



KONKURRENSVERKET	
2013 -12- 12	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KLAGANDE

Lunds Universitet, 202100-3211

Ombud: Advokaterna Markus Mårline och Magnus Nedström
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

MOTPART

Getinge Sverige AB, 556509-9511

Ombud: Jur. kand. Catharina Piper och jur.kand. Sofia Nilsson
Advokatfirman Lindahl
Studentgatan 6
211 38 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 16 september 2013 i mål nr
5818-13

SAKEN

Offentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens
avgörande står därför fast.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

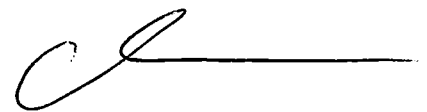
- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),
- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1).


Birgitta Pettersson


Åsa Ståhl
referent


/Emelie Herou



SÖKANDE

Getinge Sverige AB, 556509-9511
Ekebergsv. 26
305 75 Getinge

Ombud: Jur.kand. Sofia Nilsson
Advokatfirman Lindahl
Studentgatan 6
211 38 Malmö

Ombud: Jur.kand. Catharina Piper
Advokatfirman Lindahl
Studentgatan 6
211 38 Malmö

MOTPART

Lunds Universitet, 202100-3211
Box 117
221 00 Lund

Ombud: Advokat Markus Mårline
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

Ombud: Advokat Magnus Nedström
Advokatbyrån Sigeman & Co AB
Anna Lindhs plats 4
211 19 Malmö

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Lunds Universitets upphandling avseende ramavtal för avrop av kabinettdiskmaskiner ska göras om.

YRKANDEN M.M.

Lunds Universitet (Universitet) genomför en upphandling av ramavtal för avrop av kabinettdiskmaskiner till enheten för biomedicinsk service vid Universitet. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut den 31 maj 2013 tilldelades Scanbur kontraktet.

Getinge Sverige AB (Getinge) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Till stöd för talan anförs bl.a. följande. Getinge har inledningsvis haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen men avstod då testmetoderna var ställda på ett sådant sätt att de endast kunde uppfyllas av en eller två potentiella anbudsgivare. De krav som ställs i förfrågningsunderlaget innebär att en anbudsgivare som inte har genomfört test med testresultat i enlighet med dokumentet AK-KAB inte kommer uppfylla skall-kraven. Universitet har använt sig av dokumentet AK-KAB för att definiera de krav som uppställs i upphandlingen avseende mekanisk rengöring och mikrobiologisk renhet. Dokumentet är framtaget av en arbetsgrupp och framtagandet har skett i samarbete mellan bl.a. två av marknadens tillverkare av kabinettdiskmaskiner. Dessa företag får genom Universitets utformning av förfrågningsunderlaget en otillbörlig konkurrensfördel då deras kabinettdiskmaskiner är anpassade efter AK-KAB och gått igenom de av Universitet efterfrågade testerna. AK-KAB är inte ett allmänt använt dokument i branschen eller en godkänd standard i den mening som avses i 6 kap. 2 § LOU. Getinges kabinettdiskmaskiner har med avseende på mekanisk rengöring och mikrobiologisk renhet testats med en annan testmetod och testresultatet beskrivits på ett annat sätt. I realiteten har hänvisningen till AK-KAB inneburit att Scanbur varit den enda anbudsgivare som skulle kunna komma ifråga för ett vinnande anbud. Genom att åberopa AK-KAB har Universitet begränsat antalet möjliga anbudsgivare och därmed begränsat konkurrensen.

I brist på en specifik standard för kabinettdiskmaskiner hade det dessutom varit lämpligare att hänvisa till en standard som riktar in sig på ett annat område men med samma höga krav på renhet. Exempelvis hade Universitet kunnat använda sig av standarder för rengöring av medicinsk utrustning genom att åberopa de eller likvärdiga alternativ. Hänvisningen ska i vart fall alltid följas av orden "eller likvärdigt". Vid minst två tidigare tillfällen har upphandlande myndigheter hänvisat till AK-KAB:s rekommendationer men då har man även lagt till "eller likvärdigt". Det har dessutom varit möjligt för Universitet att beskriva en rimlig testmetod utan att hänvisa och ställa krav på rekommendationen AK-KAB. Leverantörerna fick dock inte förrän det var mindre än 10 dagar kvar till anbudsinlämnande veta att det gick att göra andra motsvarande tester än AK-KAB.

