



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Sune Wennerberg

DOM
 2011-11-07
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 9100-11E
 9131-11E

KONKURRENSVERKET	
2011-11-08	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Medcore Sweden AB, 556592-3710
 Finlandsgatan 62
 164 74 Kista

Ombud: Advokat Maria Eiderholm och advokat Andreas König
 Advokatfirman Lindberg & Saxon
 Cardellgatan 1
 114 36 Stockholm

MOTPARTER

Region Skåne
 291 89 Kristianstad

mål nr 9100-11

Region Halland
 Box 517
 301 80 Halmstad

mål nr 9131-11

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Medcore Sweden AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 83038

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.

Region Skåne och Region Halland genomför med öppet förfarande enligt LOU en upphandling av anesthesi och intensivvårdsprodukter, dnr 1001780.

Medcore Sweden AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar därvid rättelse på så sätt att bolagets anbud nr 14 ska utvärderas och att tilldelningsbesluten korrigeras därefter. Bolaget anför som grund för sin ansökan följande. Förfrågningsunderlaget har varit felaktigt utformat och handläggningen av upphandlingen har skett i strid mot principerna för offentlig upphandling. Bolaget har genom handläggningen diskriminerats och lidit skada genom att dess huvudanbud felaktigt förkastats innan det ens utvärderats och att ett flertal av bolagets produkter som annars skulle ha varit vinnande aldrig kommit med i tilldelningsbesluten. Förfrågningsunderlaget har varit för snävt utformat. Det är visserligen så att den upphandlande myndigheten bestämmer vad den ska upphandla och har att utforma förfrågningsunderlaget därefter. Men det ska ske på affärs-mässiga grunder och inte så att ovidkommande hänsynstagande sker. Uppställda krav ska vara proportionella. I underlaget anges att anbudsgivaren bara får offerera en produkt per position och att en produkt inte får offereras mer än en gång. Regionerna har uppenbarligen inte undersökt behoven på sjukhusen i tillräcklig mån då de utformade denna instruktion. Det finns nämligen behov av flera olika produkter från en anbudsgivare i samma position. Upphandlingen blir inte heltäckande då sjukhusen inte får tillgång till alla produkter eftersom vissa utesluts i onödan. Kravet är inte affärs-mässigt betingat utan ett ovidkommande krav som faktiskt diskriminerar anbudsgivare med flera kvalificerade produkter i varje produktkategori. I upphandlingsrapporten anger regionerna att bolagets anbud nr 14 har förkastats med motiveringen att alternativa anbud inte får lämnas. Efter samtal med regionerna fick bolaget uppfattningen att alternativa anbud inte fick inges men att det inte fanns hinder mot att ge in kompletterande anbud. Ett alternativt anbud ersätter ett annat befintligt anbud medan en komplettering tillför ytterligare material och anbuderna tillsammans utgör en

enhet. På så sätt kunde bolaget bemöta det oförenliga kravet i förfrågningsunderlaget med att i ett anbud bara offerera en produkt per position men ändå täcka in de positioner där faktiskt flera produkter krävdes för att tillgodose landstingets behov och täcka hela positionen. Bolaget sände därför in två med varandra kompletterande anbud, huvudanbudet nr 14 och det kompletterande anbudet nr 15. Bolaget hade tydligt märkt anbud nr 14 som ”Anbud A” och anbud nr 15 som ”Anbud B” för att visa att det rörde sig om kompletterande anbud och inte alternativa. Anbud A var bolagets huvudanbud och anbud B utgjorde komplementet i de delar där flera produkter krävdes i en position för att tillgodose behovet. I huvudanbudet offererades produkter till sammanlagt 25 positioner och i det kompletterande anbudet till totalt 5 positioner. Det var inte fråga om samma produkter i de båda anbuden. De positioner som sammanfaller i anbuden gäller olika produkter med olika funktion som är nödvändiga för att tillvarata behovet i en och samma position. Regionerna har felaktigt förkastat bolagets huvudanbud vilket innebär stor skada då merparten av bolagets produkter därmed aldrig har utvärderats. Den felaktiga handläggningen har också resulterat i att regionerna står utan anbud för flera viktiga positioner då bolaget som enda leverantör kunnat offerera produkterna för dessa positioner. Det finns vidare inte stöd för beslutet att låta bolagets senare kompletterande anbud ersätta det först inkomna anbudet. Det senare anbudet utgjorde inte ett heltäckande anbud och lämnades inte som ett alternativt anbud utan endast som ett komplement till det anbud som inkom först till myndigheten. Om regionerna ansett att de haft att upprätthålla det oproportionella kravet i underlaget borde de i vart fall inte ha förkastat bolagets huvudanbud.

