

KLAGANDE
Medirum AB, 556134-5199
Hälleflundregatan 16
426 58 Västra Frölunda

Ombud: Advokaterna Anders Nilsson och Helena Rosén-Andersson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART
Västra Götalands läns landsting
Regionens hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Länsrättens i Vänersborg dom den 12 augusti 2008 i mål nr 998-08,
(bilaga A)

SAKEN
Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling

Medirum AB (Medirum) yrkar att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om, varvid Medirums anbud utvärderas, alternativt beslutar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför Medirum bl.a. följande. Landstinget har förkastat bolagets anbud på oklara grunder. Av förfrågningsunderlaget framgår att provuppställningsavtal ska tecknas med verksamheten i samband med eventuell provuppställning. Förfrågningsunderlaget bygger således i denna del på att anbudsgivarna i sina anbud anger de villkor anbudsgivarna föreslår bör tas in i provuppställningsavtalet. Ett huvudsakligt villkor för anbudsgivarna är ersättning för provuppställningen. Likabehandlingsprincipen förutsätter att anbudsgivarna anger sina villkor i samband med att de ger in sina anbud. Det har därför varit såväl rimligt som nödvändigt för Medirum att ange ersättningsanspråk och andra an-

För hänsedom

språk för provuppställningen i anbudet. Det är omöjligt för anbudsgivarna att utläsa av förfrågningsunderlaget vilka villkor som gäller för provuppställningen. Under dessa förhållanden, och eftersom landstinget inte uttryckligen angett att ersättning inte kan utgå för provuppställningen, har anbudsgivarna inte kunnat förutse att de inte får framställa ersättningsanspråk eller andra anspråk rörande provuppställningen. Medirum har i vart fall inte förstått att bolaget inte fick framställa sådana anspråk. Det anspråk som landstinget friskriver sig från är anspråk på ersättning för det arbete som nedlagts vid anbudsgivningen, dvs. arbete fram till dess att anbud givits in. Den provuppställning som ska ske under upphandlingen äger rum efter det att anbudet givits in. Den ingår därmed som en del i anbudsutvärderingen och inte som en del i anbudsgivningen. Villkoren för provuppställningen utgör således ordningsföreskrifter för upphandlingens genomförande och provuppställningen utgör inte kontraktsföremål i upphandlingen. De villkor Medirum har angett för provuppställningen binder inte landstinget eftersom det är landstinget som beslutar om hur upphandlingen, inklusive anbudsutvärderingen, ska genomföras. Villkoren i Medirums anbud innebär inte att bolaget lämnat ett orent anbud och det saknas laglig grund för landstinget att förkasta bolagets anbud. Det finns ingen bestämmelse i förfrågningsunderlaget som föreskriver att landstinget får förkasta ett anbud på grund av att anbudet innehåller villkor rörande upphandlingens genomförande. Landstinget kan således inte förkasta ett anbud vari sådana villkor angetts. Det förhållandet att landstinget inte angett vilka villkor som ska gälla för provuppställningen innebär alternativt att upphandlingen är behäftad med sådana brister att den måste göras om. Vidare uppfyller Medirums anbud de tekniska krav som uppställts för provuppställningen. Medirum har endast angett sådana förutsättningar för provuppställningen som landstinget har efterfrågat.

DOMSKÄL

Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd och tar upp målet till omedelbart avgörande.

Av handlingarna framgår bl.a. följande.