Kabinettdiskmaskiner är stora och komplexa maskiner och de byggs efter specifika beställningar och finns därmed inte som lagervara. Att bygga en kabinettdiskmaskin enligt beställning tar minst tio veckor. Att testa en specifik kabinettdiskmaskin innebär bl.a. att maskinen måste monteras ned och återmonteras på annan plats i fabriken för att förhindra stopp i produktflöde och för att förhindra kontaminering. Testningen tar dessutom ca tre veckor eller mer. Att ta fram en kabinettdiskmaskin och göra ett utförligt test tar således sammanlagt mer än 13 veckor. Anbudstiden i upphandlingen innebär dock att leverantörerna enbart haft drygt fem veckor på sig att lämna anbud. Med anledning av den tid det tar att ta fram en kabinettdiskmaskin och testa den kan inte en rimlig omsorgsfull anbudsgivare utföra testerna i enlighet med förfrågningsunderlagets krav. Denna kan därmed inte lämna ett fullständigt anbud inom tidsramen. Testerna måste dessutom göras av en oberoende part och i ett laboratorium med hög laboratorievana, mikrobiologisk kompetens samt att arbetet måste ske i ett skyddsklassat laboratorium. Det framgår inte heller vilka egenskaper i AK-KAB:s tester som Universitet tillmäter betydelse. Kraven avseende rekommendationen AK-KAB är såväl orimliga som kostnadsdrivande samt

diskriminerande för de leverantörer som inte ingår i arbetsgruppen för AK-KAB. Det föreligger dessutom såväl tekniska som tidsmässiga hinder att göra testerna enligt AK-KAB. Det är även högst osannolikt att testerna kan utföras på redan tillverkade och levererade kabinettdiskmaskiner då man bl.a. måste få godkännande att använda maskinerna.

De tekniska kraven på renhet är dessutom oproportionerliga och inte relevanta eller lämpligt utformade för syftet med upphandlingen. Universitet har även ställt krav på vattenmängd och pumptryck. Denna parameter är onödig och inte relevant som utvärderingsmetod eftersom den kapacitet hos diskmaskinen som är intressant att mäta är diskgodsets renhet, inte hur renheten uppnås. Kraven som hänför sig till rekommendationen AK-KAB är inte heller proportionerliga eftersom de är tids- och resurskrävande. Universitet har inte heller visat att hänvisningen till AK-KAB varit lämplig, effektiv eller nödvändig. Universitet har även handlat i strid med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen då Universitets svar har delats upp i privata och publika frågor samt att Universitet inte besvarat Getinges sista fråga. Universitet har även felaktigt uppgett att Getinges olika kabinettdiskmaskiner inte uppfyller punkten 37 i förfrågningsunderlaget. Getinge har flera olika modeller och en av modellerna uppfyller kravet. Det är uppenbart att Getinge kunde och ville lämna anbud i upphandlingen och Getinge har därmed lidit skada av att Universitet handlat i strid med LOU.

Universitet bestrider Getinges yrkanden och anför bl.a. följande. Hänvisningen till AK-KAB betyder inte att Universitet kräver att offererade kabinettdiskmaskiner ska ha viss märkning, certifiering, ursprung eller att de ska vara tillverkade på visst sätt. Hänvisningen innebär enbart att anbudgivarna ska kunna visa att de offererade maskinerna kan prestera vissa nivåer av rengöring och renhet. De beskrivna testerna kan genomföras av varje leverantör av de efterfrågade kabinettdiskmaskinerna. Universitet har be-

