



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-10-09
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1939-15

SÖKANDE

Aktiv Ortopedteknik i Kronoberg AB, 559007-0636
Koppargatan 3
602 23 Norrköping

Ombud: Advokat Henrik Stenberg och
jur.kand. Andreas Bålfors
Avenir Advokater AB
Drottninggatan 19
602 24 Norrköping

KONKURRENSVERKET	
2015-10-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Region Kronoberg
Upphandlingsenheten
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Aktiv Ortopedteknik i Kronoberg AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 121456

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

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

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Region Kronoberg genomför en upphandling av ortopedtekniska tjänster för ortopedklinikerna vid Växjö centrallasarettet och Ljungby Lasarett. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande. Det anbud som bedömdes som ekonomiskt mest fördelaktigt har antagits.

Aktiv Ortopedteknik i Kronoberg AB (Ortopedteknik) yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas utan en förnyad utvärdering varvid anbudet från TeamOlmed Syd AB (TeamOlmed) inte får beaktas. I andra hand yrkas att upphandlingen ska avbrytas och göras om. Ortopedteknik anför bl.a. följande.

Krav i förfrågningsunderlaget

TeamOlmed uppfyller inte alla krav, då bolaget inte har angett något pris utan bara ett streck avseende bröstproteser. Förfrågningsunderlagets krav föreskriver att ett pris ska anges i de relevanta cellerna i upphandlingens prislista. Regionen borde därför ha uteslutit TeamOlmeds anbud från utvärderingen.

Principen om transparens

När Ortopedtekniks erfarna upphandlare skulle prissätta anbudet försökte man att prissätta de aktuella posterna till 0 kronor. Det var emellertid inte möjligt att mata in 0 kronor i formuläret. En inmatad 0a gav ett felmeddelande genom att beloppet inte kom upp utan i stället ett streck. Ortopedtekniks leverans av bröstprotes med tillbehör prissattes därför till 60 öre. En sådan prissättning fyller samma funktion som att sätta priset till 0 kronor, vilket var avsikten att man skulle göra. Den ytterst marginella skillnaden mellan ett bud på 0 kronor och ett bud på 60 öre är ca 755 kronor för

hela kontraktet på ca 20 miljoner kronor per år. Denna skillnad har inte utgjort skäl för att lägga budet på 60 öre, utan avsikten har i stället varit att lägga ett så lågt bud som möjligt. Alla andra poster hade fasta priser och eventuella rabatter fick inte var högre än sex procent och därför var bröstproteserna anbudsgivarnas enda möjlighet att använda priset som konkurrensmedel. Om Ortopedteknik hade vetat att det gick att ange priset 0 kronor hade bolaget gjort det. Resultatet av utvärderingen hade då blivit att deltagande anbud hade fått samma jämförelsepris. Förfrågningsunderlaget, har inte varit tillräckligt transparent för den genomsnittligt noggranna anbudsgivaren. Ortopedteknik har inte kunnat inse att man kunde lämna anbud på 0 kronor på de aktuella posterna. Ortopedteknik har inte kunnat förutse hur bolaget skulle kunna lägga sitt mest konkurrenskraftiga anbud och anpassa sitt anbud på det sätt man önskat. Prissättningen gjordes utifrån rättspraxis om s.k. 0bud, d.v.s. att det inte finns något hinder att man lägger bud på 0 kronor per enhet på olika poster såvida man ändå klarar av att utföra uppdraget. Det fanns således inga tveksamheter hur ett bud på 0 kronor eller 60 öre skulle uppfattas rättsligt av regionen. Det fanns därför ingen anledning för Ortopedteknik att ställa frågor om regionens mottaglighet för offerter på 0 kronor.

Skada

Ortopedteknik är en av två anbudslämnare i upphandlingen. Om TeamOlmeds anbud hade förkastats hade Ortopedteknik tilldelats kontraktet. Ortopedteknik har därför lidit skada, eller i vart fall riskerat att lida skada.

Regionen bestrider yrkandet om förnyad utvärdering och anför bl.a. följande.

Krav i förfrågningsunderlaget

Båda anbudsgivarna har tillämpat en låg prissättning och har också fått presentera hur kvalitet och kvantitet av artiklar och tjänster skulle komma att säkerställas under avtalsperioden. Båda anbudsgivarna har lämnat fullgoda svar och lämnat garantier vad gäller offererade artiklar och tjänsters kvalitet och kvantitet. Skäl för att förkasta anbud saknas därmed. I förfrågan finns inget krav som anger att pris måste överstiga 0 kronor för vara eller tjänst inom området bröstproteser. Av den anledningen finns inte grund för att förkasta något anbud utifrån att det inte skulle ha klarat kraven. Det finns inte krav på det sätt som Ortopedteknik anför gällande att det i de aktuella positionerna måste stå siffran 0.

