belastningsvärde påföras. Det vinnande anbudet innehåller ett stort antal produkter som är felaktiga eller saknas i förhållande till varuspecifikationen. Eftersom felaktigheterna gynnat vinnande anbudsgivare på ett betydande sätt, och utvärderingen sannolikt hade sett annorlunda ut för det fall att den genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget, har bolaget lidit, eller kan komma att lida, skada. Då felet är begånget i slutskedet av upphandlingen bör ingripande enligt LOU i första hand ske genom rättelse.

Vidare har den valda utvärderingsmodellen inte säkerställt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antagits, och har således inte medfört ett rättvisande resultat. Förfrågningsunderlaget har inte innehållit tillräckliga eller tillförlitliga uppgifter avseende volymer, och bolaget har med anledning av det bristfälliga förfrågningsunderlaget inte kunnat utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Den vinnande anbudsgivaren är kommunernas nuvarande leverantör av sjukvårdsmaterial, och är den enda anbudsgivare som haft kunskap om vilka faktiska volymer som har levererats under den gångna avtalsperioden. Det är därför bara den vinnande anbudsgivaren som kunnat göra en rimlig uppskattning av vilka volymer som faktiskt kommer att beställas, och utforma ett konkurrenskraftigt anbud. De volymer som anges i varuspecifikationen för de olika produkterna, och som ska ligga till grund för beräkningen av anbudspriserna, är ungefärliga och endast avsedda att användas som en multipel vid beräkning av totalsumman. Volymerna ska enligt förfrågningsunderlaget inte betraktas som bindande, utan antagen leverantör har att leverera de faktiska behoven. De volymer som angetts är alltså fiktiva. Kommunerna har inte säkerställt att samtliga anbudsgivare har erhållit samma information som den vinnande anbudsgivaren avseende de faktiska volymer som levererats tidigare, vilket innebär att den vinnande anbudsgivaren har gynnats i strid med likabehandlingsprincipen.

De volymer som har angetts är därtill i flera fall uppenbart orimliga, enligt bolagets uppskattning utifrån egen erfarenhet av andra avtal med andra avtalsparter. T.ex. är den angivna volymen 1 000 termometrar per år orimlig då dessa produkter används under många år och har garantier knutna till sig. Ett annat exempel är produkten vägghållare till offererad skyddsrock blå och gul, där volymen 500 vägghållare är orimlig med hänsyn till att produkterna kan anses som inventarier och är hållbara under ett antal år. Ytterligare exempel är angivna volymer för stetoskop, som är s.k. flergångsinstrument.

De angivna volymerna har därför inte kunnat läggas till grund för utformning av ett konkurrenskraftigt anbud. Den relativt stora prisspridningen bland lämnade anbud tyder också på att förfrågningsunderlaget har varit för otydligt för att ligga till grund för utformning av anbud på lika villkor. Den nuvarande leverantören har lämnat lägst anbudspris, vilket tyder på att denne har haft tillgång till information som inte tillgängliggjorts för övriga anbudsgivare. Bolaget har lidit, eller kan komma att lida, skada, då bristen i förfrågningsunderlaget påverkat bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Upphandlingen bör därför i andra hand göras om.

Kommunerna

Kommunerna har följt den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen, och det vinnande anbudet har tilldelats belastningsvärde för de offererade produkter som inte uppfyller efterfrågad kvalitet. Bolaget har inte visat att utvärderingen inte har skett på rätt sätt. Även om samtliga positioner i det vinnande anbudet som bolaget påstår är felaktiga skulle underkännas skulle dock bolagets anbud ändå vara sämre än det vinnande anbudet. Det har således inte framkommit att bolaget riskerat att lida skada i denna del.