Upphandlingen avser operationsbord till Södra Älvsborgs sjukhus. Det anges i "Inbjudan till anbudsgivning" punkt 2.1 att upphandlingen är en öppen upphandling och att upphandlingsformen inte medger förhandling. I punkt 2.4 anges vidare att beställaren friskriver sig från anbudsgivarens alla ersättningsanspråk som har sitt ursprung i nedlagt arbete vid anbudsgivning. Av upphandlingens Kravspecifikation (G2) punkt 6 framgår bl.a. att provuppställning för provning och utvärdering på begäran ska kunna ske av offererad utrustning och att i samband med eventuell provuppställning ska provuppställningsavtal tecknas med verksamheten. Medirum har tillsammans med sitt anbud lämnat dokument med rubrikerna "Avtal för utprovning av operationsbord", som efter förfrågan från landstinget ändrats till "Villkor för provuppställning av operationsbord". I de nämnda dokumenten ställer Medirum bl.a. upp villkor för hur provuppställningen av operationsborden ska genomföras samt tekniska villkor för montage av de samma. Det kan bl.a. utläsas att Medirum avser att debitera provuppställningen enligt offert. Med anledning av de ingivna dokumenten har landstinget ställt en förfrågan till Medirum hur uppgifterna i de ingivna dokumenten ska tolkas. Medirum har efter vissa mindre ändringar uppgett att bolaget önskar få sitt anbud hanterat utifrån de förutsättningar som anges i dokumentet "Avtal för utprovning av operationsbord". Därtill har Medirum uppgett vad gäller dokumentet "Krav på installationsplatsen" att det är upphandlingens viktigaste dokument och om kraven som uppställs där inte kan uppfyllas är Medirums produkt inte rätt produkt för landstinget och kan strykas från vidare utvärdering.

Frågan i målet är om Medirums anbud är villkorat på så sätt att det inte kan anses vara ett bindande anbud.

Mot bakgrund av vad som framkommit i målet finner kammarrätten vid en sammantagen bedömning att Medirum i sitt anbud har ställt sådana

villkor gällande den aktuella provuppställningen av operationsbord att bolagets anbud får anses innehålla sådana förutsättningar att anbudet inte är gällande om inte de ställda villkoren godtas. Med hänsyn till det får Medirums anbud bedömas vara villkorat på ett sådant sätt att det inte kan betraktas som bindande. Landstinget har därmed haft fog för sitt beslut att utesluta Medirums anbud från vidare utvärdering i upphandlingen. Det förhållandet att landstinget inte i förfrågningsunderlaget angett vilka villkor som ska gälla för provuppställningen innebär inte enligt kammarrättens mening, att förfrågningsunderlaget är behäftat med en sådan brist att upphandlingen av det skälet måste göras om. Överklagandet ska därför avslås.

DOMSLUT

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.


Kammarrätten avslår överklagandet.

Det interimistiska beslutet den 21 augusti 2008 ska inte längre gälla.

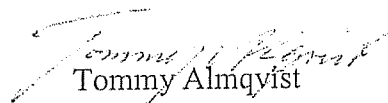
Beslutet om prövningstillstånd får enligt 33 § tredje stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) inte överklagas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR i övrigt

Formulär 1 (bilaga B)



Lisbeth Edlund



Tommy Almqvist



Lennart Berglund

referent



/Erika Lund



LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG

Madelene Lööf

DOM
2008-08-12
Meddelad i
Vänerns borg

Sida 1 (9)

19
Mål nr
998-08 E

Bilagor A

SÖKANDE

Medirum AB, 556134-5199
Hällef Lundregatan 16
426 58 Västra Frölunda

Ombud: Advokat Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Västra Götalands läns landsting
Regionens Hus
405 44 Göteborg

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 25 april 2008.

Dok.Id 54576

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1060	Residensgatan 23	0521-27 03 00	0521-27 03 80	måndag – fredag
462 28 Vänersborg		E-post: lansrattenivanersborg@dom.se		09:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND M.M.

Västra Götalands läns landsting (Landstinget) tillkännagav den 15 april 2008 att andra leverantörer än Medirum AB tilldelats upphandlingen av Operationsbord till Södra Älvsborgs sjukhus.

Medirum AB har ansökt om överprövning av tilldelningsbeslutet och yrkat att länsrätten interimistiskt ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Länsrätten beslutade den 25 april 2008 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

UPPHANDLINGEN

Den aktuella upphandlingen, som genomfördes som öppen upphandling, avsåg operationsbord för leverans till Södra Älvsborgs Sjukhus enligt beskrivning i kravspecifikation. Anbudsprövning skulle ske i två steg. Kvalificering skulle ske dels genom prövning av ställda krav på anbudsgivaren, dels prövning av obligatoriska krav på anbudet och efterfrågade produkter. Den som kvalificerat sig gick vidare till utvärdering av anbud. Anbudsvärderingen skulle ske i två steg där de tre högst värderade anbudsgivares utrustningar (steg ett) går vidare till steg två där utrustningarna provuppställs och utvärderas fullständigt (punkt 2.11.2 i anbudsinvjudan). Vidare framgick av anbudsinvjudan att beställaren friskrev sig från alla ersättningsanspråk som hade sitt ursprung i nedlagt arbete vid anbudsgivning (punkt 2.4).