skrivit den testprocedur som ska användas genom att hänvisa till den metod som beskrivs i dokumentet AK-KAB. Detta innebär ingen konkurrensbegränsning och Getinge har därmed inte lidit eller riskerar att lida någon skada. De testresultat som ska kunna uppvisas är dessutom närmast sådana prestanda- eller funktionskrav som avses i 6 kap. 3 § LOU. Några uppgifter om bl.a. ursprung, tillverkning, framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ och tillverkning har inte angetts i kravet avseende testresultat. Kravet på att ange "eller likvärdigt" saknar därmed relevans. Att lägga till "eller likvärdigt" skulle dessutom i praktiken stå i strid med LOU eftersom ett sådant tillägg innebär att bedömningen av uppfyllandet av kraven hade blivit alltför oförutsägbar och därför sannolikt ansetts oförenlig med transparensprincipen.

De tester som ska genomföras enligt AK-KAB kan utföras av samtliga tillverkare av kabinettdiskmaskiner och gynnar således inte någon tillverkare framför någon annan på ett otillbörligt sätt. Det föreligger inte några tekniska hinder för någon leverantör av kabinettdiskmaskiner att genomföra de testmetoder som beskrivs i AK-KAB eller att uppnå ställda minimikrav. Kraven är inte i något avseende orimliga eller oproportionerliga i förhållande till föremålet för upphandlingen. De testmetoder som beskrivs i AK-KAB är utformade just för rengöring av utrustning i djurlaboratoriemiljö och är därför betydligt mer ändamålsenliga för den aktuella verksamheten än standarder för rengöring av medicinsk utrustning. Att hänvisa till en viss fastställd metod och vissa fastställda testresultat är det enda rimliga Universitet kan göra för att ställa krav på önskade och relevant prestanda på efterfrågade diskmaskiner.

Universitet är medvetet om att kabinettdiskmaskiner inte är någon lagervara, utan att tillverkning sker efter beställningar. De dokument som Getinge har lämnat in styrker inte uppgiften att det skulle ta 10 veckor att tillverka en maskin. Det saknar dock betydelse hur lång tid det tar att tillverka

en maskin eftersom såväl Getinge som andra anbudsgivare rimligen har tillverkat och levererat kabinettdiskmaskiner tidigare och därför kunnat göra tester på de maskiner som redan är tillverkade. Sådana tester behöver sammantaget inte ta mer än ett par veckor att genomföra och kan alltså med god marginal utföras inom anbudstiden. Getinge har dessutom inte begärt att anbudstiden skulle förlängas eller på något annat sätt under anbudstiden gett uttryck för att de inte hann genomföra några tester.

Getinge har även gjort gällande att positionerna 23 och 51-52 i kravspecifikationen utformats i strid med proportionalitetsprincipen. Dessa positioner är dock del av utvärderingsmodellen och utgör därmed tilldelningskriterier. Tilldelningskriterier får användas så länge utvärderingsmodellen kan anses ägnad att identifiera det ekonomiska mest fördelaktiga anbudet. Antalet kriterier är dessutom i allra högsta grad relevant vid en jämförelse mellan olika diskmaskiners prestanda och det är därför rimligt att ge de anbud som kan uppvisa ett bättre resultat högre poäng. Utvärderingsmodellen har utformats i enlighet med de krav som ställs i LOU och i upphandlingsdirektiven. Även positionerna avseende vattenmängd och pumptryck är centrala för att avgöra vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt.

Getinge har även anfört att Universitet brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen genom sin hantering av frågor i upphandlingsverktyget. Universitet har genom sin hantering av frågor och svar inte brutit mot någon unionsrättslig princip eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Getinge har inte heller angett hur de påstådda felen i hanteringen att frågor och svar hindrat bolaget från att lämna anbud. Getinge har dessutom inte tydliggjort på vilket sätt de påstådda felen medfört att bolaget riskerat att lida skada. Getinge har inte heller tydliggjort på vilket sätt kraven i positionerna 20 och 22 hindrat Getinge att inkomma med anbud i upphandlingen. Även de påstådda bristerna i positionerna 23 och 51-52 kan inte

