



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2014-07-03
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
10389-14

SÖKANDE

Arthrex Sverige AB, 556659-3868
Hammarby Kaj 16
120 30 Stockholm

Ombud: Johan Karlsson
Adress som ovan

MOTPART

Södersjukhuset AB, 556595-7403

Ombud: Katrin Högstedt
Södersjukhuset AB
Juridik och Journalservice
118 83 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Arthrex Sverige AB:s ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen, inom del fyra utrustning för artroskopiska ingrepp, får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Dok.Id 502319

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Södersjukhuset AB (SÖS) genomför en upphandling av ramavtal för endoskopi. Upphandlingen består av fyra delar. Del fyra avser utrustning för artroskopiska ingrepp, dnr 2013-189. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Fem anbudsgivare lämnade anbud. Enligt SÖS tilldelningsbeslut den 2 april 2014 föreslås att avtal tecknas med Arthrex Sverige AB. Enligt ett andra tilldelningsbeslut, daterat den 29 april 2014, föreslås istället att avtal tecknas med Stryker AB.

YRKANDEN M.M.

Arthrex Sverige AB (Arthrex) yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, avseende delområde fyra artroskopi, får avslutas först sedan rättelse skett. Rättelsen ska ske på så sätt att en ny utvärdering genomförs, varvid Arthrex ska tilldelas fem plus fem poäng för vardera krav 1.4.12-13 i kravspecifikationen för artroskopi och Stryker ska tilldelas noll poäng för krav 2.2.11 i kravspecifikationen. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen avseende delområde fyra artroskopi ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Arthrex bl.a. följande. SÖS har i strid med principerna för öppet förfarande i LOU (enligt vilka förhandling inte är tillåten) begärt att Stryker och Linvatec Sweden AB (Linvatec) ändrar sina priser samt att de frånfäller prispåverkande reservationer i anbudet. SÖS har därigenom möjliggjort för leverantörerna att i efterhand, t.o.m. efter det att samtliga anbudspriser varit kända, ändra sina anbud på ett väsentligt sätt. Eftersom konkurrensen riskerat att begränsas redan genom SÖS förfrågningar kan felet inte avhjälpas genom rättelse. Del fyra av

upphandlingen ska därför göras om. Stryker och Linvatec har tillåtits lämna orena anbud med prisreservationer och spekulera i övriga anbudsgivares priser. Detta har försämrat Arthrex möjligheter i upphandlingen. Arthrex riskerar därför att lida skada enligt 16 kap. 6 § LOU. Bolaget hänvisar till rättsfall.

SÖS bestrider bifall till Arthrex ansökan och anför bl.a. följande. Inte någon anbudsgivare har i upphandlingen ombetts att inkomma med nya priser, istället omfattades förtydliganden ställda till Stryker samt Linvatec att inkomma med en bekräftelse på att deras lämnade anbudspriser är utan villkor. SÖS accepterar inte att någon leverantör anger ett anbudspris som är villkorat. Syftet med begäran om förtydligande var att fastställa att det anbudspris som lämnats vid anbudstidens utgång var gällande, utan villkor. Konkurrensen öppnas upp då prisjämförelsen inte innehåller några dolda klausuler. Ingen princip i LOU har trätts för när.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är enligt 1 kap. 9 § LOU principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning till ingripande enligt LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs, enligt 16 kap. 6 § LOU, att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

I 9 kap. 8 § LOU anges bl.a. att en upphandlande myndighet får begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I förarbetena anges att

förtydliganden och kompletteringar bör tillämpas restriktivt (prop. 2006/07:128 s. 377).

Enligt praxis får en komplettering inte leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs ett anbud. Den får endast innebära att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras och att något utbyte av uppgifter inte sker (se Kammarrätten i Sundsvalls dom den 12 oktober 2010 i mål nr 1381-10 och där hänvisat avgörande).

Av de administrativa föreskrifterna framgår att förfrågningsunderlaget består av fyra delar. Anbudsgivaren ska lämna svar i bl.a. Prismallen. Efterfrågade uppgifter besvaras direkt i förfrågningsunderlaget och utgör en del av anbudet (punkt 2.3).

Förvaltningsrättens bedömning

Förtydliganden och kompletteringar

Av handlingarna i målet framgår att Stryker i sitt anbud angett priset 0 kr för pump samt uppgett ”Villkor att kunden använder Strykera slangset”. Linvatec har i sitt anbud angett priset 0 kr för pump, shaver respektive shaverhandtag samt uppgett ”Under förutsättning att endast originalförbrukningsprod används”. Både Stryker och Linvatec har alltså lämnat villkorade anbud i upphandlingen.