Förfrågningsunderlaget är likabehandlande och transparent. Utvärderingsmodellen är klart beskriven, och ingen del i kommunens utvärdering har avvikit från det som samtliga anbudsgivare kunnat utläsa. Påståendet att den vinnande anbudsgivaren är kommunernas nuvarande leverantör stämmer inte, då det inte funnits något avtal för leverans av sjukvårdsmaterial sedan september 2014. En inte oväsentlig del av inköpen av sjukvårdsmaterial har skett från bolaget under den period kommunerna saknat avtal. Bolagets invändning att upphandlande myndighet skulle ha ett ansvar för att en befintlig leverantör har en fördel i form av mer detaljerad kunskap är dock irrelevant. Det ligger i sakens natur att så blir fallet, och det finns ingen åtgärd som kan vidtas för att ändra på det förhållandet att en befintlig leverantör alltid kommer ha bättre information än andra.

Det framgår av förfrågningsunderlaget att de volymer som anges är fiktiva. Behovet får således vara transparent beskrivet. Volymerna är grundade i faktisk förväntad förbrukning. Ett ramavtal är en lämplig avtalsform vid upphandling av varor och tjänster där det kommande behovet inte på förhand säkert kan förutses. De exempel på volymer som bolaget angett i sin ansökan är inte orimliga till ett befolkningsunderlag på cirka 280 000 personer. Det kan räcka med att par nya boenden uppförs för att hela årsvolymen ska uppfyllas. Kommunerna har angett en exakt multipel, angiven volym, för varje position. Volymen är baserad på kommunernas bästa uppskattning av faktiskt kommande behov. Samtliga anbudsgivare kan därmed exakt förutse hur deras prissättning i anbudet kommer att summeras när anbudet utvärderas. Det måste anses transparent, förutsebart och likabehandlande.

SKÄL FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

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 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 har gjorts.

Högsta förvaltningsdomstolen har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de principer som bär upp det upphandlingsrättsliga

regelverket. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten eller enheten tillmäter i betydelse vid upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget gör i första hand gällande att kommunernas utvärdering av det vinnande anbudet är felaktig, och har pekat på ett antal offererade produkter i det vinnande anbudet som enligt bolaget inte uppfyller uppställda krav. Av utredningen i målet framgår dock inte annat än att kommunerna genomfört utvärderingen i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmetoden. Det framgår däremot att även om utvärderingen skulle göras om i enlighet med vad bolaget anför skulle det vinnande anbudet ändå anses vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten inte att det finns skäl att förordna om rättelse.

Bolaget gör i andra hand gällande att förfrågningsunderlaget brister i transparens och förutsebarhet, och att det vinnande anbudet har gynnats i strid med likabehandlingsprincipen. Av förfrågningsunderlaget framgår metoden för beräkning av anbudspriserna i upphandlingen. Det har enligt förvaltningsrättens uppfattning inte framkommit skäl att anta annat än att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör kunnat förutse hur utvärderingen av anbuderna skulle gå till. Det har heller inte i övrigt framkommit att upphandlingen inte har skett på ett öppet sätt.

Bolaget anför att den vinnande anbudsgivaren, i egenskap av befintlig leverantör, haft ett sådant informationsövertag gentemot andra anbudsgivare att kommunerna borde ha säkerställt att samtliga anbudsgivare haft samma information om de volymer som levererats tidigare. Det kan visserligen antas att den vinnande anbudsgivaren, som i en tidigare avtalsperiod varit leverantör av sjukvårdsmaterial till kommunerna, har en viss upparbetad kunskap

om de behov kommunerna haft tidigare. Endast det förhållandet att en anbudsgivare tidigare varit leverantör åt en upphandlande myndighet innebär emellertid inte att det föreligger en otillbörlig konkurrensfördel som kräver att den upphandlande enheten vidtar någon åtgärd. De volymer som angetts i den nu aktuella upphandlingen grundas såvitt framgår av utredningen i målet på kommunernas uppskattade behov för den kommande avtalsperioden, och potentiella leverantörer har varit oförhindrade att med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget utforma konkurrenskraftiga anbud. Vad bolaget anför föranleder inte någon annan bedömning. Förvaltningsrätten finner därför inte att det är visat att kommunerna åsidosatt principen om lika-behandling i 1 kap. 9 § LOU.

Det har således inte framkommit skäl att förordna att upphandlingen ska göras om. Bolagets ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas. För information om hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU).



Hans-Erik Jonasson

F.d. lagman

Föredragande har varit förvaltningsrättsjuristen Erik Ludvigsson.



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. 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.