



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-05-17
Meddelad i Växjö

Mål nr
5135-17

SÖKANDE

Arthrex Sverige AB, 556659-3868
Textilgatan 43, 5 tr
120 30 Stockholm

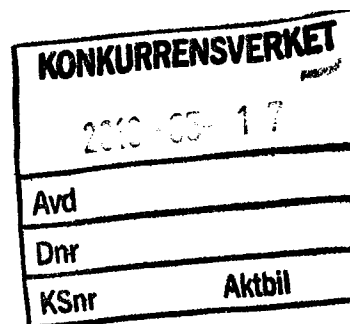
Ombud: Advokat Mikael Dubois och Anna Wennberg
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Region Kronoberg
351 88 Växjö

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 175739

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
Telefax
0470-255 02
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND

Region Kronoberg har genomfört en upphandling avseende köp av laparoskopistaplar med erforderliga tillbehör (upphandling Laparoskopistaplar 17RK923). Upphandlingen har genomförts som förenklat förfarande enligt LOU med avsikt att tilldela den anbudsgivare kontrakt vars anbud var det ekonomiskt mest fördelaktiga utifrån bästa förhållande mellan pris och kvalitet. Tre anbud inkom, från Arthrex Sverige AB, B.Braun Medical AB och Karl Storz Endoskop Sverige AB. Av tilldelningsbeslut och upphandlingsrapport daterade den 7 december 2017 framgår att Karl Storz Endoskop Sverige AB tilldelas kontrakt så som enda kvalificerade anbud. Det framgår av upphandlingsrapporten att Arthrex Sverige AB har bedömts ej uppfylla skall-kravet i förfrågningsunderlagets punkt 2.17 att ”Kameran skall ha optisk zoom” då utrustningen som testades saknade optisk zoom.

YRKANDEN M.M

Arthrex Sverige AB (Arthrex) yrkar i första hand att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att en ny utvärdering genomförs där anbudet från Arthrex beaktas. Arthrex yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Region Kronoberg (Regionen) bestrider bifall till ansökan och anser att ansökan om överprövning ska avslås.

Vad parterna anfört

Arthrex anför bl.a. följande. Arthrex uppfyller samtliga skall-krav och anbudet borde därför ha beaktats i utvärderingen. Då så inte skett har Regionen brutit mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 4 kap 1 § LOU. Vidare framgår inte i upphandlingens underlag att anbud kommer att förkastas om komplett utrustning inte levereras till provning/test enligt

punkt 1.7.2 i Anbudsinbjudan. Upphandlingens underlag har därför utformats i strid med transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 4 kap. 1 § LOU. Dessutom uppfyller Karl Storz Endoskop Sverige AB (Karl Storz) inte skall-kravet i punkt 2.2 i Kravspecifikationen och det anbudet skulle därför inte ha beaktats vid utvärderingen. Då så ändå gjorts har Regionen brutit mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 4 kap 1 § LOU. Arthrex riskerar att lida skada.

Av punkt 2.17 i upphandlingens kravspecifikation framgår att "Kameran skall ha optisk zoom". Regionen har i upphandlingsrapporten som anledning att inte kvalificera Arthrex anbud angett att " Arthrex Sverige AB, uppfyller ej skall-krav 2.17 (kameran skall ha optisk zoom) utrustningen som vi testade saknade optisk zoom". Att Arthrex offererade system inte uppfyller kravet på optisk zoom stämmer inte. Arthrex har i sin ifyllda kravspecifikation angett att kravet på optisk zoom uppfylls genom att skriva "JA" invid punkt 2.17 i kravspecifikationen. Den utrustning som Arthrex offererat i upphandlingen anges med benämning och artikelnummer i Arthrex prisbilaga. Utrustningen innefattar bl.a. "kamerahuvud, C-mount autoklaverbart samt Zoomcoupler för kamerahuvud". Således har den kamera som Arthrex offererat i upphandlingen optisk zoom. Det som ligger till grund för Regionens bedömning är att "utrustningen som vi testade" inte har optisk zoom. Bedömningen av skall-kravsuppfyllande ska inte ske vid provning av utrustningen. Av punkt 1.9.1 i Anbudsinbjudan framgår att anbudsprövningen sker i tre steg. I steg 1 prövas om anbudsgivaren uppfyller ställda kvalificeringskrav. I steg 2 prövas om anbudet uppfyller de obligatoriska kraven, vilket prövas utifrån anbudsgivarens svar i anbudet samt verifiering av eventuella obligatoriska uppgifter som efterfrågats. De anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav går vidare till anbudsutvärderingen, steg 3. I punkt 1.17.2 i Anbudsinbjudan anges bl.a. att "Provning och utvärdering av offererade produkter kommer att ske som del i utvärdering av anbudet. Detta kommer att ske både i Växjö och i Ljungby.". Av vad som anges i Anbuds-

