



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**

Avdelning 30

DOM
2018-05-18
Meddelad i Stockholm

Mål nr
7538-18

SÖKANDE

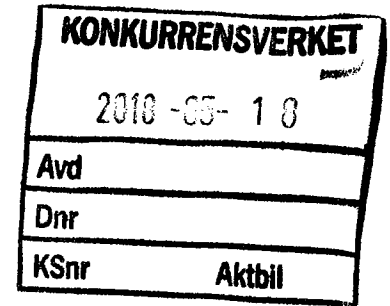
MedClair AB, 556772-8893
Solkraftsvägen 16A
135 70 Stockholm

MOTPART

Danderyds Sjukhus AB, 556575-6169
182 88 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 973130

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00–16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

YRKANDEN M.M.

Danderyds sjukhus AB (sjukhuset) har genomfört en upphandling av lustgasdestruktor, DS 2017-1458. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Av tilldelningsbeslut den 23 mars 2018 framgår att MedClair AB:s anbud inte prövats eftersom bolaget inte har bedömts uppfylla kraven på ekonomisk stabilitet.

MedClair AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och anför bl.a. följande. Sjukhuset har ställt ett orimligt högt krav på ekonomisk stabilitet vilket har lett till att bolaget har förlorat upphandlingen, trots att man erbjudit det lägsta priset. Detta har gjort att bolaget har lidit skada. Sjukhuset har tillämpat ett kraftigt avvikande och skärpt krav jämfört med liknande tidigare upphandlingar från andra landsting. Det finns endast två kända leverantörer i Sverige som säljer den aktuella typen av utrustning till sjukhusområdet. Genom att bestämma kraven på det sätt som har gjorts har sjukhuset genom kravet på ekonomisk stabilitet styrt upphandlingen mot en viss leverantör. Ett negativt resultat bör inte vara skäl för uteslutning då bolaget bedriver en kontinuerligt omsättningssökande verksamhet och levererar utrustning till andra landsting. Finansiering under denna tillväxtfas sker genom externt kapitaltillskott. Bolaget fick aldrig tillfälle att yttra sig i ärendet innan beslutet om uteslutning fattades.

Sjukhuset anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. En upphandlande myndighet har frihet att bestämma tilldelningskriterier samt hur upphandlingsdokumenten i en upphandling ska utformas så länge de unionsrättsliga principerna iakttas. En förutsättning för att kunna uppfylla det uttalade och eftersträvade syftet med upphandlingen är att sjukhuset under avtalstiden som uppgår till minst sju år har en ekonomiskt stabil leverantör som utan avbrott kan agera i enlighet med syftet med

upphandlingen och de upprättade avtalsvillkoren. Eftersom det är absolut nödvändigt för sjukhuset att ha samma leverantör under hela avtalstiden, bedömer sjukhuset att det inte finns något mindre ingripande alternativ till det uppställda kravet. Sjukhuset är skyldigt att ha en fungerande anläggning för destruktion av lustgas. Om sjukhuset överskrider fastställda gränsvärden utfaller ett årligt vite om 500 kr per förlossning. Eftersom sjukhuset har cirka 10 000 förlossningar per år motsvarar detta cirka 5 miljoner kr i årligt vite. Eftersom vitesbeloppet är avsevärt högre än kontraktsvärdet för destruktionsanläggningen för lustgas är det inte möjligt att överföra vitesbeloppet på leverantören av destruktionsanläggningen. Det har stått klart för varje normalt informerad och omsorgsfull anbudsgivare vad som krävts för att nå upp till Creditsafes rating om 80 och vad som krävts för att visa likvärdig ekonomisk kapacitet vid inlämnande av två årsredovisningar. Bolaget har inte i något läge av upphandlingsprocessen gjort gällande att kravet på ekonomisk kapacitet skulle vara för högt ställt eller oproportionerligt. Sjukhuset bestrider att det skulle ha brustit i sin kommunikationsskyldighet gentemot bolaget. Sjukhuset har vidtagit adekvata utredningsåtgärder för att få fram ett fullgott beslutsunderlag samt gett bolaget möjlighet att yttra sig genom att inkomma med två årsredovisningar med möjlighet att visa att bolaget uppfyllt de ekonomiska kraven. Om en anbudsgivare inte uppfyller kvalificeringskrav eller obligatoriska krav i övrigt finns ingen kommunikationsskyldighet för upphandlande myndighet på det sätt som finns vid en eventuell utslutning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bolaget har gjort gällande att det borde ha fått tillfälle att yttra sig innan sjukhuset beslutade att inte pröva bolagets anbud. Enligt 13 kap. 4 § LOU finns en skyldighet för en upphandlande myndighet att ge en leverantör tillfälle att yttra sig innan ett beslut om att utesluta leverantören fattas. Förvaltningsrätten konstaterar att den nu nämnda bestämmelsen endast

