



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Enhet 2
Föredragande Ann Liljedal

DOM
2015-08-13
Meddelad i
Falun

Mål nr
1804-15

Sida 1

SÖKANDE

ApoEx AB, 556633-4149
Box 6079
102 32 Stockholm

MOTPART

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg
826 80 Söderhamn

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2015-08-14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ApoEx AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 144534

Postadress
Box 45
S-791 21 Falun

Besöksadress
Kullen 4

Telefon
023-383 00 00
E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
023-383 00 80

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDE

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg genomför på uppdrag av kommunerna Bollnäs, Gävle, Hofors, Hudiksvall, Ljusdal, Nordanstig, Ockelbo, Ovanåker, Söderhamn och Älvkarleby samt Gästrike Räddningstjänst upphandling av sjukvårdsmaterial genom öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 27 april 2015 varvid anbudet från Onemed Sverige AB antogs.

ApoEx AB (ApoEx) yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att ApoEx referensuppdrag beaktas och att ApoEx anbud därmed kvalificerar sig i upphandlingen. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Eftersom ApoEx har lämnat anbudet med det lägsta priset har bolaget har lidit skada då man på grund av felaktig diskvalificering gått mist om kontraktet ifråga.

Kommunalförbundet Inköp Gävleborg (Inköp Gävleborg) bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad ApoEx anfört är visat att Inköp Gävleborg har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att ApoEx lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (1 kap. 9 § LOU).

Av förfrågningsunderlaget framgår bland annat följande.

3.1.2 Teknisk förmåga och kapacitet

För att säkerställa att anbudsgivaren är verksam inom efterfrågat område, skall anbudsgivaren ange två (2) referensuppdrag som avser ramavtal av liknande omfattning genomförda de senaste tre (3) åren. Med liknande omfattning avses att anbuds-

givaren i sina referensuppdrag har levererat samma typ av varor som denna upphandling avser.

/.../

Av anbudsformuläret framgår bland annat följande.

2.2 Teknisk förmåga och kapacitet

För att säkerställa att anbudsgivaren är verksam inom efterfrågat område och har kapacitet för uppdraget, ska anbudsgivaren ange två (2) referensuppdrag som avser ramavtal av liknande omfattning genomförda de senaste tre (3) åren. Med liknande omfattning avses att anbudsgivaren i sina referensuppdrag har levererat samma typ av varor som denna upphandling avser och att den årliga köpvolymer överstiger 5 miljoner SEK/år.

/.../

ApoEx anför i huvudsak följande. ApoEx har i sitt anbud, i enlighet med förfrågningsunderlaget, angett två referensuppdrag som avser ramavtal av liknande omfattning genomförda de tre senaste åren. Det är korrekt att avtalen i huvudsak avser läkemedelsförsörjning. Dock har ApoEx, inom ramen för båda referensuppdragen, de facto levererat exakt samma typ av varor som den aktuella upphandlingen avser. För det fall förvaltningsrätten anser att ApoEx inte uppfyller kravet ifråga, gör ApoEx gällande att kravet på referensuppdragen ska avse samma typ av varor som upphandlingen avser, är oproportionerligt. Detta eftersom det är möjligt för en leverantör att erhålla för uppdraget relevant erfarenhet även genom utförande av leveranser av andra typer av produkter än just de specifika varorna som omfattas av upphandlingen. Inköp Gävleborgs tolkning och tillämpning av kravet går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med det, dvs. att säkerställa att anbudsgivaren är verksam inom efterfrågat område samt att visa anbudsgivarens förmåga att hantera kontraktet. Kravet uppfyller inte heller principen om transparens. Detta då det inte framgår av förfrågningsunderlaget att Inköp Gävleborg med "samma typ av varor" synes mena exakt de produkter som omfattas av artikelgrupperna angivna i förfrågningsunderlaget. Därutöver ger inte förfrågningsunderlaget någon tydlig information om hur Inköp Gävleborgs utvärdering av offererade produkters

likvärdighet ska gå till. Utförandet av bedömningen är helt öppen och därmed brister förfrågningsunderlaget i transparens och ger utrymme för betydande godtycke från Inköp Gävleborgs sida.

