



SÖKANDE

DAB Dental Aktiebolag, 556005-0048
Box 423
194 04 Upplands Väsby

Ombud: Advokaten Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPART

Region Jämtland Härjedalen
Box 654
831 27 Östersund

Ombud: Björn Eriksson
Region Jämtland Härjedalen
Box 654
831 27 Östersund

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2015-05-20	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 91063

Postadress Box 314 871 27 Härnösand	Besöksadress Backgränd 9	Telefon 0611-46 06 00 E-post: forvaltningsratteniharnosand@dom.se www.forvaltningsratteniharnosand.domstol.se	Telefax 0611-51 18 20	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
--	------------------------------------	---	---------------------------------	---

BAKGRUND

Region Jämtland Härjedalen (regionen) genomför upphandling av dentala förbrukningsartiklar 2014 (LS/1256/2014). Upphandling sker genom öppet förfarande och med utvärderingsgrunden lägst pris. Tilldelningsbeslut fattades den 2 december 2014 varvid Aktiebolaget Nordentas (Nordenta) tilldelades kontraktet. ApoEx AB (ApoEx) och Nordentas anbud uppfyllde kraven och gick vidare till utvärdering. DAB Dental AB:s anbud uppfyllde inte kraven. Förvaltningsrätten avslag i beslut den 11 februari 2015 bolagets yrkande om vilandeförklaring i avvaktan på att fråga om utlämnande av vissa uppgifter i ApoEx:s anbud och Nordentas anbud skulle avgöras av Kammarrätten i Sundsvall. Kammarrätten meddelade dom den 18 februari 2015 och avslag begäran om utlämnande av de uppgifter från bolaget som DAB begärt ut (Kammarrätten i Sundsvalls mål nr 3187-14).

YRKANDEN M.M.

DAB Dental AB (DAB) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen avseende huvudområdet dentala förbrukningsartiklar görs om.

I den överklagade delen av upphandlingen, dvs dentala förbrukningsartiklar, har fyra av sex anbud ansetts brista i kravuppfyllelse. Det kan föreligga brister i såväl ApoEx som Nordentas anbud, vilket skulle medföra att ingen anbudsgivare skulle finnas kvar. För det fall inget kravuppfyllande anbud föreligger blir konsekvensen att upphandlingen ska göras om.

Regionen har brutit mot LOU genom att inte tillstålla DAB de delar i ApoEx respektive Nordentas anbud som varit avgörande för att kontrollera om dessa uppfyller kraven. Agerandet är i strid med principerna om lika-behandling och transparens.

Det ska vara möjligt att följa upp de beslut som en upphandlande myndighet fattar. EU-domstolen har t.ex. i mål C-448/01 Wienstrom (punkt 49)

uttalat att likabehandlingsprincipen innebär en skyldighet att lämna insyn så att det kan kontrolleras att principen iaktas och att upphandlingsförfarandena är opartiska. Om – som i aktuellt fall – anbudsgivare inte bereds en möjlighet att kontrollera om vinnande anbudsgivare verkligen uppfyller de ställda kraven i upphandlingen finns det heller ingen möjlighet att kontrollera om upphandlande myndigheters handlande varit opartiskt, dvs. det föreligger ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Den upphandlande myndigheten bedömer om kravuppfyllelse föreligger på basis av uppgifterna i ingivna anbud. Om en klagande leverantör i ett sådant läge inte kan få del av anbud för att göra en kontroll av om den upphandlande myndigheten bedömt anbudet i fråga korrekt föreligger en brist i transparens.

I förevarande fall har närmast all väsentlig information om innehållet i ApoEx och Nordentas anbud sekretessbelagts. Ett utlämnande av information om vilka produkter som offereras är inte i strid med offentlighets- och sekretesslagen. DAB har lidit skada eftersom bolaget inte kunnat genomföra en bedömning av om vinnande anbudsgivare uppfyller ställda krav. Sekretessbeslutet från regionen medför att möjligheten att utnyttja tillgängligt rättsmedel begränsas.

Regionen bestrider ansökan om överprövning och yrkar att den avslås. Regionen har genomfört upphandlingen i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU. Lagen innehåller inget om utlämnande av handlingar eller uppgifter av de slag som är aktuella i detta mål.

DAB har begärt att få ut de anbud som utvärderats i upphandlingen, dvs. ApoEx:s och Nordentas anbud. Begäran har prövats av regionen enligt offentlighets- och sekretesslagen. Prövningen har lett till att vissa delar har bedömts omfattas av affärssekretess. Prövning av sekretessbeslut sker i kammarrätt.

