



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Finn Hultin

DOM
2012-11-27
Meddelad i
Växjö

Mål nr
3414-12

SÖKANDE

Resmed Sweden AB, 556582-2920
Jan Stenbeckstorg 17
164 40 Kista

MOTPARTER

1. Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

2. Active Care Sverup AB
Uggledalsvägen 47
427 40 Billdal

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2012-11-28	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Med delvis bifall till ansökan förordnar förvaltningsrätten att upphandlingen avseende produktgrupp 4, helmasker, ska rättas på så sätt att den får avslutas först sedan Landstinget i Kalmar län genomfört en ny anbudsutvärdering.

Dok.Id 58490

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar län (landstinget) har genomfört en upphandling av andningshjälpmedel (diarienummer 110288-A17) för successiva leveranser till landstinget med ett öppet förfarande. Gällande produktgrupp 4, helmasker, har landstinget beslutat att anta anbud från Active Care Sverup AB (Active Care), Aiolos Medical AB samt Fisher & Paykel Healthcare AB.

Resmed Sweden AB (Resmed) ansöker om överprövning och yrkar *i första hand* att upphandlingen ska rättas gällande produktgrupp 4, helmasker, och att Resmed ska tilldelas avtalet. *I andra hand* yrkar Resmed att Active Cares anbud ska förkastas gällande den aktuella produktgruppen.

Landstinget vitsordar Resmeds yrkande om att Active Cares anbud ska förkastas samt att en ny utvärdering ska vidtas beträffande produktgrupp 4, helmasker.

Active Care anser att ansökan om överprövning ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Resmed: Active Care har i sitt anbud angett ett löpande artikelnummer (WM26510-540) för masken som erbjuds landstinget. Det är omöjligt att veta vilken av sina masker som Active Care egentligen erbjuder. Detta innebär att landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att utvärdera Active Cares anbud. Active Care kan själva i efterhand välja vilken av sina masker som ska levereras. Mot bakgrund härav bör Active Cares anbud förkastas. Active Care har även erhållit för många poäng i upphandlingen. I förfrågningsunderlaget anges att patienterna själva bör kunna beställa masker via av anbudsgivaren tillhandahållen samt administrerad websida. I Active Cares anbud framgår det att bolaget i flera år pla-

nerat att ordna en webshop och att bolaget kommer att starta en webshop under hösten som kommer att vara igång till avtalsstarten. Active Care uppfyller således inte det bör-krav som uppställts och ska följaktligen inte tilldelas några poäng i denna del.

Landstinget: Active Care har angivit felaktigt artikelnummer, vilket bidrar till att uppställda krav gällande den aktuella produktgruppen inte har uppfyllts. Artikelnumret överensstämmer inte med efterfrågad produkt. Utvärderingen, såvitt avser den aktuella produktgruppen, bör följaktligen göras om utan att Active Cares anbud beaktas.

Active Care: Beträffande artikelnummer för de aktuella helmaskerna är det korrekt att artikelnummer WM26510-WM26540 har angetts. Active Care har skrivit på detta sätt i varje anbud sedan 2008 utan att någon tidigare haft någon synpunkt härpå. I just det här fallet är det faktiskt felaktiga nummer som angetts, där siffran 4 blivit utbytt mot siffran 5. Dessa nummer är artikelnummer till mjukdelar till maskerna. Till anbudet bifogades dock material såsom prislista, sortimentsöversikt, produktblad m.m. vilket visar samtliga korrekta artikelnummer. Ingen annan mask i sortimentet har beteckningen Joyce helmask utan detta syftar specifikt på denna mask som också är den billigaste av maskerna i anbudet. Landstinget har dessutom haft prover på aktuell mask för utvärdering. Såvitt avser webshopen är det korrekt att det funnits planer på en sådan och detta arbete har påbörjats. Efter att ha skickat in anbudet bestämdes dock att avvakta anbudsresultatet innan ytterligare arbete vidtogs med webshopen. Det kommer att bli tillverkaren av maskerna som upprättar webshopen. När denna blir klar är ännu oklart, men eftersom det inte fanns ett tidskrav i upphandlingen har frågan besvarats korrekt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Därutöver följer av unionsrätten att proportionalitetsprincipen, öppenhetsprincipen och principen om ömsesidigt erkännande ska genomsyra tillämpningen av LOU. Bestämmelserna om förvaltningsdomstols hantering av mål om offentlig upphandling återfinns i 16 kap. LOU, i vilket det bl.a. anges att om den upphandlade myndigheten brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta inneburit att den leverantör som ansökt om överprövning lidit, eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göra om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

En förvaltningsdomstol bör i princip kunna utgå från att en ansökan om överprövning ska bifallas, om upphandlande myndighet i egenskap av motpart anser att domstolen ska bifalla ansökan (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 november 2012 i mål nr 2466-12). Utifrån parternas argumentation i förevarande mål kan konstateras att Resmed och landstinget är överens om att Active Cares anbud, såvitt gäller den produkt som har offererats, innehåller felaktigheter av sådan art att anbudet, till följd av bristande kravuppfyllnad, inte bort gå vidare till utvärderingsfasen. Vad Active Care anfört och det som i övrigt framkommit i målet utgör inte skäl för att frångå sökandens och den upphandlande myndighetens gemensamma uppfattning (se ovan; jfr även Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 juni 2012 i mål nr 1693-12). Förvaltningsrätten kan härvid även konstatera att Active Care i yttrande till förvaltningsrätten medgett att det i anbudet felaktigt angetts artikelnummer som avser mjukdelar till helmaskerna. Förutsättningar för ingripande med stöd av LOU föreligger därmed.

En ansökan om överprövning enligt 16 kap. LOU kan bifallas endera genom att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Vid valet av dessa åtgärder är rätten inte bunden av det sökanden yrkat i frågan (se RÅ 2005 ref. 47 och RÅ 2008 not. 26).

Skäl att bifalla Resmeds ansökan i enlighet med förstahandsyrkandet föreligger inte. Resmed har, som det får förstås, i andra hand gjort gällande att en ny utvärdering av anbudens avseende produktgrupp 4 ska vidtas utan att Active Cares anbud beaktas, vilket även är landstingets inställning i målet. När ett avgörande bygger på sökandens och den upphandlande myndighetens gemensamma uppfattning bör utgångspunkten emellertid vara att beslutet om rättelse ska utformas så att påverkan på andra leverantörer i upphandlingen begränsas (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 5 november 2012 i mål nr 2466-12). Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten skäl att förordna om ingripande med stöd av LOU på så sätt att upphandlingen inte får avslutas förrän en ny utvärdering av upphandlingen gällande produktgrupp 4, helmasker, gjorts.

Under nu aktuella förhållanden saknas anledning att närmare pröva Resmeds invändning om att Active Care inte uppfyllt kravet i förfrågningsunderlaget på att tillhandahålla och administrera en websida och därför tilldelats för många poäng vid utvärderingen.

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

Mattias Håkansson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 3109/1D LOU