



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2019-03-15
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 184-19

SÖKANDE

Aktiebolaget Ninolab, 556100-1164
 Box 137
 194 22 Upplands Väsby

MOTPART

Region Skåne

Ombud: regionjuristen Bengt Guldager
 Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Aktiebolaget Ninolabs ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 490088

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax

Expeditionstid
 måndag–fredag
 08:00–16:00

BAKGRUND

Region Skåne genomför upphandling benämnd Frysupphandling biobanking. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 21 december 2018 ska kontrakt tilldelas Labrum Aktiefbolag (Labrum).

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING M.M.

Aktiefbolaget Ninolab (Ninolab) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse ska ske på så sätt att ny utvärdering genomförs, i vilken anbudet från Labrum och Buch & Holm A/S (Buch & Holm) inte beaktas. Till grund för talan anförs i huvudsak följande.

Anbudet från Labrum och Buch & Holm uppfyller inte samtliga skall-krav i upphandlingen. Labrum och Buch & Holm skulle därför rätteligen ha uteslutits av Region Skåne. Region Skånes agerande är inte förenligt med de grundläggande principerna för offentlig upphandling. Ninolab, som utvärderats som nummer tre, har till följd av Region Skånes agerande lidit eller riskerat att lida skada.

Ninolab har inte fått ut begärda bilagor från Labrums anbud. Region Skåne har hänvisat till att de önskade bilagorna har belagts med sekretess. Buch & Holms anbud har lämnats ut till fullo. Efter granskning av samtliga anbuds-handlingar samt vissa antaganden då inte relevanta bilagor har givits ut gällande Labrums anbud, kan konstateras att varken anbudet från Labrum eller anbudet från Buch & Holm uppfyller alla skall-krav i upphandlingen.

De krav som inte uppfylls är 4.3.1 gällande maximala yttermått och 4.4.1 (med förtydligande i Frågor och svar) gällande energiåtgång. Enligt tillverkarens broschyr överskrider skallkravet gällande breddmått. Buch & Holm

har inte redovisat sitt testresultat avseende mätningar av energi. Vidare har två olika energiuppgifter lämnats, den ena vid en omgivningstemperatur om + 23 C och den andra om + 25 C. I utvärderingen har Region Skåne gjort avdrag (-100 000:- för <8kWh/24h) för energiförbrukningen vid + 23 C trots att skalkravet gäller vid + 25 C. Gällande Labrum kan Ninolab, på grund av sekretessbeslut från Region Skåne, inte avgöra om testresultat avseende mätningar av energiförbrukning har bifogats anbudet. Då Ninolab inte fått tillgång till begärda dokument antar man att detta inte lämnats. I utvärderingen har Labrum även erhållit ett maximalt avdrag för energiförbrukning (-100 000:- för <8kWh/24h). Detta är inte i paritet med vad leverantören anger och ej heller enligt vad Buch & Holm har skickat in på samma frysmodell vid + 25 C omgivningstemperatur.

Region Skåne anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande. Som framgår av annonserat underlag sker inte utvärderingen med utgångspunkt från uppgifter som inhämtats från annan marknadsaktör eller går att finna på Internet (dessutom avseende ett frysskåp som inte nödvändigtvis har densamma konfiguration som offererat frysskåp), utan på de uppgifter som inges i upphandlingen. Region Skånes expertgrupp har gjort en bedömning av Labrums och Buch & Holms i anbuden redovisade uppgifter och har därvid funnit att anbuden uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav, bland annat kravet avseende frysskåpets bredd i punkt 4.3.1 och krav 4.4.1 avseende energiåtgång. Det kan noteras att det uppställda kravet i punkt 4.3.1 inte inkluderar handtag/gångjärn. Bakgrunden till detta är att frysskåp måste placeras på visst avstånd från andra frysskåp för att luften ska kunna cirkulera. Ett handtag som sticker ut på sidan av frysen påverkar inte luftens cirkulation.

Vad gäller krav 4.4.1 avseende energiåtgång har Labrum i sitt anbud bekräftat att de uppfyller kravet och de har därtill inkommit med efterfrågade handlingar. Labrum har uttryckt önskemål om sekretess avseende uppgifter i

dessa handlingar. Region Skåne har gjort bedömningen att uppgifterna omfattas av sekretess. Region Skånes expertgrupp har med beaktande av Labrums ingivna uppgifter funnit att de uppfyller de ställda krav. Ninolab har påstått att Labrum har erhållit ett större avdrag vad gäller utvärderingskriteriet ”energiåtgång” än vad ingivna handlingar utvisar att Labrum varit berättigat till. Nämnda förhållande påverkar emellertid inte bedömningen av om Labrum har uppfyllt de obligatoriska kraven eller inte. Region Skåne anser därtill att anbudet har utvärderats korrekt. Även för det fall Labrum endast hade erhållit avdrag med 50 000 kronor (istället för 100 000 kronor) hade dock Labrums anbud fortfarande uppvisat lägre jämförelsetal än Ninolabs anbud.

Region Skåne kan konstatera att även Buch & Holm i sitt anbud har intygat att samtliga i kravspecifikationen uppställda krav uppfylls. Buch & Holm har vidare gett in en testrapport av vilken klart och tydligt framgår tidpunkt för när det testade frysskåpet har startats, längden på den tidsperiod när testet har utförts, vilken frystemperatur som har uppmätts, vilken rumsmedeltemperatur som testet har utförts i samt faktisk energiförbrukning under testperioden. Region Skånes uppfattning är att testet otvetydigt uppfyller det i upphandlingen ställda kravet avseende redovisning av testutförande samt att det tydligt utvisar att energiåtgången för det offererade frysskåpet uppfyller ställda krav om att energiåtgången i full drift ska vara maximalt 12 kWh/dygn i 25°C.

