



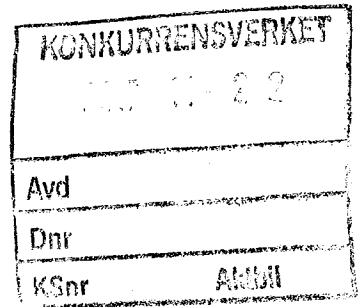
**KAMMARRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Avdelning 1:3

DOM

2017-11-17
Meddelad i Jönköping

Mål nr 1908-17

1



KLAGANDE

OneMed Sverige AB, 556764-4140

Ombud: Advokat Ulf Yxklinten
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Karlskrona kommun, Upphandlingsenheten

Ombud: Mikael Augustsson
c/o Karlskrona kommun, Upphandlingsavdelningen
Ö. Hamngatan 7 b
371 83 Karlskrona

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö's dom den 29 juni 2017 i mål nr 1434-17, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Dok.Id 214846

Postadress
Box 2203
550 02 Jönköping

Besöksadress
Slottsgatan 5

Telefon
036-15 68 00 (vx)
E-post: kammarrattenijonkoping@dom.se
www.kammarrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-16 19 68

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00–16:00

YRKANDEN

OneMed Sverige AB (bolaget) yrkar att kammarrätten med ändring av förvaltningsrättens dom ska besluta att upphandlingen ska göras om. Kommunens talan ska avvisas i den del det avser att bolaget inte har lidit skada. För det fall kammarrätten anser att saken kan prövas yrkar bolaget att målet återförvisas till förvaltningsrätten för handläggning.

Karlskrona kommun anser att överklagandet ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Förvaltningsrätten har inte grundat domen på de omständigheter och resonemang som parterna har fört in i målet. Förvaltningsrätten har prövat om förfrågningsunderlaget uppställer obligatoriska krav att vissa handskar ska ha kvalitetsnivån AQL 1.0 samt om en viss lancett ska ha lågt flöde. Det som bolaget har gjort gällande var att kravställningen var otydlig. Förvaltningsrätten har inte heller berört frågan om att bolaget i god tid före sista anbudsdag ställt fråga till kommunen om vilken kvalitetsnivå som efterfrågades. Kommunen har underlåtit att undanröja den otydligheten i kravställningen genom att inte ha svarat på frågan.

Det anges inte uttryckligen i förfrågningsunderlaget att efterfrågade handskar ska ha kvalitetsnivå AQL 1.0. I förfrågningsunderlaget har i punkt 3. priser i produktkorg angivits att ”efterfrågade produkter framgår av bilaga produktkorg. De fabrikat och artikelnummer som angivits är produktreferenser/kvalitetsangivelser och har angetts för att förenkla beskrivningsarbetet. Andra fabrikat med motsvarande funktion, kvalitet och utförande kan offereras.” Referensprodukterna i bilagan produktkorg har kvalitetsnivån AQL 1.0. Det föreligger en motstridighet i förfrågningsunderlaget och produktkorgen vilket gör att kvalitetsnivå på efterfrågad produkt är oklar.

Bolaget har utgått från att bolaget skulle ha möjlighet att ställa frågor fram till kl. 24.00 fredagen den 21 december 2016 och har planerat sitt arbete utifrån detta. Kommunen har genom att förkorta frågetiden överträtt transparensprincipen.

Ett anbud baseras på ett antal antaganden om inköpsmönster och övriga anbudsgivares prisnivå. Om bolaget hade känt till de produktspecifika kraven skulle bolaget haft möjlighet att vikta dess anbud och prissätta samtliga efterfrågade produkter på ett annat sätt. De brister som bolaget gör gällande har påverkat det konkurrensuppsökande skedet. Bolaget hade haft möjlighet att lämna ett annat och konkurrenskraftigt anbud om oklarheterna inte hade funnits. Det är inte osannolikt att bolaget skulle ha lämnat det vinnande anbudet. Skaderekvisitet är därmed uppfyllt.

Kommunen

I förfrågningsunderlaget har angetts att eventuella frågor ska ställas senast den 21 december 2016. I samband med att upphandlingsenhetens anställda slutade för dagen fredagen den 21 december 2016 lämnade upphandlande myndighet information i Tendsign kl. 15.22 att det inte fanns möjlighet att besvara några ytterligare frågor i upphandlingen. Trots detta ställde bolaget en fråga kl. 16.00. Om kommunen hade besvarat frågan trots att kommunen hade angett att ytterligare frågor inte skulle besvaras hade kommunen frångått likabehandlingsprincipen.

