

RÄTTEN

Kammarrättslagmannen Lisbeth Edlund, ordförande
Kammarrättsrådet Lennart Berglund, referent *LB*

FÖREDRAGANDE OCH PROTOKOLLFÖRARE

Föredraganden Marie Andersson

KLAGANDE

Aleris AB, 556068-8425
Box 471 34
100 74 Stockholm

Ombud: Advokaterna Bob Johanson och Pontus Scherp
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Malmös dom den 16 november 2010 i mål nr 12963-10

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling; fråga om
prövningstillstånd

Målet föredras, varefter kammarrätten fattar följande

BESLUT

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

Kammarrättens interimistiska beslut den 26 november 2010 upphör därmed att gälla.

För kännedom

SKÄL


Ett överklagande av en förvaltningsrätts avgörande i sådant mål som nu är i fråga får prövas av kammarrätten endast om kammarrätten har meddelat prövningstillstånd. Enligt 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291) meddelas prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Kammarrätten finner att skäl att meddela prövningstillstånd inte har kommit fram.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1)



Marie Andersson

Protokollet uppvisat och beslutet meddelat 2010 -12- 08 



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1
Sune Wennerberg

DOM
2010 -11- 16
Meddelad i
Malmö

Mål nr
12963-10 E

Bilaga A

SÖKANDE

Aleris AB, 556068-8425
Box 47134
100 74 Stockholm

Ombud: Advokat Bob Johanson och advokat Pontus Scherp
Gernandt & Danielsson Advokatbyrå KB
Box 5747
114 87 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Aleris AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför upphandling avseende driften av ryggortopedi inklusive medicinsk ryggrehabilitering samt viss övrig ortopedisk verksamhet på Ängelholms sjukhus, dnr 1001451. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har Region Skåne beslutat att anta anbud från Proxima AB.

Aleris AB, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska rättas på så sätt att ny utvärdering genomförs varvid anbudet från Proxima AB inte ska beaktas. Bolaget anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbud som inte uppfyller samtliga ställda skallkrav inte utvärderas. Proxima AB:s anbud uppfyller inte samtliga skallkrav, varför anbudet skulle ha förkastats. Om anbudet hade förkastats hade bolaget tilldelats upphandlingskontraktet. Bolaget har således lidit skada av förfarandet. I kravspecifikationen anges att anbudsgivaren ska ange tre priser; pris per besök, krontalspris per DRG-poäng samt ett marginalpris. Marginalpriset ska vara ett rabatterat krontalspris. Vidare framgår att marginalpriset avses att användas för det fall Region Skåne under avtalstiden beslutar att utöka volymen av antal DRG-poäng. Marginalpriset utgör således en form av mängdrabatt. Av prisbilagan till kravspecifikationen framgår att anbudsgivarna ska utgå från att volymen DRG-poäng kommer att öka med 10 procent. För att uppfylla skallkraven ska anbudsgivarna således ange ett marginalpris som är ett rabatterat krontalspris. Proxima AB har i den till sitt anbud bifogade prisbilagan angivit ett marginalpris som är högre än det angivna krontalspriset per DRG-poäng, nämligen 39 000 kr jämfört med 32 900 kr. Proxima AB:s offererade marginalpris i form av ett högre pris jämfört med krontalspriset per DRG-poäng utgör inte ett rabatterat krontalspris. För att det ska utgöra ett sådant rabatterat pris som anges i skallkravet krävs att marginalpriset i stället är nedsatt i förhållande till krontalspriset. Eftersom priset överstiger

