



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 33

DOM
2017-04-06
Meddelad i Stockholm

Mål nr
3977-17

SÖKANDE

Nordic Biolabs AB, 556443-6789
Box 7293
187 14 Täby

MOTPART

Stockholms läns landsting

Ombud: Advokaten Johan Stern
Ramberg Advokater KB
Box 3137
103 62 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1019) om offentlig upphandling

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2017-04-07 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 20 februari 2017 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 834767

| | | | | |
|-------------------|---------------------|---|----------------|------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt | 08-561 680 01 | måndag-fredag 08:00-16:30 |

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför med öppet förfarande en upphandling av ramavtal för laboratorieartiklar, dnr SLL410. Något tilldelningsbeslut har ännu inte fattats i upphandlingen.

Nordic Biolabs AB (bolaget) yrkar i första hand att vissa vitesklausuler ska strykas i förslaget till ramavtalet och i andra hand att upphandlingen ska göras om och att vitesklausulerna inte längre ska ingå som en del i ramavtalet. Bolaget anför i huvudsak följande. Förfrågningsunderlag med tillhörande ramavtal strider mot proportionalitetsprincipen och likabehandlingsprincipen i lagen om offentlig upphandling (LOU). Ramavtalet strider mot reciprocitetsprincipen i avtalslagen. Enligt punkt 20.4.3 anbudsunderlaget utgår vite alltid vid leveransförsening, oavsett om SLL kan acceptera förseningen eller inte. Vitesklausulen strider mot proportionalitetsprincipen då vitet inte står i proportion till en eventuell skada för SLL. I 110 av 324 rader i artikel-specifikationen är inköpsvolymen satt till 1 vilket betyder att SLL inte vet hur stora volymer som de avser att avropa. Bolaget anser att det är ett oskäligt krav att stipulera vite utan att ange ungefärlig inköpsvolym och att kravet strider mot proportionalitetsprincipen då den möjlighet leverantören ges att uppfylla kraven kring leveranserna inte är tillräcklig och tvingar leverantören att höja lagernivåerna, bygga lager och ändå riskera böter vid order över vad som normalt beställs eller vad som är angivet i underlaget. Kravet strider också mot likabehandlingsprincipen då större multinationella bolag som ingår i koncerner med lager i flera närliggande länder ges större möjlighet att uppfylla kraven än mindre bolag som istället tvingas bygga upp en överkapacitet i sitt lager och binda kapital som de sannolikt har svårigheter att uppbringa. Risken är att SLL genom upphandlingen diskriminerar och utesluter mindre lokala aktörer.

Enligt punkt 12 till förfrågningsunderlaget hörande ramavtal kräver SLL att bilder på produkter ska ha inkommit senast fem dagar efter meddelande från SLL att ramavtal undertecknats. Därefter utgår vite om 3 000 SEK per dag till dess att bilderna inkommit. Kravet står inte i proportion till den möjlighet som bolaget har att svara upp mot kravet. Enligt punkt 29.7 i till förfrågningsunderlaget hörande ramavtal ska leverantören uppfylla vid var tid gällande miljöprogram. Bolaget vänder sig emot att det ska vitesbeläggas, om det i framtiden levererar produkter som det vid anbudstillfället inte visste skulle komma att strida mot framtida gällande miljöprogram. Om bolaget av det skälet skulle vägra att leverera en produkt kommer det istället att beläggas med vite för leveransförsening eller leveransvägran. Kraven strider mot proportionalitetsprincipen då vite kommer att utgå oavsett hur bolaget agerar. Sortimentförändringar ska enligt punkt 35.2.1 i ramavtalet framställas skriftligen minst fyra veckor före den dag från och med vilken sortimentsförändringen avses gälla. Förändringen kräver ett skriftligt godkännande av beställaren och om förändringar genomförs i strid med punkt 35.2 utgår vite med 10 000 SEK per produkt. Bolaget anser att detta strider mot likabehandlingsprincipen då bolag med egen produktion och egna varor samt bolag som ingår i en större koncern med möjlighet att ta hjälp av systerföretag i närliggande länder har möjlighet att svara upp mot kravet på ett helt annat sätt än mindre aktörer i branschen. Risken är stor att kravet diskriminerar och utesluter mindre lokala aktörer som valt att arbeta med få leverantörer. Vidare är kraven vid prisjustering och lämnande av statistik exempel på andra vitesklausuler i anbudsunderlag och förlaga till ramavtal som speglar styrkeförhållandet som en stor aktör på marknaden visar gentemot sina leverantörer.

SLL bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. Syftet med att ställa krav på leveranskapacitet är att ge potentiella anbudsgivare förutsättningar för att göra egna affärsmässiga bedömningar om sina förutsättningar för att delta i upphandlingen. Vitesbestämmelserna har en preven-

tiv verkan. Ett vite blir aktuellt först när motparten begått ett avtalsbrott. Avtalsvillkoren är både lämpliga och effektiva mot bakgrund av upphandlingens syften. Villkoren är nödvändiga då det inte finns någon mindre ingripande åtgärd. Om det över huvud taget finns någon negativ effekt är denna varken oproportionerlig eller överdriven. Det faktum att det finns flera leverantörer som har lämnat anbud visar att avtalsvillkoren inte kan anses som oproportionerliga. I upphandlingen går det dessutom att lämna anbud endast på enskilda produkter.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

Lagen (2007:1019) om offentlig upphandling har upphävts genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017. Av övergångsbestämmelserna till den nya lagen framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017 varför lagen (2007:1019) om offentlig upphandling är tillämplig i målet.