Kommunen vidhåller att det inte finns någon brist i förfrågningsunderlaget avseende kraven på handskar och lancetter. Skulle kammarrätten ändå anse att brister har förelegat ska upphandlingen ändå inte göras om eftersom bolaget inte kan anses ha lidit skada. Mot bakgrund av den stora prisskillnaden mellan vinnaren och bolaget hade bolaget inte kunnat vinna utifrån de priser som offererats på övriga produkter. Konkurrentens

anbud var cirka 900 000 kr lägre än bolagets. Det är endast om bolaget, genom att offerera andra produkter vad gäller lancett och handskar, hade kunnat sänka sitt anbud med mer än 900 000 kr som det kan visa att det faktiskt har lidit skada. Bolagets pris för lancetter och handskar uppgick till cirka 1 500 000 kr. Bolaget hade behövt sänka sitt anbud vad gäller dessa produkter med mer än 59 procent för att kunna lämna lägsta anbud. Det är inte rimligt att tro att bolaget hade kunnat lämna ett så mycket lägre anbud på just lancetter och handskar även om förfrågningsunderlaget hade varit utformat på ett annat sätt. Bolaget har alltså inte visat att det har lidit någon skada.

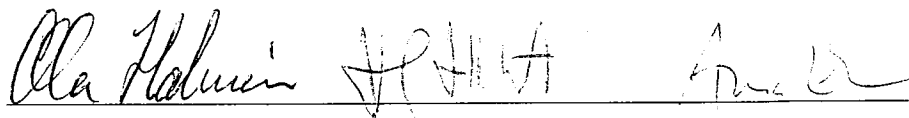
SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bolaget har uppgett att förvaltningsrätten inte har prövat vad bolaget har anfört om att förfrågningsunderlaget har varit otydligt formulerat avseende krav på handskar och lancett samt betydelsen av att bolaget har ställt en fråga till kommunen om kravet på handskar som inte besvarades. Enligt kammarrättens mening har det inte framkommit skäl att med anledning av detta återförvisa målet till förvaltningsrätten för ny handläggning.

Enligt kammarrättens mening är förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt och strider därför inte mot transparensprincipen. Vad bolaget har anfört i övrigt medför inte heller att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Överklagandet ska därför avslås.

Vid denna utgång i målet föranleder bolagets yrkande, att kommunens talan avseende att bolaget inte har lidit skada ska avvisas, inte någon vidare åtgärd från kammarrättens sida.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).



Kammarrättsråden Ola Holmén (ordförande) och Hans-Olof Hallbäck
samt tf. kammarrättsassessor Anna Ekman (referent) har deltagit i
avgörandet.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2017-06-29
Meddelad i Växjö

Mål nr
1434-17

SÖKANDE

OneMed Sverige AB, 556764-4140
Box 50
401 20 Göteborg

Ombud: Advokat Ulf Yxklinten
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

Karlskrona kommun
Upphandlingsavdelningen
Serviceförvaltningen
371 83 Karlskrona

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår OneMed Sverige AB:s ansökan om överprövning.

BAKRUND

Karlskrona kommun (kommunen) har genomfört en upphandling avseende sjukvårdsmaterial. Upphandlingen har skett som ett öppet förfarande enligt LOU där leverantör med totalt lägsta pris avsågs att antas. Upphandlingen var inte delbar och kommunen avsåg att anta en leverantör. Vid anbudstidens utgång hade två anbud inkommit. Kommunen meddelade tilldelningsbeslut den 7 april 2017 varigenom annat bolag än OneMed Sverige AB (OneMed) tilldelades uppdraget.

YRKANDEN M.M.

OneMed ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen görs om. OneMed anför bl.a. följande. Upphandlingen brister i transparens eftersom det av förfrågningsunderlaget inte klart framgått vad som efterfrågas avseende två olika produkter. Bristen i transparens har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Upphandlingen ska därför göras om. Efterfrågade produkter framgår av Bilaga Produktkorg. I punkt 3 anges: ”De fabrikat eller artikelnummer som angivits är produktreferenser/kvalitetsangivelser och har angetts för att förenkla beskrivningsarbetet. Andra fabrikat med motsvarande funktion, kvalitet och utförande kan offereras”. I upphandlingen efterfrågas på positionerna 22–25 handskar, Bilaga Produktkorg handskar med kvalitetsnivån AQL 1,0. AQL mäts enligt standard EN 455. På positionerna 22–25 handskar hänvisas till handskar i OneMeds sortiment. Dessa handskar uppfyller kraven SS-EN 455-1, 455-2, 455-3 och har kvalitetsnivå AQL 1,0. Utifrån underlagets utformning ligger det därför nära till hands att utgå från att det är just kvalitetsnivå AQL som efterfrågas. OneMed har offererat handskar med kvalitetsnivån AQL 1,0. Kommunen har uppenbarligen efterfrågat handskar med kvalitetsnivån AQL 1,5. Om OneMed känt till att det var handskar med kvalitetsnivå AQL 1,5 som efterfrågades hade OneMeds anbud utformats annorlunda och OneMed