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

krontalspriset per DRG-poäng har Proxima AB inte uppfyllt skallkravet och anbudet skulle därmed inte ha utvärderats av Region Skåne. Det är av stor betydelse för det totala priset på upphandlingen att det verkligen sker en rabattering av krontalspriset i marginalprissättningen. Marginalpriset ingick nämligen inte i utvärderingsunderlaget vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Om ett högre marginalpris skulle tillåtas vid högre volymer, i strid med skallkravet, riskerar den ekonomiska fördelen med låga krontalspriser att förloras vid ökade volymer. Det finns inget i förfrågningsunderlaget som ens antyder att marginalpriset ska beräknas på ett hypotetiskt krontalpris på det sätt som Region Skåne påstår. Det finns vidare inget i Proxima AB:s anbud som antyder att Proxima AB har använt sig av ett sådant pris, vad summan av detta påstått hypotetiska krontalspris skulle uppgå till eller hur det skulle ha beräknats. Genom att Region Skåne har utvärderat Proxima AB:s anbud och tilldelat kontraktet till Proxima AB trots att det inte uppfyller samtliga skallkrav har Region Skåne agerat i strid med bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU och principerna om likabehandling och förutsebarhet.

Region Skåne bestrider bifall till bolagets ansökan och anför i huvudsak följande. Proxima AB:s anbud uppfyller samtliga ställda krav. Proxima AB har i anbudet dels uttryckligen bekräftat att man uppfyller i kravspecifikationen ställda krav, dels i till anbudet bifogad prisbilaga angett samtliga prisuppgifter som efterfrågas. Av kravspecifikationen framgår att den maximala omfattningen av det upphandlade uppdraget överensstämmer med Ängelholms sjukhus förvaltningsuppdrag för år 2009. Under avtalsperioden kan ibland inträffa plötsliga och oförutsedda förändringar som inverkar på medborgarnas behov av vård. Om detta sker kan Region Skåne behöva justera det intäktstak som gäller för det upphandlade kontraktet. Av detta skäl har Region Skåne begärt in ett marginalpris. Avsikten är således att detta marginalpris aldrig ska komma att behöva tillämpas och marginalpriset har därför inte heller ingått i utvärderingen. Marginalpriset har, tvärt-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

emot vad bolaget anför, ingen som helst betydelse för Region Skånes totalkostnad för det upphandlade uppdraget. Av kravspecifikationen framgår att de prisuppgifter som ligger till grund för utvärdering ska inkludera samtliga kostnader förknippade med det upphandlade uppdraget, vilket bekräftas genom den information som ges i prisbilagan. Det krontalspris per DRG-poäng som anbudsgivarna ska ange är således ett krontalspris som är relaterat till uppdraget. Det aktuella uppdraget innebär ett krav på en viss dimensionering, d.v.s. leverantören ska kunna garantera att vård kan ges upp till det intäktstak som gäller för kontraktet. Anbudsgivarna har att vid sin beräkning av anbudspriser uppskatta sina intäkter med avdrag för uppskattade kostnader. Eftersom leverantören genom uppdraget ska dimensionera verksamheten motsvarande omfattningen av det tidigare förvaltningsuppdraget kommer kostnadsberäkningen i princip att utgå ifrån en verksamhet som fullt ut motsvarar intäktstaket. Region Skåne kan konstatera att en leverantör i uppdraget inte kan utöka sin verksamhet avseende ortopediska operationer utöver intäktstaket utan att först ha investerat i ytterligare här för lämpliga lokaler. De nyinvesteringar som leverantören i detta avseende skulle tvingas till är betydande vilket framgår av kravspecifikationen. Av kravspecifikationen framgår även i övrigt att en ökning av verksamheten utöver intäktstaket skulle innebära ett stort antal nyinvesteringar för leverantören. Sammantaget innebär detta att ett krontalspris för en eventuell verksamhet utöver den för uppdraget dimensionerade volymen av naturliga skäl inte kan vara detsamma som det krontalspris som framräknats för själva uppdraget. Proxima AB har i sitt anbud angett ett marginalpris som är rabatterat i förhållande till det krontalspris som skulle gälla för uppdragsvolymen överstigande det i upphandlingen föreskrivna intäktstaket. I aktuell upphandling har flera anbudsgivare på detta sätt angett ett marginalpris som är rabatterat utifrån ett tänkt krontalspris för eventuellt utökade volymer, d.v.s. ett marginalpris som är högre än det av anbudsgivaren angivna krontalspriset för uppdraget. Marginalprisets synnerligen begränsade funktion innebär också att det självfallet inte har funnits anledning för Region

