



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Avdelning 21

DOM
2018-04-03
Meddelad i Stockholm

Mål nr
2926-18

Sida 1 (7)

SÖKANDE

AB Ninolab, 556100-1164

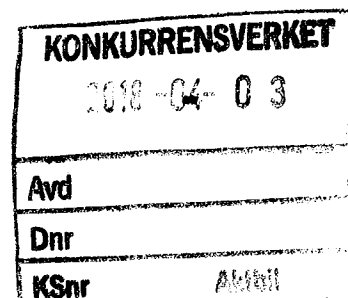
Ombud: Advokat Ann Wedsberg
Advokatfirman Wedsberg AB
Sjöflygvägen 35 E
183 62 Täby

MOTPART

Karolinska Institutet
171 77 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 957779

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

YRKANDEN M.M.

Karolinska Institutet (KI) genomför en upphandling av autoklaver och diskdesinfektorer, dnr 2-3170/2017. Upphandlingen genomförs som ett förenklat förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Av tilldelningsbeslut den 30 januari 2018 framgår att Getinge Sverige AB (Getinge) tilldelats kontrakt.

AB Ninolab (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Det var endast bolaget och Getinge som lämnade anbud i upphandlingen. Bolagets anbud förkatsades och KI avser att anta det enda kvarvarande anbudet trots att detta inte uppfyller det obligatoriska kravet i punkt 3.3 i den till förfrågningsunderlaget tillhörande kravspecifikationen. Detta krav anger en dimensionerande förutsättning avseende den upphandlande utrustningen, dvs. autoklaven. I enlighet med kravet ska minst fyra stycken avfallslådor med måtten 40x40x35 cm få plats i autoklavens kammare. Den enda faktor som dimensionerar hur stort autoklavens kammarmått måste vara är lådornas yttermått. Olika tillverkare har olika design avseende utförande och mått på lådor av nu aktuellt slag. Det innebär att lådorna kan ha olika tjocka väggar/isolering och olika form. På grund av detta är enbart liter-angivelse inte tillräckligt för att kunna avgöra hur stor autoklavens kammare måste vara. KI:s användning av begreppet ”cirka” avser endast angiven volym. Övriga mått i kravet har i likhet med det andra kravet avseende storlek (punkt 3.2) angetts i exakta siffror. Kravet är enligt bolagets mening tydligt och innebär att kammarens innermått kan vara större men inte mindre än de angivna måtten. Om fyra lådor med nu aktuella mått staplas på varandra två och två blir måtten 80x40x70 cm. Om istället alla fyra lådor staplas på varandra blir måtten 40x40x140 cm. Om lådorna ställs bredvid varandra blir måtten 80x80x35cm. Den av Getinge offererade autoklaven har en kammare med

måtten 66x67,2x100 cm. Kammaren är därmed för liten, varför det nu aktuella ska-kravet inte är uppfyllt. Därutöver har KI nu anfört att Getinge, efter anbudets avgivande, kunnat visa att fyra lådor av den typ som kravet beskriver får plats i autoklaven. Eftersom lådorna omöjligen kan få plats i kammaren måste Getinge ha visat kravuppfyllelsen genom att använda en låda med andra mått än de angivna. Dessa omständigheter visar att KI genom att anta Getinges anbud har brutit mot likabehandlingsprincipen. KI:s agerande har medfört att bolaget lidit eller riskerar att lida skada.

KI bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Det nu aktuella kravet har utformats som ett funktionskrav och inte som ett absolut minsta mått på autoklavens kammare. Om avsikten hade varit att ställa krav på ett minsta tillåtna kammarmått hade kravet utformats likt kravet i punkt 3.2. I nu aktuellt krav har dock volym och mått angivits som cirka-mått i syfte att beskriva den typ av låda som KI avser att använda med utrustningen. De lådor som nämns i kravet har normalt en viss ungefärlig utformning och specificeras efter volym i ett antal vanligt förekommande storlekar, t.ex. 35 liter eller 60 liter. Till följd av gällande föreskrifter avseende bl.a. lådornas försegling har lådornas lock vanligtvis en utformning som medför att två lådor staplade på varandra har en lägre totalhöjd än två gånger höjdmåttet på en enskild låda. Därmed är det rimligt att förvänta sig att leverantörer som är aktiva på marknaden för den nu aktuella typen av utrustning också är bekanta med utrustningens ändamål och vanligen förekommande tillbehör. Eftersom en strikt tolkning av de i kravet angivna måtten ger en volym på 56 liter är det tydligt att kravet inte avser lådor i rätblock med de exakta måtten. Utifrån kravets formulering, dvs. de ungefärliga angivelserna avseende lådornas volym och mått, kan en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare förstå att det inte rör sig om helt fyrkantiga lådor. Lådornas utformning, övriga egenskaper eller vilken dimension angivna mått avser har inte närmare specificerats. Inte heller har tillåtna konfigurationer vid lastning i kammaren angivits eller

efterfrågats. Därutöver har bolaget inte visat att det är omöjligt att utforma fyra lådor, även med exakt de yttermått och den volym som angivits, som kan få plats i en kammare med mått motsvarande den av Getinge offererade kammaren. Eftersom det krävs att minst fyra lådor ska rymmas i kammaren och inte att kammarens innermått ska vara minst 80x40x70 cm uppfyller Getinges anbud det nu aktuella kravet. Getinge har utifrån sin egen erfarenhet samt kravets utformning kunnat förstå att det bl.a. inte rör sig om lådor med de exakt angivna måtten. Därmed har Getinge offererat en autoklav som i deras erfarenhet rymmer fyra lådor av den typ som kravet beskriver. Getinge har inte tillåtits göra några ändringar i sitt anbud eller inkomma med efterfrågade uppgifter efter anbudstidens utgång.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det är ostridigt att KI rätteligen förkastat bolagets anbud. Därmed är frågan i målet om KI genom att anta det enda återstående anbudet vid utvärderingen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU och om det medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

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.