skulle kunnat lämna lägsta anbudspris. På position 45 har enligt förfrågningsunderlaget efterfrågats en lancett med lågt flöde. En sådan lancett har OneMed offererat. Kommunen har uppenbarligen efterfrågat lancetter med normalflöde och inte med lågt flöde. Om OneMed känt till att det var lancetter med normalflöde som efterfrågades hade OneMeds anbud även på denna position liksom anbudet som helhet utformats annorlunda och OneMed skulle kunnat lämna lägsta anbudspris. Om OneMed känt till de verkliga produktspecifika krav som uppställts skulle OneMed ha offererat andra produkter och lämnat ett annat lägre anbudspris. Som en direkt följd av bristerna i upphandlingen riskerar därmed OneMed att lida skada.

Kommunen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Offererade produkter från den vinnande anbudsgivaren uppfyller ställda krav enligt Bilaga Kravspecifikation. De krav som ställts på positionerna 22–25 handskar ställs på standard SS-EN 455-1, 455-2, 455-3, skallkrav 20, uppfyller den vinnande anbudsgivaren. Avseende position 45 lancett har upphandlande myndighet bedömt att offererad produkt uppfyller ställda krav. Förfrågningsunderlaget uppfyller de grundläggande principerna.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling upphävdes i samband med att lagen (2016:1145) om offentlig upphandling trädde i kraft den 1 januari 2017. I övergångsbestämmelserna anges dock att den upphävda lagen alltjämt ska tillämpas på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. Den upphävda lagen är alltså tillämplig vid bedömningen av den nu aktuella upphandlingen.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Aktuellt förfrågningsunderlag

Av förfrågningsunderlagets kravspecifikation punkten 3 framgår bl.a. följande. Efterfrågade produkter och uppskattade volymer framgår av Bilaga Produktkorg. De fabrikat eller artikelnummer som angivits är produktreferenser/kvalitetsangivelser och har angetts för att förenkla beskrivningsarbetet. Andra fabrikat med motsvarande funktion, kvalitet och utförande kan offereras. Artikelnumren som angivits är från nuvarande avtalspartnern OneMed Sverige AB.

Enligt förfrågningsunderlagets kravspecifikation punkten 20 framgår bl.a. följande. Handskar skall uppfylla SS-EN 455-1, 455-2, 455-3.

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt transparensprincipen ska upphandlingsförfarandet vara öppet för konkurrens och dess opartiskhet ska kunna kontrolleras. Principen innebär också att förfrågningsunderlaget, inklusive tillämplig utvärderingsmodell, ska vara tydligt och klart och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på att klart sätt ska ange på vilka omständigheter talan grundas och att domstolens prövning begränsas till de grunder som parten åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Enligt förvaltningsrättens mening framställs det i förfrågningsunderlaget inte något obligatoriskt krav på att de aktuella handskarna ska ha kvalitetsnivå AQL 1,0. Vad OneMed har anfört i denna del visar därför enligt förvaltningsrättens mening inte att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU. OneMed har vidare anfört att det på position 45 i förfrågningsunderlaget efterfrågas lancett med lågt flöde samt att om OneMed känt till att det var lancetter med normalflöde som efterfrågades hade OneMeds anbud utformats annorlunda och OneMed skulle kunnat lämna lägsta anbudspris. Förvaltningsrätten gör bedömningen att det, såsom förfrågningsunderlaget är utformat, inte kan utläsas att det har efterfrågats lancett med lågt flöde. Vad OneMed har anfört i denna del visar därför inte heller att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det i målet inte är visat att kommunen har brutit mot någon bestämmelse i LOU som gör att det finns skäl att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Ewa Nordström
Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande: Maria Gustafsson



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, lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster eller lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet 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 avtal inte får ingås, 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.