



KLAGANDE
Region Skåne

Ombud: Regionjuristen Patrik Kastberg
Koncernkontoret avdelningen för juridik
291 89 Kristianstad

MOTPART

B. Braun Medical Aktiebolag, 556251-5170

Ombud: Advokaterna Mikael Dubois och Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå AB
Box 715
101 33 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 1 oktober 2015 i mål nr 3984-15

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),

KONKURRENSVERKET	
2016 -01- 1 3	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 338551 KONKURRENSVERKET UPPHANDLINGSSÄKHETEN F.K.

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00


- 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 9).


Göran Bodin


Viktoria Sjögren Samuelsson
referent


/Paulina Nilsson



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM
2015 -10- 01
Meddelad i
Malmö

Mål nr
3984-15

SÖKANDE

B. Braun Medical AB, 556251-5170
Box 110
182 12 Danderyd

Ombud: Advokaterna Mikael Dubois och Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att Region Skånes upphandling av "Kundanpassade röntgenset" (dnr 1401061) ska göras om.

BAKGRUND

Region Skåne (Regionen) genomför en upphandling av ”Kundanpassade röntgenset” (dnr 1401061). Av tilldelningsbeslut den 10 april 2015 framgår att Regionen beslutat teckna avtal med Merit Medical systems AB (Merit), Codan Triplus AB (Codan) och B. Braun Medical AB (Braun), i angiven rangordning.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Braun ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse skett på så sätt att anbuden från Merit och Codan förkastas. I andra hand yrkar Braun att upphandlingen ska göras om.

Som grund för sin talan anför Braun bl.a. följande. I förfrågningsunderlagets bilaga 1, Kravspecifikation anges bl.a. följande under rubriken ”Generella krav”: ”Ska-formuleringar beskriver krav som måste uppfyllas. Anbud som inte uppfyller samtliga ställda ska-krav kommer inte att behandlas.” I punkt 7.2 i Kravspecifikationen anges följande.

”Angiografilakan med hål för femoralis ska vara försedd med en förstärkt, absorberande yta. Ytans bredd = lakanets totala bredd. Total längd 75 cm. Ytans längd från centrum av femoralishålen mot fotända ca 57 cm”.

Sådana angiografilakan som beskrivs i punkt 7.2 i Kravspecifikationens generella krav ska offereras för positionerna 2.1.6, 5.1.5, 7.1.6, 9.1.8, 14.1.4 och 17.1.7 i upphandlingen. Ska-kravet på en förstärkt yta, som ska vara lika bred som lakanets totala bredd, föreligger alltså för samtliga dessa positioner. Brauns anbud uppfyller kravet med sina offererade speciallakan, vilka framtagits för aktuell upphandling. Varken Merit eller Codan har, för

någon av nämnda positioner, offererat ett angiografilakan som har en förstärkt absorberande yta som är lika bred som lakanets bredd.

I position 2.1.6 i Kravspecifikationen anges bl.a. följande. "Angiografilakan med transparenta sidor, ca 240 x 340 cm." Det efterfrågade angiografilakanets bredd anges således uttryckligen vara ca 240 cm. Denna totala bredd avser lakanet innefattande de transparenta sidorna. Det framgår tydligt av Merits och Codans produktblad avseende lakan offererade på position 2.1.6 att lakanen är 240 cm breda inklusive de transparenta sidorna. Av Merit och Codans produktblad för position 2.1.6 framgår att offererade angiografilakan på denna position inte har en absorberande yta som är lika bred som lakanets bredd, eftersom den absorberande ytan inte täcker de transparenta delarna av lakanens högra och vänstra sida.

Eftersom Merit eller Codan för bl.a. position 2.1.6 i upphandlingen har offererat lakan vars absorberande yta endast täcker de icke-transparenta delarna av lakanet har varken Merit eller Codan uppfyllt kravet i punkt 7.2 på att offererade angiografilakan ska ha en förstärkt absorberande yta som ska vara lika bred som lakanets totala bredd. Anbudet från Merit och Codan skulle därmed rätteligen ha förkastats och inte ha utvärderats. Region Skåne anför emellertid att såväl Merit som Codan uppfyller kravet i punkt 7.2. Anledningen till denna inställning synes huvudsakligen vara att Regionen anser att de transparenta sidorna av angiografilakanen inte ska räknas som en del av vad som benämns "lakanets totala bredd" i aktuell punkt. Lakanets totala bredd kan dock inte tolkas på något annat sätt än att denna bredd inkluderar de transparenta sidorna av lakanet.

Codans anbud uppfyller inte heller i upphandlingen ställda måttkrav för position 1.1.8, 3.1.4, 12.1.11, 12.1.12, 15.1.12, vilka var för sig utgör grund för att förkasta Codans anbud.

Genom att inte förkasta anbuden från Merit och Codan, trots bristande kravuppfyllnad, har Regionen agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Braun har åtminstone riskerat att lida skada till följd av detta. Om Merit och Codans anbud rätteligen hade förkastats hade Braun kunnat antas som nummer 1 i båda produktgrupperna i upphandlingen. Genom att bli placerad på tredjeplats kommer Braun inte få möjlighet att leverera till Regionen i samma omfattning, om än alls, som Merit och Codan.