Kravspecifikationen (G2) angav förutsättningarna för och hur provuppställning skulle genomföras (punkt 6). I samband med provuppställning skulle

provuppställningsavtal tecknas med verksamheten. Medirum AB har för sin accept gällande denna del presenterat ett eget avtal för utprovning av operationsbord "Avtal för utprovning av operationsbord". Medirum AB uppgav, efter Landstinget skickat ut en begäran om förtydligande, att Medirum AB önskade att deras anbud hanterades utifrån i avtalet uppställda förutsättningar endast med den förändring att avtalet döptes om till "Villkor för provuppställning av operationsbord".

Av tilldelningsbeslutet daterat den 15 april 2008 framgår att samtliga leverantörer visade sig vara kvalificerade för utvärdering utom Medirum AB, vars anbud innehöll brister och villkor vilka omöjliggjorde en rättvisande utvärdering och som inte kunde förtydligas/kompletteras, främst avseende villkoren och förutsättningarna för en ev. provuppställning av offererade produkter.

YRKANDEN M.M.

Medirum AB (Medirum) yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen i första hand ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om varvid även Medirum ska utvärderas och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Medirum anför bl.a. följande. Landstinget har förkastat Medirums anbud trots att såväl Medirum som dess anbud uppfyller ställda krav. Anbudet står inte i strid med några föreskrifter i förfrågningsunderlaget. Vilka villkor som skulle gälla för provuppställningen kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget. Inte heller framgår vilka villkor som skulle leda till att anbuden skulle förkastas. Anbudsgivarna har därmed inte kunnat förutse att deras anbud skulle kunna komma att förkastas på grund av i anbudet angivna villkor avseende provuppställning. Landstingets agerande samt utformningen av förfrågningsunderlaget strider mot de grundläggande EG-rättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling och därmed även mot principen om affärsmässighet. Ovannämnda brister i upphand-

lingen är av allvarlig art och har medfört skada, eller i var fall risk för skada för Medirum. Det förhållandet att Landstinget inte preciserat vilka villkor som ska gälla för provuppställningen innebär att Landstinget inte kan förkasta ett anbud vari sådana villkor angetts. Ett sådant anbud ska därför kvalificeras till utvärdering. Eller så innebär det förhållandet att Landstinget inte angett vilka villkor som ska gälla för provuppställningen i sig att upphandlingen är behäftad med sådana brister att den måste göras om.

Landstinget bestrider Medirums yrkanden och hemställer att ansökan om överprövning lämnas utan bifall. Landstinget anför bl.a. följande. Med anledning av de krav som Medirum beskriver i sina "Villkor för provuppställning av operationsbord" föreligger en oren accept av landstingets förfrågningsunderlag. När det gäller Landstingets krav "Provuppställning" och "Driftmiljö, demontering och installation" i kravspecifikationen har Medirum inte enbart accepterat av Landstinget ställda krav utan i sin tur ställt upp ytterligare och andra krav. Eftersom upphandlingen är en öppen upphandling föreligger inte möjlighet för Landstinget att uppta förhandling angående Medirums krav. Landstinget har i kravspecifikationen tydligt angivit förutsättningarna för användningsområde/volym av operationsbord, provuppställning av offererad utrustning och driftmiljö, demontering och installation. Skulle det råda några tveksamheter avseende förfrågningsunderlaget eller den miljö i vilken utrustningen ska monteras har det i anbudsinbjudan angivits vilka som är kontaktpersoner men även angivits möjligheten till besök på plats. Under punkt "Provuppställning" anges förutsättningarna för och hur provuppställning kommer att genomföras. I samband med eventuell provuppställning ska provuppställningsavtal tecknas med verksamheten. Här kan nämnas att branschgemensamma provuppställningsavtal har tagits fram. Medirum har för sin accept presenterat ett eget avtal för utprovning av operationsbord som avviker från förfrågningsunderlaget och även står i strid med gemenskapsrätten vad avser parternas roller i samband med upphandlingen och likabehandlingsprincipen. Enligt Medirums krav i