Inköp Gävleborg anför i huvudsak följande. ApoEx redovisar i sitt anbud två referensuppdrag varav den ena referenten dementerar att de har ett ramavtal på sjukvårdsmaterial med ApoEx. ApoEx uppfyller således inte kvalificeringskravet avseende teknisk förmåga och kapacitet och anbudet kvalificerades inte vidare i utvärderingen. Då ApoEx anbud inte kvalificerat sig vidare till den fortsatta utvärderingen är det inte konstaterat att anbudet var det anbud i upphandlingen med lägst pris. Det aktuella kravet avseende anbudsgivares tekniska förmåga och kapacitet är tydligt angivet i förfrågningsunderlaget. Prövningen i kvalificeringsfasen har skett helt i enlighet med kravet och det är proportionerligt. De krav som ställs på tidigare erfarenhet är inte mer långtgående än vad som är motiverat av uppdraget. Upphandlingen avser sjukvårdsmaterial och för att kunna säkerställa anbudsgivares tekniska förmåga och kapacitet att kunna fullgöra åtagandena avseende leveranser av sjukvårdsmaterial är det nödvändigt att anbudsgivaren kan visa att denne har fungerande verksamhet med utbildad och erfaren personal som kan tillhandahålla efterfrågad information och utbildningar samt kundsupport. Som framgår av förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare tillse att personal, säljare och kundtjänst har uppdaterade kunskaper om gällande sortiment. Villkoret är direkt kopplat till avtalsföremålet och således relevant.

Förvaltningsrätten konstaterar att Inköp Gävleborg ställt krav på teknisk förmåga och kapacitet och att detta enligt förfrågningsunderlaget ska styrkas genom angivande av två referensuppdrag av liknande omfattning. Enligt förfrågningsunderlaget avses med liknande omfattning att anbudsgivaren i sina referensuppdrag har levererat samma typ av varor som upphandlingen avser. ApoEx har i sitt anbud angivit två referenser och menar att dessa två visar att bolaget uppfyller kravet på teknisk förmåga och kapa-

citet. I målet har framkommit att en av ApoEx referenser dementerar att de har ett avtal avseende de för upphandlingen aktuella varorna. Krav på teknisk förmåga och kapacitet är antingen uppfyllda eller ej. Då ApoEx referens inte bekräftar ApoEx uppgifter finner förvaltningsrätten att anbudet inte uppfyller kravet avseende teknisk förmåga och kapacitet. Det föreligger därför inte skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Fråga är då om kravet står i strid med transparensprincipen eller om det är oproportionerligt. Här konstaterar förvaltningsrätten att kravet som sådant är tydligt och klart och kan inte anses brista i transparens. I fråga om proportionalitetsbedömningen beaktar förvaltningsrätten att de krav som ställs i upphandlingen ska vara ägnade att säkerställa förverkligandet av den målsättning som eftersträvas och att kravet inte går utöver vad som är nödvändigt för att uppnå denna målsättning. Enligt Inköp Gävleborg är målsättningen att anbudsgivaren ska visa att de klarar av att leverera sjukvårdsmateriel samt att man har en fungerande verksamhet med utbildad och erfaren personal som kan tillhandahålla efterfrågad information, utbildningar och kundsupport. Annat har inte framkommit än att kravet är ägnat att förverkliga denna målsättning samt att kravet inte kan anses gå utöver vad som är nödvändigt. Skäl för att ingripande enligt LOU föreligger därför inte heller på dessa grunder.

Då ApoEx anbud rätteligen inte kvalificerats till utvärdering i upphandlingen kan inte ApoEx uppfylla skaderekvisitet för det fall det skulle föreligga någon brist i utvärderingsmodellen. Således finner inte förvaltningsrätten skäl att pröva ApoEx invändning om brist i transparens i denna del. Ansökan om överprövning ska därför lämnas utan bifall.

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


Karin Forslund Johansson

rådman