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.

Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har anfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. Det är den som ansöker om överprövning som på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden

kan visa att han lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU (jfr HFD 2013 ref. 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har anfört att kravet på leverans inom fem dagar och kravet på att följa bestämmelserna i ramavtalen strider mot likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen eftersom kraven gynnar större företag. Bolaget har även anfört att klausulerna i ramavtalet strider mot reciprocitetsprincipen i avtalslagen. Förvaltningsrätten ska dock inte pröva civilrättsliga frågor såsom den avtalsrättsliga skäligheten i det avtal som ska tecknas efter avslutad upphandling. Frågan som förvaltningsrätten ska pröva är huruvida förfrågningsunderlaget är utformat i strid mot principerna om likabehandling och proportionalitet.

Förutsättningarna för varje upphandling fastställs i förfrågningsunderlaget. Det står en upphandlande myndighet fritt att uppställa krav så länge kraven är förenliga med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna (jfr RÅ 2010 ref. 78).

I den aktuella upphandlingens förfrågningsunderlag anges bl.a. att leverans ska ske senast fem dagar efter beställning. Det anges även att anbudsgivaren ska ha förmåga och kapacitet att utföra tjänster i den omfattning och komplexitet som framgår av kravspecifikationen och förlagan till ramavtal. I förlagan till ramavtal anges bl.a. att vite ska utgå vid förseningar, uteblivna leveranser, otillåtna produktändringar, försening med att komma in med bilder på produkter samt vid miljömässiga brister.

Principen om likabehandling syftar till att alla anbudsgivare ska ges samma möjligheter när de utformar sina anbud. Det innebär bl.a. att lika situationer

inte får behandlas olika och att utvärderingskriterier i en upphandling ska tillämpas lika gentemot samtliga leverantörer som deltar i upphandlingen. Det strider dock inte mot likabehandlingsprincipen att ställa höga krav som endast ett fåtal leverantörer har möjlighet att uppfylla, så länge kraven är sakligt motiverade av upphandlingsföremålet (se EU-domstolens avgörande i mål C-513/99 Concordia).

Förvaltningsrätten anser att bolaget inte anfört något som visar att de av SLL uppställda kraven strider mot likabehandlingsprincipen. Frågan är om kraven strider mot proportionalitetsprincipen.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som är ändamålsenligt för upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband och stå i proportion till det behov som ska täckas (prop. 2006/07:128 s. 132). För att vara proportionerligt måste ett krav anpassas efter sina syften. Om det finns ett annat och mindre ingripande sätt att uppnå syftet med kravet ska det mindre ingripande sättet användas (se EU-domstolens avgörande i mål C-234/03 Contse m.fl.).

En proportionalitetsbedömning ska enligt EU-rättslig praxis göras i tre steg (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande i mål 4283-08). I det första steget görs en bedömning av om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. I det andra steget görs en bedömning av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. I det tredje steget bedöms om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker, är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

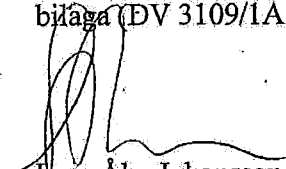
SLL har uppgett följande angående syftet med de krav som ställts. Syftet med kraven på fem dagars leveranstid är att leveranserna i rätt tid krävs för att SLL ska kunna utföra sitt komplexa uppdrag. Syftet med kraven på att tillhandahålla bilder på de produkter som omfattas av ramavtalet är att beställaren ska kunna säkerställa att rätt produkt beställs. Skälet till att SLL har vitesbefäst miljökraven är att produkterna i upphandlingen kan ha en miljöpåverkande effekt. Syftet med klausulen om vite vid otillåtna sortimentsförändringar är dels att säkerställa leverans av ändamålsenliga produkter under hela avtalsperioden, dels att säkerställa att ingen leverantör avviker från vad som är avtalat. Syftet med klausulen om vite vid försenad statistik är att SLL måste kunna kontrollera leverans enligt avtal.

Ett vite är en preventiv åtgärd som tillämpas vid kontraktsbrott. Att vitesbefästa ett krav på leveranstid är i sig ett lämpligt och effektivt sätt att säkerställa att en leverantör har kapacitet att leverera i enlighet med det upphandlade ramavtalet. Med hänsyn till den verksamhet som SLL bedriver anser förvaltningsrätten att vitesklausulerna är nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Den negativa effekten, vilken enligt bolaget är att vissa leverantörer inte kommer att lämna anbud på upphandlingen, kan inte anses vara oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet, särskilt med beaktande av att SLL tillåter att leverantörer lämnar anbud på endast en del av ramavtalet.

Förvaltningsrätten anser därför att det inte är visat att SLL har brutit mot proportionalitetsprincipen i LOU. Bolaget har inte heller i övrigt visat att SLL brutit mot någon annan av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i
bilaga (DV 3109/1A LOU).



Lars-Åke Johansson

Chefsrådman

Förvaltningsrättsnotarien Fredrik Lundberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 lämnat 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 anlitat 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 återropa 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.