Skåne att infordra anbudsgivarnas beräkning av respektive anbudsgivares hypotetiska krontalspris. Att marginalpriset skulle vara av betydelse för det totala priset i upphandlingen är helt felaktigt. Hade Region Skåne förväntat sig utökade vårdbehov under avtalsperioden hade i stället upphandlingsunderlaget tillförts en uttrycklig option. Anbudsgivarnas angivna prisuppgift för en sådan option hade då också ingått i utvärderingen. Anbudsgivarna har behandlats lika och upphandlingsunderlaget uppfyller i tillräcklig utsträckning kraven på transparens och förutsebarhet. Bolaget kan omöjligen ha lidit någon skada. Bolagets talan ska därför lämnas utan bifall.

Förvaltningsrätten har genom interimistiskt beslut den 30 september 2010 förordnat att Region Skåne inte får avsluta den påbörjade upphandlingen till dess annat beslutas.

DOMSKÄL

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. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan förvaltningsrätten 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. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Bolaget har i målet som grund för sin talan anfört att den vinnande anbudsgivarens, Proxima AB:s, anbud inte uppfyller det i förfrågningsunderlaget angivna skallkravet gällande marginalpris och att anbudet därför skulle ha förkastats och inte utvärderats.

Av förfrågningsunderlaget i nu aktuell upphandling framgår att anbud som inte uppfyller samtliga ställda skallkrav inte kommer att behandlas. I kravspecifikationen anges under punkten 4 gällande ersättning att anbudet ska innehålla pris uttryckt i heltal SEK, att eventuell patientavgift som tillfaller leverantören ska inkluderas i priset och att priset ska inkludera samtliga kostnader förknippade med verksamheten enligt förfrågningsunderlaget. Vidare anges att den offererade totalsumman kommer att utvärderas och att av anbudsgivaren offererade priser för pris per besök samt krontalspris per DRG-poäng är de priser som ska gälla i ett avtal om anbudsgivaren tilldelas avtalet. Dessutom ska anbudsgivaren även offerera ett marginalpris (ett rabatterat krontalspris) vilket enligt kravspecifikationen kommer att användas i händelse av att Region Skåne under avtalstiden beslutar att utöka volymen av totalt antal DRG-poäng. Av prisbilagan till kravspecifikationen framgår att anbudsgivaren när det gäller angivande av marginalpris kan utgå från 10 procent av summan DRG-poäng vid beräkning och att marginalpriset inte kommer att utvärderas.

Förvaltningsrätten kan först konstatera att den vinnande anbudsgivaren, Proxima AB, i sitt anbud angett ett marginalpris och att detta, såsom bolaget anfört, överstiger offererat krontalspris per DRG-poäng. Vidare kan när det gäller marginalpriset konstateras att det, utöver vad som redogjorts för ovan, inte närmare anges i underlaget hur detta pris ska räknas fram. Det anges inte heller som något krav att anbudsgivarna ska redovisa hur man kommit fram till offererat marginalpris. Även om marginalpriset i förfråg-

ningsunderlaget anges som ett rabatterat krontalspris kan förvaltningsrätten inte heller finna att det, på sätt bolaget hävdar, av underlaget kan anses framgå att marginalpriset ska beräknas utifrån det av anbudsgivaren i anbudet angivna krontalspriset per DRG-poäng som gäller för det upphandlade kontraktet. Det är enligt förvaltningsrättens bedömning således inte något i underlaget som hindrar att det av anbudsgivaren offererade marginalpriset överstiger i anbudet offererat krontalspris. Proxima AB:s anbud får således anses uppfylla i förfrågningsunderlaget ställda krav vad gäller angivande av marginalpris. Med beaktande härav och då marginalpriset inte ingått i underlaget vid utvärderingen, och således inte heller påverkat utfallet av denna, kan förvaltningsrätten inte finna att det med hänsyn till vad bolaget anfört finns skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 30 september 2010 upphör därmed att gälla. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av denna dom inte prövas efter det att tio dagar gått från domens meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Detta gäller även om domen överklagas inom den anvisade tiden tre veckor.

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



Ola Brändström

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. 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 skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Regeringsrätten
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 härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis