



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Avdelning 32

DOM
2018-01-08
Meddelad i Stockholm

Mål nr
14296-17

SÖKANDE

Fresenius Kabi AB, 556561-6058

Ombud: Advokat Eva-Maj Mühlenbock och
Jur.kand. Lukas Granlund
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

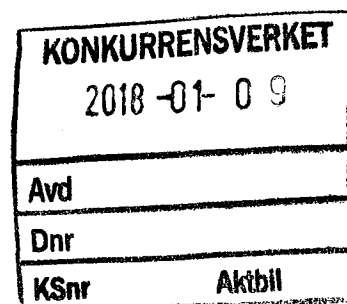
MOTPART

Stockholms läns landsting, Upphandlingsenheten

Ombud: Johan Johansson
Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 923468

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.

Stockholms läns landsting (nedan SLL) genomför en upphandling av ramavtal avseende enteral utrustning, dnr SLL 982. Vid upphandlingen har ett öppet förfarande enligt 4 kap. 1 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) tillämpats. Annons om upphandlingen skickades ut i april 2016 och tilldelningsbeslut meddelades den 8 juni 2017. Av bilaga 3 till beslutet framgår att Fresenius Kabi AB (nedan Fresenius Kabi) inte kvalificerat sig för anbudsutvärdering på grund av bristande kravuppfyllelse.

Fresenius Kabi yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om inom positionerna 15–19, 21, 23–27, 29, 59, 62, 66, 78, 83, 86, 187, 190, 209–211 och 257 och i andra hand att upphandlingen görs om inom positionerna. Som grund för sin talan anför bolaget huvudsakligen följande. SLL har avseende de aktuella positionerna felaktigt antagit 1–2 leverantörer. Enligt förfrågningsunderlagets ordalydelse skulle SLL rätteligen ha antagit minst tre leverantörer per position. Av ordalydelsen är det inte möjligt att utläsa att SLL har möjlighet att anta färre än tre leverantörer per position. Genom att anta färre än tre har SLL agerat i strid med ordalydelsen i förfrågningsunderlaget, vilket strider mot 1 kap. 9 § LOU. SLL har vidare, genom den uttryckliga skrivningen i förfrågningsunderlaget, valt att inte tillämpa den s.k. ventil som annars föreligger enligt 5 kap. 5 § LOU. Förfrågningsunderlaget har även brustit i transparens. Skrivningen om att minst tre leverantörer kommer att antas har öppnat för ett alltför stort utrymme av godtycklig bedömning och skönsmässighet. Bristen är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. SLL skulle, då det stod klart att det inte inkommit tillräckligt antal kvalificerade anbud för att tilldela kontrakt inom positionerna, i enlighet med förfrågningsunderlagets ordalydelse rätteligen ha avbrutit upphandlingen och påbörjat ett nytt upphandlingsförfarande (alternativt övergått till förhandlat förfarande utan föregående annonsering).

Om SLL hade agerat i enlighet med förfrågningsunderlagets ordalydelse hade bolaget således haft möjlighet att inkomma med anbud i en ny upphandling (eller efter genomförande av ett övergångsförfarande) och på så sätt haft möjlighet att tilldelas det upphandlade kontraktet inom de aktuella positionerna. Bolaget har således lidit skada genom att det gått miste om möjligheten att tilldelas kontrakt.

SLL bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts på ett korrekt sätt. Prövning och utvärdering av inkomna anbud i upphandlingen har genomförts i enlighet med annonserad modell, som har utformats i enlighet med de grundläggande unionsrättsliga principerna samt LOU. Förfrågningsunderlagets olika delar ska läsas tillsammans. Vidare är det möjligt att ingå ramavtal med färre än tre leverantörer om det inte finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna eller ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller tilldelningskriterierna. SLL har inom ramen för LOU en stor frihet att bestämma föremålet för upphandlingen och utformningen av förfrågningsunderlaget. SLL har i förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt visat på vilket sätt kvalificering och utvärdering går till och förutsättningarna för att lämna anbud. SLL har inte handlat i strid med de upphandlingsrättsliga principerna och särskilt inte mot likabehandlingsprincipens krav på ovidkommande hänsyn eller transparensprincipens krav på tydlighet och förutsägbarhet. Vidare bör en domstol endast ingripa mot bedömningar vid uppenbara fel som inskränker sig till principerna i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har inte heller på ett konkret sätt visat att det har lidit eller riskerat att lida någon skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Såsom ovan angivits genomför SLL en ramavtalsupphandling avseende enteral utrustning. Av kravspecifikationen för upphandlingen, p. 5, framgår att avseende vissa positioner i upphandlingen ”*kommer minst 3 leverantörer att antas*”. Trots skrivningen i förfrågningsunderlaget har SLL antagit färre än tre leverantörer på en del av de aktuella positionerna.

Frågorna i målet är om SLL brutit mot de allmänna principerna om likabehandling och transparens genom att inte anta minst tre leverantörer avseende vissa positioner i upphandlingen trots att SLL angett att så kommer ske och om Fresenius Kabi lidit skada av det påstådda felet.

Av bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU följer att en upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt (likabehandlingsprincipen) och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt (transparensprincipen). Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att ansökande leverantör har lidit eller kan komma att lida skada ska domstol enligt 16 kap. 6 § LOU besluta om att upphandlingen ska rättas eller göras om.

Fresenius Kabi har anfört att SLL rätteligen skulle ha gjort om upphandlingen avseende de aktuella positionerna eller på annat sätt på nytt konkurrensutsatt dem. Bolaget hade därmed haft möjligheten att delta med anbud i den förnyade konkurrensutsättning som därmed skulle ha skett.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att den skada som Fresenius Kabi anser sig ha lidit genom att inte komma i fråga för en ny konkurrensutsättning förvisso är en sådan som skulle kunna rymmas inom ramen för

skadebegreppet i 16 kap. 6 § LOU. För att denna skada ska kunna ligga till grund för ingripande krävs det dock att den upphandlande myndigheten agerat i strid med de allmänna principerna eller någon övrig bestämmelse i lagen.

Fresenius Kabi har anfört att SLL, på grund av vad som angetts i förfrågningsunderlaget, varit förhindrad av de allmänna principerna att anta färre än tre leverantörer avseende de aktuella positionerna. Förvaltningsrätten konstaterar att EU-domstolen uttalat att en upphandlande myndighet är skyldig att strängt följa de kriterier som den själv har fastställt och att samma anbuds villkor ska gälla för alla anbudsgivare (se *Cartiera dell'Adda*, C-42/13, p. 42–44 och där i angiven rättspraxis). Vidare har domstolen uttalat att principen om likabehandling innebär att alla anbudsgivare ska ha samma möjligheter när de lämnar sina anbud. Syftet med detta är att garantera att det inte förekommer någon risk för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida (se kommissionen/*CAS Succhi di Frutta*, C-496/99 P, p. 111).

Enligt förvaltningsrättens bedömning innebär ovan angivna praxis att en upphandlande myndighet är hindrad från att avvika från de anbuds villkor som den ställt upp. Enligt domstolens bedömning kan det dock utläsas att kravet på att en upphandlande myndighet strängt ska följa sina kriterier endast är kopplat till sådana villkor eller andra förutsättningar som kan knytas till möjligheterna att lämna anbud eller som på andra sätt påverkar en anbudsgivares möjligheter att utforma sitt anbud på ett så konkurrenskraftigt sätt som möjligt. Förvaltningsrätten gör bedömningen att en upphandlande myndighet däremot inte är hindrad av likabehandlingsprincipen från att avvika från sådana skrivningar i upphandlingen som inte utgör anbuds villkor. Sådana skrivningar kan exempelvis utgöras av rena upplysningar från den upphandlande myndighetens sida vilka i sig inte påverkar

anbudsgivarnas möjligheter att lämna anbud eller öppnar upp för risken för favorisering eller godtycke från den upphandlande myndighetens sida.

Enligt förvaltningsrättens bedömning ska den aktuella skrivningen i förfrågningsunderlaget inte ses som ett villkor utan som en upplysning från myndighetens sida. Detta eftersom skrivningen varken inneburit ett krav på anbudsgivarna eller på något annat sätt kan anses ha påverkat möjligheterna att lämna anbud. Enligt förvaltningsrättens bedömning har den inte heller inneburit att anbudsgivare kommit att särbehandlas eller öppnat upp för godtycke från myndighetens sida. Enligt förvaltningsrättens bedömning var SLL därför inte förhindrad av likabehandlingsprincipen att anta färre leverantörer än vad som anges i förfrågningsunderlaget.

Vidare konstaterar domstolen att det direkt av bestämmelsen i 5 kap. 5 § LOU följer att en upphandlande myndighet i vissa angivna situationer, inkluderat den nu aktuella, får anta färre än tre leverantörer vid en ramavtalsupphandling. Bestämmelsen utgör enligt förvaltningsrättens bedömning en möjlighet för en upphandlande myndighet att i de fall där det inte finns ett tillräckligt antal kvalificerade anbudsgivare anta färre än tre leverantörer. Förvaltningsrätten anser inte att skrivningar i ett förfrågningsunderlag, vilka som i aktuellt fall får liknas vid upplysningar och inga anbudsvillkor, undantar myndigheten från möjligheten att utnyttja det aktuella undantaget.

Fresenius Kabi har även anfört att SLL genom skrivningen brutit mot principen om transparens. Avgörande vid bedömningen av om det finns skäl för ingripande med anledning av utformningen av förfrågningsunderlaget ur transparens hänseende är om underlaget är tillräckligt tydligt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (se kommissionen/CAS Succhi di Frutta, C 496/99 P, p. 111). Även

förfrågningsunderlag och utvärderingmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de inte bryter mot de grundläggande principerna och att gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50). Förvaltningsrätten gör i denna del bedömningen att en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare har kunnat förstå att vad SLL angivit avseende de aktuella positionerna inte varit ett krav utan frågan om en upplysning. SLL har därför heller varken genom utformningen av skrivningen eller genom att anta färre än tre leverantörer agerat i strid med transparensprincipen.

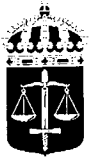
Sammanfattningsvis har SLL inte agerat i strid med de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU när det har antagit färre än tre leverantörer på de angivna positionerna. Fresenius Kabis ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Leif Nilsson
Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Viktor Robertson har föredragit målet.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/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. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.

Om klaganden är en part som företräder det allmänna, ska överklagandet alltid ha kommit in inom tre veckor från den dag beslut meddelades.

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.