anses ha hindra Getinge från att lämna anbud i upphandlingen. Getinge har således inte visat att bolaget riskerat att lida någons skada till följd av de påstådda felen. Getinges kabinetmaskiner uppfyller dessutom inte de i upphandlingen ställda kraven på maxtid avseende diskcykel. Då Getinge inte visat att bolaget lidit skada saknas skäl för ingripande enligt LOU.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet 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 iaktas.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten enligt 16 kap. 6 § samma lag besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 91) till LOU framgår att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska därför beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Vidare anges (prop. 2006/07:128 s. 132) att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas.

Av handlingarna i målet framgår att Universitet i förfrågningsunderlaget krävt att kabinettdiskmaskinens mekaniska rengöring ska uppfylla AK-KAB:s normer samt att testresultat ska uppfylla kraven enligt AK-KAB och att de ska redovisas. Universitet har även krävt att testmetod för mi-

robiologisk renhet ska utföras enligt AK-KAB:s normer och att testresultat ska uppfylla kraven enligt AK-KAB och att de ska redovisas. Att ställa krav på önskad och relevant prestanda på de efterfrågade kabinettdiskmaskinerna kan inte anses som oproportionerligt. Universitetet har dock inte enbart ställt krav på önskad och relevant prestanda, utan Universitetet har hänvisat till det specifika dokumentet AK-KAB och krävt att kabinettdiskmaskinerna ska uppfylla vissa krav enligt dokumentet. Det aktuella kravet innebär att endast ett fåtal leverantörer kan lämna anbud utan att tillverka och genomföra tester på en kabinettdiskmaskin. Att tillverka en kabinettdiskmaskin och genomföra de aktuella testerna skulle vara både tidskrävande och kostsamt. Enligt förvaltningsrättens mening framstår det mot den angivna bakgrunden att kravet i den aktuella utformningen går utöver vad som är nödvändigt och att det därför står i strid med proportionalitetsprincipen. Även om kravet inte skulle anses strida mot proportionalitetsprincipen kan anbudstiden inte anses vara tillräcklig, då potentiella leverantörer måste tillverka och testa kabinettdiskmaskinerna för att de ska kunna lämna in tillräckligt förberedda anbud.

En ytterligare förutsättning för ingripande är att överträdelsen av LOU har medfört att Getinge lidit eller kan komma att lida skada. Förvaltningsrätten konstaterar att Getinge inte lämnat anbud i upphandlingen. Det kan vara svårt för en leverantör som inte lämnat anbud att kunna visa att han skadats eller riskerar att skadas på grund av tilldelningen (jfr EU-domstolens dom C-230/02, Grossman Air Service, punkt 27). Den leverantör som valt att inte lämna anbud står också risken för att inte lyckas fullgöra detta beviskrav. Getinge har angett att de haft för avsikt att lämna anbud i upphandlingen och därmed lidit skada på grund av bristerna i upphandlingen. Universitetet har däremot anfört att Getinge inte riskerar lida någon skada bl.a. på grund av att deras kabinettdiskmaskiner inte uppfyller alla obligatoriska krav. Universitetet har dock inte visat eller påstått att Getinge inte uppfyller de krav som ställs på leverantörerna, utan Universitetet har endast anfört att

Getinges kabinettdiskmaskin inte uppfyller de ställda kraven. Av handlingarna i målet framgår dock att Getinge är leverantör av kabinettdiskmaskiner och förvaltningsrätten anser inte att det är visat att Getinge inte skulle kunna erbjuda en kabinettdiskmaskin som uppfyller alla de obligatoriska kraven. Förvaltningsrätten finner därmed, med hänsyn till att Getinge genom de aktuella kraven har kunnat förlora möjligheten att lämna anbud i upphandlingen, att bolaget i vart fall riskerat att lida skada. Förvaltningsrätten finner således att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU. Mot bakgrund härav och då kravet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet förordnar förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

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


Eskil Hinn

Alexander Rappe har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.