avser den situation att en leverantör utesluts från upphandlingen. I förevarande fall har sjukhuset förkastat bolagets anbud eftersom det inte har bedömts uppfylla de obligatoriska kraven enligt förfrågningsunderlaget. Det är således inte frågan om en sådan situation som avses i 13 kap. 4 § LOU. Det har därmed inte heller funnits någon skyldighet för sjukhuset att ge bolaget tillfälle att yttra sig innan det aktuella beslutet fattades.

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

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

Enligt 14 kap. 1 § första stycket andra punkten LOU får en upphandlande myndighet ställa krav på att en leverantör ska vara kvalificerad avseende ekonomisk och finansiell ställning. Av bestämmelsens andra stycke framgår att sådana krav ska ha anknytning till det som ska anskaffas och stå i proportion till detta.

I punkt 3.3 i förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

Anbudsgivare **ska** vara ett välskött företag med sund och stabil ekonomi. Anbudsgivare **ska** visa att kraven på ekonomisk och finansiell ställning uppfylls genom att inge nedanstående handlingar och upplysningar.

Anbudsgivare ha en god kreditvärdighet motsvarande Creditsafe rating ca 80 % eller motsvarande. DSAB kommer att kontrollera detta vid anbudsprövningen. För utländsk leverantör **ska** motsvarade dokument från hemlandet bifogas anbudet.

I det fall anbudsgivaren har rating 79 % eller därunder kommer prövning att ske. Leverantör kan ändå anses uppfylla ovanstående krav om sådan förklaring finns att det kan anses vara klarlagt att leverantören innehar motsvarande ekonomisk stabilitet. Anbudsgivare **ska** inlämna aktuell årsredovisning för de senaste två åren eller aktuell delårsredovisning för att visa att anbudsgivaren uppfyller de ekonomiska kraven.

Av handlingarna i målet framgår att Creditsafe använder sig av en skala från 0 till 100 för att bedöma företags kreditvärdighet (rating). Ett kreditbetyg mellan 80 och 100 beskrivs av Creditsafe som mycket god kreditvärdighet. Ett kreditbetyg mellan 60 och 79 beskrivs som god kreditvärdighet. Ett företag som har ett kreditbetyg mellan 50 och 59 beskrivs av Creditsafe som kreditvärdigt.

Sjukhuset har som skäl för det uppställda kravet på kreditbetyg hos Creditsafe anfört att det är absolut nödvändigt att ha samma ekonomiskt stabila leverantör under hela den sju år långa avtalstiden. Förvaltningsrätten konstaterar att det krav som sjukhuset har ställt upp i detta avseende i och för sig är lämpligt och effektivt för att nå det aktuella syftet. För att det aktuella kravet ska vara förenligt med proportionalitetsprincipen krävs emellertid att det även är nödvändigt, dvs. att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Genom den aktuella upphandlingen har sjukhuset avsett att teckna ett avtal avseende utrustning för destruktion av lustgas samt service och underhåll under garantitiden. Upphandlingen har även innefattat en option på service och underhåll efter garantitiden. Sjukhuset har anfört att det har varit nödvändigt att ställa det krav på kreditbetyg som har gjorts med hänvisning till att sjukhuset blir skyldigt att betala vite om det saknar en fungerande destruktionsanläggning för lustgas. Även med beaktande av det som sjukhuset anfört i detta avseende anser förvaltningsrätten att det med hänsyn till upphandlingens omfattning och innehåll inte har varit nödvändigt

för sjukhuset att sätta kravet på kreditbetyg så högt som man har gjort i det nu aktuella fallet. Kravet på att leverantörer ska ha ett kreditbetyg på cirka 80 procent hos Creditsafe är därmed inte förenligt med proportionalitetsprincipen. Det som sjukhuset har anfört om att bolaget inte tidigare under upphandlingen invänt att det ansett att kravet varit oproportionerligt ändrar inte denna bedömning. Eftersom bolagets anbud förkastats till följd av ett krav som strider mot proportionalitetsprincipen, har bolaget lidit skada. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen, ska bolagets ansökan bifallas på det sättet att upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).

Ulrika Melander
Rådman

Andreas Thörnroos har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.