Braun anser att ska-kravet i punkt 7.2 måste tolkas så som Braun anför. Om förvaltningsrätten inte skulle dela denna uppfattning gör Braun gällande att kravet är otydligt formulerat. Regionen anför att Regionens avsikt med kravet varit att den absorberande ytan endast behöver täcka en del av det offererade lakanet (den icke-transparenta delen). Denna avsikt har överhuvudtaget inte kommit till uttryck i Kravspecifikationen och är helt oförutsägbar. Det hade varit mycket enkelt för Regionen att uttrycka sin avsikt i detta hänseende på ett tydligt sätt, t.ex. genom att ange att "den absorberande ytan ska vara lika bred som den icke-transparenta delen av lakanet". Så har emellertid inte gjorts. Ska-kravet i punkt 7.2 har således utifrån Regionens avsikt varit helt missvisande utformat, och strider därför mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Eftersom Braun inte haft något standardlakan som uppfyllde kravet i 7.2 var Braun tvungen att – för var och en av de sex positionerna – ta fram särskilda lakan som uppfyller kravet. Denna specialtillverkning har givetvis medfört fördyringar för Braun och därmed ett högre anbudspris än vad som annars hade varit fallet. Om ska-kravet hade varit tydligt utformat utifrån Regionens avsikt, dvs. att den absorberande ytan endast behöver vara lika bred som den icke-transparenta delen av lakanet, skulle Braun ha kunnat offerera standardlakan. Det är således uppenbart att Braun vid ett sådant förhållande

hade kunnat komma in med ett ekonomiskt mer fördelaktigt anbud. Braun har därmed lidit skada till följd av ett otydligt förfrågningsunderlag.

Regionen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Braun gör gällande att varken Merits eller Codans anbud uppfyller kravet i punkt 7.2. Såväl Merit som Codan har i sina respektive anbud för punkten 7.2 under kolumnen "Kravuppfyllelse" i subkolumnen "Ja" markerat kravuppfyllnad genom att ange ett "Ja". Regionen kan mot denna bakgrund konstatera att såväl Merit som Codan i sina respektive anbud klart och tydligt har angett att de uppfyller det i punkten 7.2 ställda kravet.

Angiografilakan läggs ovanpå patienten vid genomförande av s.k. angiografiska undersökningar (röntgenundersökning av blodkärlen).

De i upphandlingen kravställda angiografilakanen ska ha en del som utgör själva lakanet som täcker patienten och undersökningsbord och härutöver en del som ska vara av ett transparent material. Den transparenta delen är nödvändig eftersom den medger synlighet så att man därigenom kan kontrollera kablar m.m. samt manövrera utrustning placerad i undersökningsrummet. I upphandlingen har därför för respektive positioner för angiografilakan uppställts krav på att angiografilakan ska ha transparenta sidor. Varje aktör med minsta branscherfarenhet känner väl till detta syfte med kravet. Av de produktspecifika kraven framgår att angiografilakanen ska ha transparenta sidor och att dessa transparenta sidor ingår i det totala angiografilakanets bredd.

Codan har offererat ett angiografilakan för position 2.1 som har en absorberande yta lika bred som själva lakanet, dvs. det material som täcker patient och undersökningsbord, och som har ovan angivna transparenta sidor. Såväl Codan som Merits offererade angiografilakan uppfyller det ställda kravet, dvs. offererade angiografilakan har både en förstärkt absorberande yta som motsvarar själva lakanets bredd, dvs. den del som täcker patienten och

ovansidan av undersökningsbordet, och har därtill de efterfrågade transparenta sidorna vilka möjliggör nödvändig insyn och kontroll för operatören.

Braun har för sin del för berörda positioner offererat angiografilakan vilka saknar efterfrågade transparenta sidor. I Brauns produktblad avseende position 2.1.6 anges att det är fråga om angiografilakan som har ”Extra absorption hela vägen ut mot kanten”. Även av bilden i nämnda bilaga framgår att offererat angiografilakan saknar transparenta sidor. Dessa uppfyller därmed inte det produktspecifika kravet. Braun tycks alltså – till skillnad från samtliga övriga anbudsgivare – ha missuppfattat det i punkten 7.2 uppställda generella kravet på angiografilakan, vilket lett Braun till att offerera lakan som inte uppfyller kravet på transparenta sidor. Noterbart i sammanhanget är att ingen av de övriga sex anbudsgivarna har missuppfattat ställda krav, utan samtliga har offererat angiografilakan som har en förstärkt absorberande yta och därtill transparenta sidor. Regionen är väl medveten om att Braun har angiografilakan som uppfyller kravet på transparenta sidor. Braun anger därtill att bolaget uppfyller ställda krav. Mot denna bakgrund har Regionen gjort bedömningen att det vore oproportionerligt att utesluta Brauns anbud.

