



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Maria Nyström

DOM
 2012-06-01
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 3254--3260-12 E

KONKURRENSVERKET	
2012-06-04	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

OneMed Sverige AB, 556764-4140
 Dockplatsen 1
 211 19 Malmö

Ombud: Jur kand Annika Blomqvist och jur kand Christofer Morales
 Advokatfirma DLA Nordic KB
 Box 7315
 103 90 Stockholm

MOTPARTER

1. Lunds kommun
2. Eslövs kommun
3. Höörs kommun
4. Hörby kommun
5. Kävlinge kommun
6. Svalövs kommun
7. Landskrona stad

Mål nr

3254-12 E
 3255-12 E
 3256-12 E
 3257-12 E
 3258-12 E
 3259-12 E
 3260-12 E

Ombud för 2-7: Birgitta Petrusson
 Lunds kommun
 Upphandlingsenheten
 Box 41
 221 00 Lund

ANNAN BERÖRD

Mediq Sverige AB
 Box 10302
 434 24 Kungsbacka

Ombud: Advokat Roger Wier och jur kand Josefine Midander
 Setterwalls advokatbyrå
 Box 11235
 404 25 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår OneMed Sverige AB:s begäran om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 109037

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Lunds kommun, Eslövs kommun, Höörs kommun, Hörby kommun, Svalövs kommun, Kävlinge kommun och Landskrona stad (kommunerna) genomför genom öppet förfarande samordnad upphandling avseende sjukvårdsmateriel, KS 2011/0466. Genom beslut den 20 mars 2012 tilldelades Mediq Sverige AB avtal.

OneMed Sverige AB (OneMed) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs med bortseende från Mediq Sverige AB:s (Mediq) anbud. Till stöd för talan anförs att anbudet från Mediq inte uppfyller samtliga kvalificeringskrav i förfrågningsunderlaget och därmed inte skulle ha gått vidare till utvärdering. Genom att kommunerna har utvärderat och antagit Mediqs anbud har kommunerna agerat i strid mot principerna i LOU, i synnerhet likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare skall *"redovisa två referenskunder till vilka leveranser sker"*. Kommunerna har utformat kravet i presens, således följer av kravet att referensuppdragen ska vara pågående. Mediq har i sitt anbud angivit referensuppdrag som avser perioden 2011-2012 och 2010-2011. Det sistnämnda referensuppdraget har inte varit pågående vid sista dag att lämna in anbud. Kravets innebörd ändras inte på grund av att kommunerna i den efterföljande meningen anger *"att tjänsterna ska ha utförts under de senaste tre åren"*. Kravet stämmer inte överens med 11 kap. 11 § LOU, som anger att teknisk kapacitet kan styrkas genom en förteckning över varuleveranser som har utförts. Av förfrågningsunderlaget framgår också att anbudsgivare skall ha utfört leveranser motsvarande det som efterfrågats under de tre senaste åren. Kravet innebär således att referensuppdragen ska avse leveranser som utförts kontinuerligt under denna tidsperiod. Mediq har inte visat att man utfört leveranser motsvarande det som efterfrågats under den treårsperiod som efterfrågas. Kravet har därför inte uppfyllts av Mediq och anbudet skulle rätteligen ha förkastats. Leveransen

till de referenskunder som anges ska vara av motsvarande storlek volymmässigt som de leveranser som efterfrågas i detta förfrågningsunderlag. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunerna tillsammans har 250 000 invånare. Mediq har angivit avtal med Mora och Kristinehamns kommun som referensuppdrag. Det totala antalet invånare som omfattas av Mediqs angivna referensuppdrag uppgår till 101 024 personer. Den siffra ska jämföras med de ca 250 000 personer som kommer att omfattas av kommunernas avtal i denna upphandling. Mediqs referensuppdrag motsvarar inte ens hälften så många invånare som i aktuell upphandling, varför det inte volymmässigt uppfyllt det ställda skall-kravet. Vid en korrekt genomförd prövning av inkomna anbud hade OneMed, som lämnat det lägsta anbudspriset i upphandlingen, tilldelats kontraktet. Kommunens felaktiga förfarande har därmed medfört att OneMed har lidit skada.