Region Skåne och Region Halland bestrider bolagets yrkande och anför följande. När det gäller utformningen av förfrågningsunderlaget kan det noteras att det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vad det är som ska upphandlas. Regionerna har utformat förfrågningsunderlaget på så sätt att anbudsgivarna endast får offerera en produkt per position samt

att en produkt inte får offereras mer än en gång. Den omständigheten att bolaget är av uppfattningen att förfrågningsunderlaget är för ”snävt” för deras produkter innebär inte på något sätt att underlaget skulle vara oförenligt med LOU. Bolaget har i strid med förfrågningsunderlaget gett in två alternativa anbud. I underlaget framgår att alternativa anbud inte medges. Om en anbudsgivare som i aktuellt fall inger två anbud i samma upphandling innebär detta att ett senare ingivet anbud ersätter ett tidigare ingivet anbud. Den omständigheten att bolaget benämnt anbuden A respektive B medför inte att det är tillåtet för upphandlande myndighet att pröva det först ingivna anbudet. I förfrågningsunderlaget anges uttryckligen att alternativa anbud inte medges. Detta har således varit tydligt för anbudsgivarna redan i upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Regionerna har därför rätteligen förkastat bolagets först ingivna anbud (anbud nr 14). Upphandlingen har således skett i enlighet med gällande rätt. Vad bolaget anfört kan inte visa att det lidit eller kunnat komma att lida skada.

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. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 5 §§ LOU kan förvaltningsrätten 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning i nu förevarande mål

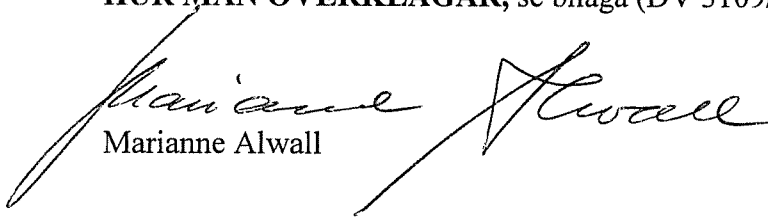
I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges att anbud som inte uppfyller samtliga ställda skall-krav inte kommer att behandlas. Vidare anges att anbudsgivare bara får offerera en produkt per position, att en produkt inte får offereras mer än en gång samt att alternativa anbud inte får offereras.

Förvaltningsrätten kan först konstatera att det inte är anbudsgivarna utan den upphandlande myndigheten som utifrån sitt behov har att bestämma och ange föremålet för upphandlingen samt att utarbeta och formulera ett förfrågningsunderlag som är tydligt och begripligt. När det gäller de i målet nu aktuella kraven på en produkt per position, att en produkt inte får offereras mer än en gång samt att alternativa anbud inte får offereras har bolaget enligt förvaltningsrättens mening inte förmått visa att dessa krav skulle strida mot proportionalitets- eller likabehandlingsprincipen. Den omständigheten att bolaget anser regionerna inte har inte undersökt behovet på sjukhusen i tillräcklig mån eller att det enligt bolaget finns behov av flera olika produkter från en anbudsgivare i en och samma position ändrar inte bedömningen. Skäl för ingripande på den av bolaget anförda grunden i denna del föreligger således inte.

När det därefter gäller frågan om bolagets anbudslämnande är det i målet ostridigt att bolaget i upphandlingen har gett in två anbud, nr 14 och nr 15. I det av bolaget benämnda huvudanbudet, nr 14, har offererats sammanlagt 25 olika positioner och i det andra ingivna anbudet har offererats 5 olika positioner. Av utredningen framgår vidare att i vart fall 4 positioner i de båda anbuden sammanfaller. Om det, såsom bolaget anför i målet, skulle anses vara ett huvudanbud och ett kompletterande anbud så kan förvaltningsrätten konstatera att kravet på att endast en produkt per position får offereras inte kan anses vara uppfyllt. Enligt förvaltningsrättens bedömning får emellertid bolaget genom sitt förfarande anses ha gett in alternativa anbud vilket inte är tillåtet enligt nu aktuellt förfrågningsunderlag. Enligt förvaltningsrättens mening finns det därmed grund för att förkasta så-

väl anbud nr 14 som anbud nr 15. Den omständigheten att regionerna valt att endast utvärdera ett av bolagets anbud medför således inte att bolaget kan anses ha lidit eller riskerat att komma att lida skada. Skäl för ingripande i form av rättelse genom utvärdering av bolagets anbud nr 14 föreligger därför inte. Bolagets ansökan ska därför 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 vartill 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