Braun gör även gällande att Codan inte uppfyller ställda måttkrav för position 1.1.8, 3.1.4, 12.1.11, 12.1.12, 15.1.12. Det framgår av Codans anbud att Codan kan tillhandha produkter som uppfyller dessa krav. Codan anger även i anbudet att man uppfyller ställda krav. Regionen har därmed uppfattat att det rör sig om uppenbara felskrivningar från Codans sida. Brauns offererade produkter uppvisar på position 13.1.22 och 16.1.6. motsvarande avvikelser som Braun gör gällande försåvitt avser Codans och Merits anbud. Även när det gäller Brauns anbud har det bedömts röra sig om uppenbara felskrivningar.

Upphandlingen är att bedöma mot bakgrund av att den avser över 500 olika produkter med ett mycket stort antal uppställda krav för varje produkt. Samtliga anbud har någon mindre defekt av det slag Braun lyfter fram. Brauns anbud utgör inte något undantag. I samtliga fall har dock anbudsgivarna i sina anbud för respektive krav klart och tydligt angett att kravet är uppfyllt. Redan härigenom är kraven uppfyllda. Om dessa mindre defekter skulle anses innebära att berörda krav inte är uppfyllda har Regionen med stöd av 4 kap. 2 § punkt 1 h) och 4 kap 6 § LOU haft möjlighet att i ett förhandlat förfarande låta anbudsgivarna, försåvitt avser dessa defekter, korrigera sina respektive anbud. Enligt Regionen vore det mot denna bakgrund oproportionerligt att utesluta ett anbud när det i anbudet klart och tydligt anges att kravet är uppfyllt och därtill av anbudet framgår att anbudsgivaren har tillgång till och kan tillhandahålla produkter som fullt ut uppfyller efterfrågade krav. Det sagda låter sig i än högre grad göra gällande när det som i detta fall är fråga om en upphandling med ett mycket stort antal produkter vilka vardera omfattas av ett mycket stort antal krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

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 iakttas.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet får inte anta anbud som inte uppfyller de krav som uppställts i upphandlingen. Kraven ska de facto uppfyllas. Det räcker således inte att en anbudsgivare uppger eller intygar att ett krav är uppfyllt. Även om bristande kravuppfyllnad framkommer först i samband med en överprövning av upphandlingen kan en sådan brist medföra att domstolen beslutar om ett ingripande enligt LOU. En upphandlande myndighet tar således en risk om den väljer att förlita sig på anbudsgivarens intygande av att ett visst eller vissa krav är uppfyllda.

Braun gör i detta fall i första hand gällande att Merits och Codans anbud borde ha förkastats av Regionen eftersom av bolagen offererade angiografilakan (på positionerna 1.1.8, 3.1.4, 12.1.11, 12.1.12, 15.1.12), enligt Braun, inte uppfyller kravet i punkt 7.2 på att den absorberande ytan ska täcka hela lakanens bredd, inklusive de transparenta delarna. Av handlingarna i målet framgår emellertid att det som Regionen har avsett med kravet är att den absorberande ytan ska täcka endast den del av lakanet som täcker patienten och undersökningsbordet, "själva lakanet". Samtliga anbudsgivare, utom Braun, synes också ha uppfattat kravet på detta sätt. Mot bakgrund av att efterfrågade angiografilakan enligt kravspecifikationen ska ha transparenta sidor, som ska utgöra en del av den totala efterfrågade bredden, och då transparenta sidor vanligtvis inte har en absorberande yta, anser förvaltningsrätten att Regionen, och övriga anbudsgivare, har haft visst fog för att tolka kravet i punkt 7.2 på så sätt att den transparenta delen av angiografilakanet inte behöver ha en absorberande yta. Det har därför enligt förvaltningsrättens mening inte förelegat skäl för Regionen att förkasta anbuden från Merit och Codan med hänvisning till att anbuden inte uppfyller kravet i

punkt 7.2. Det som Braun anför i denna del utgör därmed inte skäl för ett ingripande enligt LOU.

Förvaltningsrätten anser att Brauns tolkning av kravet i punkt 7.2 (dvs. att den absorberande ytan ska täcka angiografilakanens fulla bredd inklusive de transparenta sidorna), är väl förenlig med den språkliga utformningen av kravet. Av utredningen framgår emellertid att den språkliga utformningen av kravet inte överensstämmer med vad Regionen har avsett härmed. Förfrågningsunderlaget får därmed anses brista i transparens vad avser efterfrågade angiografilakan (på position 2.1.6, 5.1.5, 7.1.6, 9.1.8, 14.1.4 och 17.1.7).

Braun har uppgett att bolaget inför sitt anbud har specialtillverkat angiografilakan baserat på sin tolkning av kravet. Bolagets utformning av sitt anbud har således direkt påverkats av nämnda brist i transparens. Braun måste därmed anses ha lidit skada till följd härav. Det föreligger därmed grund för ett ingripande enligt LOU. Eftersom det rör sig om en brist hänförlig till det konkurrensuppsökandet skedet måste upphandlingen göras om. Under dessa förhållanden saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva vad som i övrigt anförts om anbudsgivarnas bristande kravuppfyllnad.

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



Håkan Wirén

Anna Aktermo 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.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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.