inbjudan framgår alltså att de obligatoriska kraven – bl.a. punkt 2.17 i Kravspecifikationen – ska bedömas i steg 2 i anbudsprövningen, dvs. innan utvärderingen som sker i steg 3. Vidare framgår att ”provning/test av utrustningen ska ske i steg 3 i anbudsprövningen, dvs. efter att de obligatoriska kraven – bl.a. punkt 2.17 i kravspecifikationen – har bedömts. Redan det förhållande att Arthrex utrustning har gått vidare till provning/test innebär alltså att Regionen har bedömt att kravet i punkt 2.17 i Kravspecifikationen har ansetts vara uppfyllt. Inte någonstans i upphandlingen underlag anges att det/de exemplar av utrustningen som levereras för provning/test måste uppfylla samtliga skall-krav. Eftersom skall-kraven inte ska bedömas vid provning/test kan Regionen inte förkasta ett anbud på den grunden att det exemplar som testats inte uppfyller ett visst skall-krav. Det förhållande att en anbudsgivare inte levererar den kompletta offererade utrustningen skulle kunna få betydelse vid utvärderingen av utrustningen (dvs. i steg 3 i anbudsprövningen) t.ex. genom att full poäng för vissa utvärderingskriterier inte blir möjlig att erhålla. Även om så skulle vara fallet innebär detta emellertid inte att det finns någon möjlighet att förkasta anbudet på denna grund. Regionen har emellertid inte poängsatt Arthrex anbud trots att provning av utrustningen har skett. Enda skillnaden mellan den utrustning som anges i följesedeln och den utrustning som offererats i prisbilagan är att zoomcouplern inte anges i följesedeln. Att olika artikelnummer anges innebär endast att de kamerahuvuden som anges i följesedeln inte har en sådan koppling för zoomcoupler som de kamerahuvuden som anges i prisbilagan. Bortsett från just den optiska zoomfunktionen är alltså kamerahuvudernas funktioner identiska, varför utvärderingens utfall i dessa delar inte hade påverkats.

Karl Storz uppfyller inte skall-kravet i punkt 2.2 i Kravspecifikationen som lyder ”Leverantören skall ange samtliga standarder som utrustningen uppfyller”. Någon redogörelse finns inte angiven i Karl Storz ifyllda kravspecifikation eller i anbudet i övrigt. Inte heller utgör de av Karl Storz bifogade certifikaten m.m. någon sådan redogörelse. Karl Storz har heller inte i sin

ifyllda kravspecifikation på något sätt hänvisat till certifikaten. Brister i information som krävs för ett uppfyllande av ett obligatoriskt krav kan inte läkas av att den saknade informationen eventuellt framgår i en annan del av anbudet som anbudsgivaren inte hänvisat till. Anbudet skulle därför inte ha beaktats vid utvärderingen.

Regionen anför bl.a. följande. Utrustningen som levererades för provuppställning saknade optisk zoom. Den optiska zoomen kan antingen vara en del av kameran eller så kan den utgöra tillbehör till kameran. I Arthrex fall utgör det ett tillbehör till kameran. Av prisbilagan benämns zoomfunktionen ”Zoomcoupler för kamerahuvud” med artikelnummer AR-3210-0005. I samband med leverans av provuppställningsutrustning enligt punkt 1.7.2 i anbudsinvjudan fick Region en följesedel avseende levererad utrustning. Av följesedeln framgår att tillbehöret Zoomcoupler inte ingick i levererad utrustning för provuppställning. I prisbilagan anges även att offererat kamerahuvud har artikelnummer AR-3210-0025. Det är emellertid inte det kamerahuvud som har levererats i samband med provuppställning. Av följesedeln framgår att det är levererat två olika kamerahuvuden med artikelnummer AR-3210-0029 samt AR-3210-0031. Sammanfattningsvis har den utrustning som är levererad för provuppställning inte varit komplett och delar av utrustningen har inte motsvarat offererad utrustning i prisbilagan. Utrustningen har därför inte varit möjlig att utvärdera på ett korrekt sätt.