Kommunerna bestrider bifall till ansökan anför bl a följande. De inte har brutit mot någon bestämmelse i LOU och upphandlingen har genomförts i enlighet med de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna. I vart fall inte på så sätt att OneMed har lidit eller kan komma att lida skada. OneMed hänvisar i sin ansökan till att lämnade referensuppdrag ska vara pågående uppdrag. Kravet i förfrågningsunderlaget hänvisar till 11 kap. 11 § LOU där den tekniska kapaciteten bl.a. får styrkas genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren. Kravet i förfrågningsunderlaget är utformat utifrån ordalydelsen i LOU. Ingenstans i kravet framgår det att det måste vara ett pågående uppdrag, det är OneMeds egen tolkning. Nästa mening i kravet " *dessa tjänster ska ha utförts under de tre senaste åren*" torde snarare tydliggöra att uppdragen kan ha skett en kortare eller längre period men ska ha pågått någon gång under de tre senaste åren. Kravet syftar till att säkerställa att antagen leverantör har förmåga att hantera det aktuella uppdraget. Vidare är det OneMeds egen tolkning att referensuppdragen ska ha löpt under en tidsperiod om tre år. Kravet är utformat utifrån lagtexten. Det strider mot

principen om proportionalitet att ställa krav på att anbudsgivarna måste lämna referenser för pågående uppdrag och att ställa ett krav på att endast referensuppdrag som pågått under tre års löptid. Ett sådant krav innebär att kvalificerade anbudsgivare riskerar att stängas ute. Kommunerna har bedömt att lämnade referensuppdrag är godkända volymmässigt. Om kravet tolkas som OneMed gör gällande, att endast ett referensuppdrag som inte avviker något i antal invånare i de/den kommun/er som leverantören har haft uppdrag för, är kravet i så fall att beakta som oproportionerligt även i denna del. En sådan innebörd av kravet innebär att anbudsgivare som inte tidigare har haft enskilt uppdrag i den aktuella omfattningen, men som i och för sig har hög total kapacitet, riskerar att uteslutas. Det stämmer inte att referensuppdragets volym ska ha sin utgångspunkt i invånarantalet.

Mediq, som har lämnats tillfälle att yttra sig över ansökan, anför att påstå-
ende om att de redovisade uppdragen måste vara pågående och avse konti-
nuerliga uppdrag under tre år är felaktiga. För att avgöra om Mediq upp-
fyllt skall-kravet på volymen har OneMed valt att jämföra antalet invånare
i kommunerna med antalet invånare i de lämnade referenskommunerna.
Eftersom det finns fler invånare i kommunerna än i referenskommunerna
anser OneMed att Mediq inte redovisat referensuppdrag som uppfyller
skall-kravet volymmässigt. Att göra en sådan jämförelse är irrelevant.
Upphandlingen avser ett visst produktsortiment och förfrågningsunderlaget
punkten 3.2.2.2. hänvisar till bilaga 1 där kvantiteten av de mest frekventa
produkterna framgår. Kommunerna gör således en bedömning av anbuds-
givarnas produktsortiment. Kravet på volym grundar sig främst på antalet
artiklar och viss volym avtalsmässigt. Det är fel att göra en bedömning
utifrån antalet invånare i kommunen då bedömningen ska göras utifrån
kommunernas behov av produkter. Det är givetvis inte antalet invånare i
kommunen som avgöra behovet av produkter. Kommunerna har gjort be-
dömningen att Mediq uppfyller deras behov och krav på produktsortiment.

OneMed vidhåller vad som tidigare anförts och anför bl a följande. Kravet att referensuppdragen ska vara motsvarande storlek volymmässigt ska ta sin utgångspunkt i invånarantal. Invånarantal är en tydlig indikation på omfattningen av ett uppdrag. Produktsortimentet bedöms inte i 3.1.2, som är kopplat till anbudsgivarens förmåga och kapacitet. Produktsortimentet i punkten 3.2.2.2. rör istället själva upphandlingsföremålet. Mediq har blandat ihop krav avseende anbudsgivarnas förmåga och kapacitet och krav som avser själva upphandlingsföremålet.