Principen om transparens

Utvärderingsmodellen visar att lägsta jämförelsepris kommer antas som vinnare. Modellen är inte otydlig, då det framgår vad som krävs för att få poäng. Ortopedteknik har haft möjlighet att ställa frågan om hur ett lämnat pris på 0 kronor i prislistan skulle uppfattas. Någon sådan fråga har inte framkommit under annonseringsperioden för upphandlingen.

Vid ifyllande av prislistan med 0 kronor fanns inget som visade att ett felaktigt pris hade lämnats. Det finns inget i excel-filen som styrker att priset 0 kronor inte kunde lämnas på de poster som avsåg bröstproteser. I prislistan framkommer i formelfältet siffran 0, när uppgiften 0 kronor fylls i positionen. I de fall markören ställs i prisruta där streck finns uppges siffran 0, vilket bekräftar att priset 0 kronor kunde lämnas oavsett om ett streck visades för positionen eller inte. Formelfältet tolkar ett streck i fältet som 0 kronor.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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.

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § samma lag besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

I förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 132) anges att uppställda krav ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Enligt senare förarbeten (prop. 2009/10:180 s. 91) förutsätter proportionalitetsprincipen att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Upphandlingens art och värde ska enligt förarbetena beaktas exempelvis när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Det följer av vad EU-domstolen uttalat att uppställda krav inte heller får vara onödiga eller oproportionerliga (se t.ex. dom den 27 oktober 2005 i mål C-234/03, Contse m.fl., REG 2005 s. I-09315, p. 43 och 55).

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudregel att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är vidare den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa – göra sannolikt – att upphandlingen skett i strid med LOU

och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav. Domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat.

Förvaltningsrättens bedömning

Ortopedteknik gör i första hand gällande att det vinnande bolaget TeamOlmed inte har uppfyllt förfrågningsunderlagets krav i punkten 1.5.2 avseende pris för bröstproteser. I andra hand gör Ortopedteknik gällande att det uppställda kravet varit alltför otydligt utformat.

Det krav som Ortopedteknik anser att TeamOlmed inte har uppfyllt är följande. Priser specificeras i separat bilaga och enligt anvisningar och ska anges i kronor (SEK) exkl. mervärdesskatt och ska inkludera samtliga åtagande enligt detta förfrågningsunderlag (förfrågningsunderlaget punkten 1.5.2 Anbudspriser).

Ortopedteknik anser att TeamOlmed inte uppfyller kraven, då bolaget inte har angett något pris avseende bröstproteser, utan endast ett streck. Regionen anser å sin sida att det inte finns något krav som anger att det i den aktuella positionen ska stå siffran 0 och att formelfältet tolkar ett streck i fältet som 0 kronor.

Det är ostridigt att TeamOlmed i fälten för pris och kostnader avseende bröstproteser angett ett streck. Enligt ordalydelsen i punkten 1.5.2 ska pris anges i kronor. Frågan är om det är ett proportionellt krav att pris måste anges med 0 kronor och därmed att ett fält med ett streck föranleder att anbudet ska förkastas.

Förvaltningsrätten finner att det inte visats annat än att prislistans formel tolkar ett streck som 0 kronor. Därmed är det inte relevant för beräkningen av totalsummor om rutorna i prislistan fylls i med siffran 0 eller ett

streck. I en sådan situation skulle det strida mot proportionalitetsprincipen att förkasta TeamOlmeds anbud på den grunden att anbudet inte uppfyller kravet på att pris ska anges i kronor (jfr Kammarrätten i Sundsvalls dom den 21 juni 2010 i mål nr 949-10). Förvaltningsrätten finner således inte visat att TeamOlmed inte har uppfyllt kravet i punkten 1.5.2.

Ortopedteknik gör vidare gällande att bolaget inte har kunnat inse att man kunde lämna anbud på 0 kronor, då det inte var möjligt att mata in siffran 0 i formuläret. Ortopedteknik har inte kunnat förutse hur bolaget skulle kunna lägga sitt mest konkurrenskraftiga anbud och anpassa sitt anbud på det sätt man önskat. Detta menar bolaget strider mot principen om transparens.

Regionen menar å sin sida att det inte finns krav i förfrågningsunderlaget som anger att pris måste överstiga 0 kronor. Anbudslämnare har kunnat fylla i priset 0 kronor genom att ange siffran 0 eller ett streck.

Förvaltningsrätten konsaterar att det i svensk rätt inte finns förbud mot invändningar mot förfrågningsunderlagets utformning efter det att anbuds-tiden löpt ut (jfr SOU 2015:12 s. 141ff. och prop. 2009/10:180, del 1 s. 155 ff). Det har således inte funnits någon skyldighet för anbudslämnare att ställa frågor till upphandlande myndighet under de inledande momenten i upphandlingen.

Enligt förvaltningsrättens mening kan kravet beträffande anbudspriser inte anses vara så otydligt att det strider mot principen om transparens. Det är inte visat att det var omöjligt att fylla i siffran 0 i det aktuella formuläret.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten inte skäl att ingripa mot upphandlingen på någon av de grunder som Ortopedteknik anfört. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Anders Poulsen

Föredragande: Lena Lundblad



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. 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 överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.