I det skriftliga anbudet uppfylls kravet på optisk zoom i punkt 2.17 i kravspecifikationen och anbudsgivaren har därför blivit kvalificerad till steg 3 i utvärderingsprocessen som innebär utvärdering av offererad provuppställning i enlighet med punkt 1.7.2 i Anbudsinvjudan. Den utrustning som är offererad och kvalificerad i steg 2 är den utrustning som även ska utvärderas i steg 3. Den provuppställningsutrustning Arthrex har levererat motsvarar emellertid inte den utrustning som anges i prisbilagan till det skriftliga anbudet. Om Arthrex hade lämnat anbud på den utrustning som levererades i

samband med provuppställningen hade anbudet diskvalificerats i steg 2 eftersom kravet i punkt 2.17 angående optisk zoom inte uppfylls. Arthrex och ingen annan ansvarar för att en komplett utrustning enligt anbudet ställs upp för provning. Om utrustningen inte är komplett enligt anbudet är det inte möjligt att på ett rättvisande sätt och med iakttagande av likabehandlingsprincipen utvärdera utrustningen. Härav följer att något annat alternativ än att förkasta anbudet inte föreligger. Någon särskild text i förfrågningsunderlaget om denna rättighet och skyldighet att förkasta anbudet erfordras inte eftersom det ligger i sakens natur att ett anbud som vid provuppställningen visar sig inte vara komplett som huvudregel ska förkastas.

Karl Storz har i sitt anbud ingivit dokumentation som styrker att kravet i punkt 2.2 i Kravspecifikationen är uppfyllt och redogjort för vilka standarder som utrustningen uppfyller. Det står inte angivet var någonstans efterfrågad information ska lämnas varför efterfrågad information inte uttryckligen behöver lämnas i kravspecifikationen. Det bestrids därför att Karl Storz inte uppfyller skall-kravet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska upphandlingar genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 20 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa vilka omständigheter som ligger till grund för talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Av förfrågningsunderlagets punkt 1.9.1 framgår att anbudsprövningen sker i tre steg. Steg ett är kvalificering av anbudsgivaren. Steg två avser prövning av obligatoriska krav på produkten/tjänsten. Prövning av om ett anbud klarar kraven sker utifrån anbudsgivarens svar i anbudet samt verifiering av eventuella obligatoriska uppgifter som efterfrågas. De anbud som uppfyller samtliga obligatoriska krav går vidare till steg tre som är utvärdering av anbud. Av punkt 1.7.2 framgår att provning och utvärdering av offererade produkter kommer att ske som del i utvärdering av anbudet. Den utrustning som är offererad är således den utrustning som även ska utvärderas i steg tre. Av punkt 2.17 i upphandlingens kravspecifikation framgår att ”Kameran skall ha optisk zoom”. Förvaltningsrätten anser att inte annat är visat än att den utrustning som Arthrex levererat för provuppställning saknat optisk zoom. Den levererade utrustningen har därmed inte uppfyllt det aktuella skall-kravet i förfrågningsunderlaget. Regionen har i steg två i anbudsprövningen haft att pröva om anbudet klarar kraven utifrån anbudsgivarens svar i anbudet men även genom verifiering av eventuella obligatoriska uppgifter som efterfrågats. Då Regionen inte kunnat utvärdera den av Arthrex offererade utrustningen i sin helhet och därmed heller inte kunnat verifiera den obligatoriska uppgift som efterfrågats eftersom utrustningen saknat optisk zoom anser förvaltningsrätten att Regionen inte agerat i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen genom att förkasta anbudet.

Arthrex har vidare gjort gällande att Regionen har brutit mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 4 kap 1 § LOU genom att beakta Karl Storz anbud vid utvärderingen trots att Karl Storz, enligt Arthrex mening, inte uppfyllt skall-kravet i punkt 2.2 i Kravspecifikationen, där det framgår att ”leverantören skall ange samtliga standarder som utrustningen uppfyller”. Karl Storz har i sitt anbud angett att man uppfyller aktuellt skallkrav samt till anbudet bifogat dokument innehållande bl.a. certifikat, för att styrka detta påstående. Enligt förvaltningsrättens mening får Karl Storz därmed anses ha uppfyllt aktuellt skallkrav. Förvaltningsrätten anser att Arthrex inte gjort sannolikt att Regionen agerat i strid med de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen genom att beakta Karl Storz anbud.

Sammanfattningsvis konstaterar förvaltningsrätten att det saknas skäl för ingripande enligt LOU och att ansökan om överprövning således ska avslås.

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

Magnus Hansson
rådman

Föredragande: Susanne Rehnström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar 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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande 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,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.