DOMSKÄL

Bestämmelser m. m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att rätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 11 kap. 11 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten i annonsen om upphandling eller i inbjudan att lämna anbud ska ange på vilket eller vilka av de sätt som anges i andra stycket som en leverantör skall styrka sin tekniska kapacitet. Ett sätt att styrka den tekniska kapaciteten är genom en förteckning över de viktigaste varuleveranser eller tjänster som utförts under de tre senaste åren med uppgift om värde och tidpunkt samt huruvida det varit fråga om privata eller offentlig mottagare.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

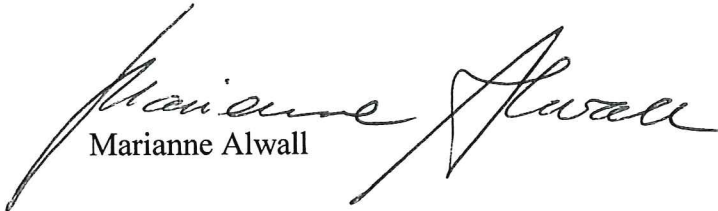
I förfrågningsunderlaget anges under punkten 3.1.2, teknisk förmåga och kapacitet, att anbudsgivare ska ha erfarenhet av liknande uppdrag och redovisa två referenskunder till vilka leveranser sker motsvarande det som efterfrågas i detta förfrågningsunderlag. Dessa tjänster ska ha utförts under de senaste tre åren. Leveransen till de referenskunder som anges skall vara av motsvarande storlek volymmässigt som de leveranser som efterfrågas i detta förfrågningsunderlag.

Som ovan framgår anser OneMed att kommunerna har utformat ovanstående skall-krav på så sätt att referensuppdragen ska vara pågående uppdrag vid anbudslämnandet samt att de måste ha pågått kontinuerligt under de tre senaste åren. Kommunerna har i sin tur invänt att kraven är utformade i enlighet med 11 kap. 11 § LOU, vilket innebär att referensuppdragen inte måste vara pågående och att de ska ha utförts någon gång under de senaste tre åren. Vidare menar kommunerna att OneMeds tolkning strider mot proportionalitetsprincipen. Med utgångspunkt från att teknisk kapacitet endast får styrkas på sätt som anges i 11 kap. 11 § LOU anser förvaltningsrätten, trots skall-kravets språkliga utformning i presens, att kravet rimligtvis får tolkas på så sätt att uppdragen inte måste vara pågående vid anbudslämnandet samt att de ska ha utförts någon gång under de tre senaste åren. Skäl att förordna om ingripande i upphandlingen föreligger således inte.

OneMed har även anfört att det vinnande anbudet inte uppfyller kravet på att ha volymmässig kapacitet att leverera sjukvårdsmaterial till kommunerna som tillsammans har totalt 250 000 invånare. Kommunerna har invänt att skall-kravet inte ska tolkas på det sätt som OneMed hävdar. Förvaltningsrätten konstaterar att krav på teknisk kapacitet i 11 kap. 11 § LOU är en uttömmande katalog av de bevis som får användas. Vad bevisen ska styrka framgår däremot inte av lagtexten. Syftet med begärd förteckning får därför framgå av de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. En förteckning av referenser och därtill hörande uppgifter kan bevisa många olika förhållanden. Det kan röra sig om leveranssäkerhet avseende tid, specifikationsuppfyllelse pålitlighet m.m. Av i målet aktuellt förfrågningsunderlag framgår att volymen avser de leveranser som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Kommunerna har bedömt att av Mediq lämnade referensuppdrag är godkända. Förvaltningsrätten kan inte finna att OneMeds tolkning att kravet ska ställas i relation till folkmängd vinner stöd av förfrågningsunderlaget eller att denna tolkning är utredning som visar att kommunerna gjort en sådan felaktig bedömning av Mediqs anbud att grund för

ingripande föreligger. Vid sådana förhållanden ska OneMeds ansökan avslås.

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



Marianne Alwall



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 var till 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 uppge 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