avtalet ska bl.a. den upphandlande enheten bekräfta att Medirums anbud uppfyller förfrågningsunderlagets skall-krav innan provuppställning planeras. Under punkten "grupp för utprovning" ställer Medirum kravet att Medirum ska informeras om vilka personer som ingår i gruppen, deras roller och kontaktinformation. Under punkten "avslutning av utprovning" ställs kravet att utprovningen ska avslutas med ett möte där Medirum får del av bedömningarna på den egna utrustningen och även ges chansen att kommentera dessa. Det Medirum åsyftar här är att under pågående upphandling få del av sådan information som dels är under sekretess, dels få möjlighet att påverka upphandlingen på ett icke tillåtet sätt. Landstinget skulle bryta mot gemenskapsrättens principer om detta provuppställningsavtal accepterades. Provuppställningen är givetvis en del av anbudsgivningen. Detta framgår också av förfrågningsunderlaget, som innehåller samtliga villkor för anbudsgivning, däribland provuppställning. Landstinget har i anbudsinbjudan friskrivit sig från anbudsgivarens alla ersättningsanspråk som har sitt ursprung i nedlagt arbete vid anbudsgivning. Detta gäller därmed även nedlagt arbete vid provuppställning. Förfrågningsunderlaget har inte varit oklart i detta hänseende. Det kan noteras att övriga anbudsgivare accepterat Landstingets krav. Under punkt "Driftmiljö, demontering och installation" anges bl.a. att demontering (transport till anvisad plats) av befintliga operationsbord med sina monteringsstillbehör ska ske på sådant sätt att utrustningen utan problem kan återmonteras på annan plats. Medirum ställer här andra krav än vad Landstinget angivit i anbudsinbjudan och kravspecifikationen. Mot bakgrund av de avvikande krav Medirum ställt i upphandlingen har Landstinget inte haft annan möjlighet än att förkasta anbudet. Landstinget har inte kunnat uppfatta Medirums krav annat än som absoluta villkor.

Medirum gemälar bl.a. följande. Medirum konstaterar inledningsvis att förfrågningsunderlaget inte innehåller någon hänvisning till detta "branschgemensamma" provuppställningsavtal och vill framhålla att det

finns ett stort antal upphandlande enheter i Sverige som inte använder detta. Vilka villkor som skulle komma att tillämpas mellan parterna vad gäller den aktuella provuppställningen har således inte stått klart för Medirum vid anbudsgivandet. Om Landstinget haft för avsikt att tillämpa det "branschgemensamma" provuppställningsavtalet har det ålegat Landstinget att ange detta redan i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget saknar föreskrifter om vilka närmare villkor som skulle gälla mellan parterna avseende provuppställningen. Medirum har dock accepterat samtliga de krav som faktiskt har ställts upp i förfrågningsunderlaget. När det gäller att Medirums avtalsförslag gällande parternas roller vid provuppställning står i strid med gemenskapsrätten konstateras att varken LOU eller upphandlingsdirektiven innehåller något hinder mot att en upphandlande enhet och anbudsgivare samarbetar på det sätt som föreslagits. Det är möjligt för en upphandlande enhet att när som helst under ett upphandlingsförfarande lämna meddelande om att anbudsgivarens anbud inte uppfyller ställda krav. Med hänsyn till de stora kostnader som är förenade med provuppställning synes det högst motiverat att Medirum önskat erhålla besked i detta avseende före det att provuppställning skulle komma att ske. I detta sammanhang kan påpekas att en upphandlande myndighet som låter genomföra en provuppställning med en anbudsgivare trots att enheten redan i förväg känner till att den aktuella anbudsgivarens anbud inte uppfyller ställda krav, skulle kunna komma att ådra sig ett skadeståndsansvar på grund av de kostnader detta innebär för anbudsgivaren. Landstinget pekar även på vad som anges i punkten 2.4 i förfrågningsunderlaget, enligt vilken beställaren friskriver sig från alla ersättningsanspråk som har sitt ursprung i nedlagt arbete vid anbudsgivning. Medirum kan inte utläsa om Landstinget hävdar att denna bestämmelse medför att anbudsgivare överhuvudtaget inte får kräva ersättning för provuppställning. Om så skulle vara fallet vill Medirum framhålla att provuppställning sker efter anbudsgivning och kan inte anses ha sitt ursprung i arbete nedlagt vid anbudsgivning. I vart fall har den aktuella skrivelsen varit så oklar att det inte stått klart för anbudsgivarna att ersättning för provupp-