Ninolab har påstått att Buch & Holm har erhållit ett större avdrag vad gäller utvärderingskriteriet ”energiåtgång” än vad ingivna handlingar utvisar att Buch & Holm har varit berättigat till. Nämnda förhållande påverkar emellertid inte bedömningen av om Buch & Holm har uppfyllt de obligatoriska kraven eller inte. Region Skåne anser att anbudet har utvärderats korrekt. Även för det fall Buch & Holm endast hade erhållit avdrag med 50 000

kronor (istället för 100 000 kronor) hade dock Buch & Holms anbud fortfarande uppvisat lägre jämförelsetal än Bolagets anbud.

Ninolab har inte lidit skada. Av upphandlingsrapporten framgår att en begränsad prövning genomförts på så sätt att ”endast det anbud med lägst jämförelsetal är det som sedan har prövats mot uppställda krav”. En nu genomförd prövning av Ninolabs anbud utifrån kravet i 4.3.1 om visst högsta djup utvisar att bolagets anbud inte uppfyller det aktuella kravet. Eftersom bolagets anbud inte uppfyller ställda obligatoriska krav ska anbudet uteslutas. Redan mot denna bakgrund kan konstateras att Ninolab inte har lidit eller kunnat lida skada i upphandlingen. Oavsett det nu anförda kan aldrig någon skada för Ninolab kunna uppkomma med mindre än att både Labrums och Buch & Holms anbud underkänns till följd av att de inte uppfyller ställda obligatoriska krav. Av det ovan anförda framgår dock att båda dessa anbud uppfyller av Ninolab ifrågasatta krav.

Ninolab anför i yttrande bl.a. följande. Gällande krav 4.3.1 är det ytterst märkligt att kravet för djupmått på frysskåpet ska inkludera handtag (som sitter på sidan av skåpet) och panel, men att det för breddmättet inte gäller alla delar som påverkar detta mått. I av Ninolab ingiven broschyr visas att breddmättet för offererad modell från Labrum och Buch & Holm inte uppfyller det ställda skallkravet om 1120 mm om alla delar (handtag och gångjärn) inkluderas.

Gällande krav 4.4.1 avseende energiåtgång ställs i Frågor och svar, fråga 19, krav på att Leverantören ska inkomma med testprotokoll som redovisar testutförande avseende hur mätningarna utförts samt testresultat i full drift som styrker den angivna energiåtgången. Enligt Ninolabs uppfattning har leverantörerna Labrum och Buch & Holm inte redovisat testutförande avseende hur mätningarna utförts. Det som framförts är enligt Ninolabs uppfattning endast en redogörelse för testresultatet.

Region Skåne har i sitt yttrande uppgett att Ninolab inte uppfyller skallkravet gällande djupmättet. Ninolab har angett att kravet uppfyllts och den detaljerad ritning som bifogats visar tydligt att djupet på offererad lågtemperaturfrys är 920 mm. Att det i broschyren som bifogats står ett större djupmått beror på att sladd ingår i detta mått, vilket inte är en del av kravet. Om så skulle vara fallet kommer ingen av offererade enheter att uppfylla kravet gällande djupmått i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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.

Av 20 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp. En förutsättning för att en ansökan om ingripande mot en upphandling ska kunna vinna bifall är att sökanden visar att denne har lidit eller riskerat att lida skada av den påtalade bristen i upphandlingen.

Ninolab anför till grund för sin ansökan att Region Skåne har brutit mot

LOU genom att inte förkasta anbuden från Labrum och Buch & Holm trots att dessa inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen.

För att Ninolab, som har placerat sig som nummer tre i upphandlingen, ska kunna anses ha lidit eller riskerat att lida skada till följd av Region Skånes agerande i upphandlingen krävs - såsom anförts av Region Skåne - att bolaget visar att både Labrums och Buch & Holms anbud rätteligen skulle ha förkastats. Ninolab har till följd av Region Skånes sekretessbeslut saknat tillgång till vissa handlingar i Labrums anbud, men har uppgett att de haft tillgång till Buch & Holms anbud till fullo.

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs klara och tydliga upphandlingsdokument. Av dessa ska det framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Sådana krav måste upprätthållas och ett anbud som inte tillgodoser dessa krav får inte antas.

Ninolab gör gällande att Labrum och Buch & Holm inte uppfyller i upphandlingen uppställda obligatoriska krav i punkten 4.3.1 gällande maximala yttermått och i punkten 4.4.1 (med förtydliganden i Frågor och Svar) gällande energiåtgång.

Region Skåne har gjort bedömningen att Labrum och Buch & Holm har uppfyllt de aktuella kraven. Det har inte visats att Region Skåne i denna bedömning tagit ovidkommande hänsyn, avvikit från upphandlingsunderlaget eller på annat sätt agerat i strid med LOU. Vad Ninolab har anført och åberopat i målet kan enligt förvaltningsrättens mening inte läggas till grund för bedömning att Labrum eller Buch & Holm inte uppfyllt något obligatoriskt krav i upphandlingen och därför rätteligen skulle ha förkastats.

Förvaltningsrätten gör bedömningen att Ninolab inte har förmått visa att Region Skåne brutit mot LOU genom att utvärdera anbuden från Labrum och Buch & Holm och anta anbudet från Labrum.

Vid nu angivna förhållanden och Ninolab inte heller i övrigt anfört något som utgör grund för ingripande mot upphandlingen ska ansökan avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Louise af Klint

Lena Palmér har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.