Regionen har behandlat alla anbudsgivare lika vad gäller sekretessen. Regionen har därmed inte brutit mot likabehandlingsprincipen. Transparensprincipen innebär inte att regionen kan lämna ut handlingar eller uppgifter utan att tillämpa offentlighets- och sekretesslagen. Tvärtom kan regionen göra sig skyldigt till sekretessbrott om regionen felaktigt lämnar ut uppgifter som omfattas av sekretess. I detta fall är det fråga om två lagar som inte är i samklang med varandra. Var och en måste tillämpas oberoende av varandra. Det är inte möjligt för regionen att bryta mot sekretesslagen för att tillmötesgå kravet på uppgiftslämnande i upphandling.

Regionen har gjort en sekretessbedömning på de uppgifter som har begärts ut i denna upphandling och funnit att sekretess förelegat för vissa uppgifter. Beslutet har prövats av kammarrätten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Aktuella bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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. (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Den fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om regionens beslut att vägra lämna ut uppgifter i ApoEx och Nordentas respektive anbud medfört att upphandlingen inte kunnat kontrolleras och därmed varit i strid med

LOU samt principen om effektiva rättsmedel.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att kammarrätten redan prövat frågan om utlämnande av uppgifterna om produktnamn, fabrikat och kommentarer enligt offentlighets- och sekretesslagen. Kammarrätten av-slog enligt vad som framgår av ovanstående dom DAB:s begäran om att få ta del av dessa uppgifter.

I mål om offentlig upphandling där parts åberopsbörda är uttalad och officialprincipen ska tillämpas med försiktighet, ankommer det på den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, att klart ange på vilka om-ständigheter han grundar sin talan (RÅ 2009 ref. 69). Det är således av vikt för leverantören att han tydligt anger alla de brister som han anser förelig-ger i en viss upphandling (Asplund, Anders m.fl., *Överprövning av upp-handling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012 s. 126).

DAB har anfört att bolaget inte har kunnat kontrollera att ApoEx och Nor-dentas anbud och regionens utvärdering av dessa varit i överensstämmelse med LOU. Huvudsyftet med de gemenskapsrättsliga bestämmelserna an-gående offentlig upphandling är att öppna upp området för en icke sned-vriden konkurrens i alla medlemsstater. För att uppnå detta mål, är det vä-sentligt att de upphandlande myndigheterna inte lämnar ut sådan informat-ion avseende offentliga upphandlingsförfaranden vars innehåll skulle kunna användas för att snedvrیدا konkurrensen, antingen inom ramen för ett pågående upphandlingsförfarande eller inom ramen för ett framtida upphandlingsförfarande. Upphandlande myndigheter har därför möjlighet att inte meddela viss information, om utlämnandet skulle skada legitima kommersiella intressen, offentliga eller privata, eller skulle hindra en sund konkurrens mellan leverantörer. Den ändamålsenliga verkan av bestäm-melserna om konfidentiell information från leverantörer skulle allvarligt kunna äventyras om, i samband med en prövning av en upphandlande myndighets beslut avseende en offentlig upphandling, sökanden kunde få

obegränsad tillgång till all information avseende upphandlingsförfarandet. (EU-domstolens dom den 14 februari 2008 i mål nr C-450/06 *Varec* p. 34, 35, 38, 39; Asplund, Anders m.fl., *Överprövning av upphandling – och andra rättsmedel enligt LOU och LUF*, 2012 s. 348-352).

DAB har i målet inte anfört några konkreta brister i upphandlingen utan endast anfört att det inte gått att kontrollera om ApoEx och Nordentas anbud samt regionens utvärdering av dessa anbud varit i överensstämmelse med LOU. Förvaltningsrätten konstaterar att kammarrätten i sekretessmålet bedömt att uppgifterna inte kunnat lämnas ut enligt det regelverk som finns angående offentlighet och sekretess. Förvaltningsrätten bedömer mot bakgrund av detta samt enligt den intresseavvägning som ska göras enligt *Varec*-domen, att det inte i detta mål angående överprövning av offentlig upphandling finns skäl att göra annan bedömning av frågan om uppgifterna kan lämnas ut. Förvaltningsrätten anser därför att DAB:s önskade kontroll av upphandlingen i detta fall får stå tillbaka för kommersiella intressen och konkurrenshänsyn. Regionens agerande har således inte inneburit någon överträdelse av transparensprincipen. Inte heller har det inneburit att DAB företagits sin tillgång till effektiva rättsmedel. Då det inte anförts någon konkret brist i övrigt i upphandlingen, saknas det skäl att ingripa med stöd av LOU. DAB:s ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Kerstin Widmark

rådman

Målet har föredragits av föredraganden Benjamin Älmedal.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

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.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.