Inom ramen för dessa principer har den upphandlande myndigheten stor frihet att utforma sin upphandling (se HFD 2012 ref. 48). Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en normalt omsorgsfull leverantör på grundval av det kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse under upphandling. Det följer av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (se

RÅ 2002 ref. 50 och Kammarrätten i Stockholms dom den 26 september 2016 i mål nr 3160-16). Den upphandlande myndigheten har även ett visst tolkningsföreträde beträffande skrivningar i det egna förfrågningsunderlaget förutsatt att det inte innebär en överträdelse av unionsrättens principer (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 6 oktober 2016 i mål nr 2225-16).

I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna anbud. Om den upphandlande myndigheten före anbudstidens utgång inte kommunicerat med alla leverantörer, inklusive potentiella sådana, att den överväger att frånfalla eller justera ett obligatoriskt krav åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet sådant det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen. Det innebär att en upphandlande myndighet agerar i strid mot likabehandlingsprincipen i fall myndigheten godtar ett anbud trots att detta inte uppfyllt ett obligatoriskt krav (se HFD 2016 ref. 37).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU och detta 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. Det framgår av 20 kap. 6 § LOU.

Med denna utgångspunkt gör förvaltningsrätten följande bedömning.

Den nu aktuella upphandlingen avser bl.a. olika typer av autoklaver, varav en steriliseringsautoklav BSL3. Vilka egenskaper den upphandlade utrustningen behöver ha framgår av ”Kravspecifikation autoklav”

(kravspecifikationen), som utgör en del av förfrågningsunderlaget. I specifikationen punkt 3.3 anges följande som ett obligatoriskt krav: "En (1) st BSL3 autoklav ska ha ett mått som rymmer minst fyra (4) st avfallslådor á ca 35 L med måtten 40x40x35 cm. Beskriv." Getinge har i fältet för anbudsgivarens beskrivning angett att kammarmåtten är 660x672x1000 mm.

Syftet med det aktuella kravet har enligt KI varit att beskriva den typ av tillbehör, dvs. avfallslådor, som KI avser att använda tillsammans med utrustningen. KI har uppgett att volym och yttermått därför har angivits som cirka-mått. Det framgår av utredningen att nu aktuella lådors egenskaper kan variera mellan olika tillverkare. Det innebär i sin tur att lådorna kan ha olika tjocka väggar, respektive olika isolering och form. Med hänsyn till detta och med tanke på att det saknas någon närmare specificering av de lådor som kommer att användas med utrustningen borde en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare dock kunna utgå från att det är lådor med de i kravet angivna måtten som KI kommer att använda tillsammans med den upphandlade utrustningen. Förvaltningsrätten bedömer att det aktuella kravet enligt sin ordalydelse inte kan förstås på annat sätt än att volymmåttet är ett cirka-mått medan lådans yttermått är exakta mått. Det saknar relevans att en strikt tolkning av angivna yttermått ger en större volym än den enligt kravet.

Eftersom den offererade autoklaven ska ha ett mått som rymmer minst fyra lådor kan kravet enligt förvaltningsrättens mening inte anses innebära annat än att autoklavens kammarstorlek ska ha ett inre minimimått motsvarande fyra lådors yttermått. Till stöd för den bedömningen talar även att punkt 3.3 har tagits under punkt 3, som har benämningen "Storlek" och i dess andra punkt, dvs. punkt 3.2, anges vilken kammarstorlek som övriga upphandlade autoklaver ska ha. Att punkterna 3.2 och 3.3. formulerats på olika sätt leder inte till någon annan slutsats.

Det nu aktuella kravet är därmed uppfyllt om den offererade autoklaven har en kammarstorlek med ett minsta mått motsvarande fyra lådor med måtten 40x40x35 cm. Därmed anser förvaltningsrätten, i likhet med vad bolaget anfört, att fyra lådor med dessa mått, oavsett konfiguration vid lastning i kammaren, inte kan rymmas i den av Getinge offererade autoklaven med kammarstorlek 66x67,2x100 cm. Att flera lådor av nu aktuellt slag staplade på varandra skulle kunna resultera i en lägre totalhöjd föranleder ingen annan bedömning eftersom lådorna i enlighet med kravets ordalydelse individualiseras med såväl sin typ som med sina mått vilket i sin tur medför att autoklavens kammare behöver ha en viss minsta storlek. Inte heller vad KI anfört om att Getinge uppgett att bolaget enligt sin erfarenhet rymmer fyra lådor av den typ som kravet beskriver föranleder förvaltningsrätten att göra någon annan bedömning. Förvaltningsrätten anser således att Getinges anbud inte uppfyllt det i punkt 3.3 i kravspecifikationen obligatoriska kravet.

Förvaltningsrätten anser därmed att inte något av anbuden uppfyllt kraven i förfrågningsunderlaget och att båda anbuden borde ha förkastats. Bolaget har lidit skada genom att KI felaktigt kvalificerat och tilldelat Getinge kontraktet trots att Getinges anbud borde ha förkastats. Eftersom samtliga anbud i upphandlingen borde ha förkastats ska upphandlingen göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Sara Uhrbom

Förvaltningsrättsfiskal

Emil Vartanyan 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.