ställning skulle vara utesluten. Den omständighet att Landstinget inte angett vilka kommersiella villkor som ska gälla kan inte ligga Medirum till last. Det är inte förenligt med principen om affärsmässighet att en anbudsgivare ska avge anbud utan att känna till vilka avtalsvillkor som ska tillämpas. – I länsrätten har Landstinget anfört nya grunder till varför Medirums anbud förkastats, och påstår att Medirum inte har accepterat de tekniska villkoren för montage. Landstinget synes löpande komma på nya anledningar till varför anbudet har förkastats. Landstingets påstående är emellertid felaktigt. Medirums anbud uppfyller alla tekniska krav som uppställts avseende provuppställning. I punkten 6 *Provuppställning* i kravspecifikation till förfrågningsunderlaget har angivits att anbudsgivare ska ange dels förutsättningar för montering av fasta plintar i befintliga bottenplattor, dels beräkning ombyggnads och installationstid för att få in produkten (med fast plint) på avsedd sal. Då Landstinget efterfrågat förutsättningarna härför har Medirum angett dessa i sitt anbud.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I målet är 1992 års lag om offentlig upphandling tillämplig.

Enligt 1 kap. 4 § LOU ska upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Av 7 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Av 7 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. Länsrätten ska om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrätten gör följande bedömning

Frågan i målet är om Landstinget haft fog för att utesluta och inte låta Medirum gå vidare till utvärdering med anledning av bl.a. de villkor Medirum ställt i sitt anbud för provuppställning av operationsbord.

Medirum har för accept av kravspecifikation bl.a. presenterat egna villkor för klinisk utprovning av Medirums operationsbord. I villkoren föreskrivs bl.a. att Medirum kommer att debitera för provuppställning av utrustning. Vidare ställs i villkoren krav på att den upphandlande enheten ska bekräfta att Medirums anbud uppfyller skall-kraven i förfrågningsunderlaget samt föreskrivs villkor för hur utvärdering av Medirums anbud ska ske. Bl.a. ska en grupp för utprovningen finnas som uppgår till i villkoren angivet antal med föreskriven sammansättning samt att Medirum informeras om vilka personer som ingår i gruppen, deras roller och kontaktinformation. Vidare föreskrivs i villkoren att utvärderingen ska avslutas med ett möte där Medirum får ta del av bedömningarna avseende den egna utrustningen och även ges möjlighet att kommentera dessa.

Av förfrågningsunderlaget framgår att beställaren friskriver sig från anbudsgivarens alla ersättningsanspråk som har sitt ursprung i nedlagt arbete vid anbudsgivning (punkt 2.4). Av förfrågningsunderlaget framgår att provuppställningen ingår som en del i anbudsgivningen. Genom att dels ställa krav på ersättning för provuppställning av operationssängarna, dels uppställa egna villkor för utvärderingen strider Medirums anbud mot dels förfrågningsunderlaget, dels parternas respektive roller i en upphandlingsprocess.

Det ankommer inte på anbudsgivare att i avgivet anbud föreskriva villkor för hur den upphandlande enheten ska utvärdera anbudsgivarens produkter, så som Medirums villkorade anbud innebär. Landstinget har därför redan på angivna grunder haft fog för att inte låta Medirum gå vidare till utvärdering. Med hänsyn härtill saknas anledning att pröva huruvida Medirums anbud även strider mot i förfrågningsunderlaget föreskrivna villkor för *Driftmiljö, demontering och installation*. Ansökan avslås och länsrättens interimistiska beslut av den 25 april 2008 upphävs.

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



Henrik Bråsin

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.