SÖS har, i begäran om förtydligande till Stryker och Linvatec daterade den 20 mars 2014, bett bolagen att inkomma med priser utan förbehåll.

Stryker har inkommit med priset 1 kr för pump och angett att pris för shaverhandtag är 0 kr. De första fem handtagen är kostnadsfria mot shaverbladförbrukning, därefter kostar de 29 920 kr. Priset har av SÖS vid utvärderingen korrigerats till 29 920 kr. Linvatec har inkommit med priset

15 000 kr/styck för pump, shaver samt shaverhandtag (se tilldelningsbeslut den 2 april 2014). Arthrex har i målet anfört att Linvatec höjde sitt totalpris från 993 000 kr till 1 203 000 kr. Dessa uppgifter har lämnats oemotsagda av SÖS varför förvaltningsrätten lägger uppgifterna till grund för bedömningen nedan.

SÖS fann det sedermera nödvändigt att rätta utvärderingen och meddelade ett andra tilldelningsbeslut den 24 april 2014.

Det andra tilldelningsbeslutet föregicks av en andra begäran om förtydligande. I den andra begäran om förtydligande, ställd till Stryker och Linvatec den 24 april 2014, har SÖS skrivit att den tidigare begäran om förtydligande strider mot den grundläggande principen att prisuppgifter inte kan rättas efter att anbud inlämnats. I förfrågningsunderlagets prismall tydliggörs också att ”anbudsgivare är bunden av de lämnade priserna”. Med anledning av detta efterfrågar SÖS ett klargörande från bolagen om de vidhåller de i originalanbudet lämnade prisuppgifter för prisobjekten men utan de angivna förebehållen/villkoren.

Av det andra tilldelningsbeslutet framgår att förtydliganden har begärts in under utvärderingen av inkomna anbud (tilldelningsbeslut den 24 april 2014). I det andra tilldelningsbeslutet har SÖS dock inte redogjort för eventuella svar på begäran om förtydligande från bolagen. Arthrex har i målet anfört att Linvatec sänkte priset från 1 203 000 kr till 993 000 kr med förkastande av reservationerna. Dessa uppgifter har lämnats oemotsagda av SÖS varför förvaltningsrätten lägger uppgifterna till grund för bedömningen nedan. På vilket sätt Stryker svarade på den andra begäran om förtydligande framgår inte av de handlingar förvaltningsrätten har. Av det andra tilldelningsbeslutet framgår dock att samtliga anbudsgivare har uppfyllt samtliga angivna obligatoriska krav i kravspecifikationen och att det föreslås att avtal tecknas med Stryker. Mot

den bakgrunden utgår förvaltningsrätten ifrån att Stryker meddelat SÖS att de vidhåller de i originalanbudet lämnade prisuppgiften men utan de angivna förebehållen/villkoren.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Efter anbudstidens utgång, och efter att samtliga anbudsgivares prisuppgifter blivit kända för övriga anbudsgivarna, har SÖS uppmanat Stryker och Linvatec att inkomma med klargörande, om bolagen vidhåller de i originalanbuderna lämnade prisuppgifter för prisobjekten men utan de angivna förebehållen/villkoren. Denna uppmaning strider enligt förvaltningsrättens mening mot likabehandlings- och transparensprincipen i LOU. Som ovan nämnts så får en komplettering inte leda till annat än att marginella sakuppgifter tillförs ett anbud. I detta fall har Stryker och Linvatec frånfällt de villkorade priserna och detta kan inte anses vara någon marginell sakuppgift. Enligt förvaltningsrättens uppfattning har det förtydligande som gjordes av bolagen varit en förutsättning för att anbuderna skulle anses uppfylla samtliga ska-krav. Klargörandena får anses innebära ett erbjudande om ett nytt anbud. Den förändring som bolagen gjorde genom att frånfalla lämnade villkor i anbudet framstår därför som alltför omfattande för att kunna godtas. Förvaltningsrätten bedömer därför att bolagen fått en otillbörlig fördel av att kunna ändra sina anbud på sätt som skett och att SÖS därmed brutit mot likabehandlings- och transparensprinciperna.

Har Arthrex lidit skada eller riskerar att lida skada?

För att ett ingripande ska bli aktuellt enligt 16 kap. 6 § LOU krävs att sökanden kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Arthrex har anfört att bolaget riskerar att lida skada. Stryker och Linvatec har tillåtits lämna orena anbud med prisreservationer och spekulera i övriga anbudsgivares priser vilket har försämrat bolagets möjligheter i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser att bolaget genom sina förklaringar har visat att det har lidit eller kan komma att lida skada till följd av SÖS förfarande. Förutsättningarna för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU är därmed uppfyllda. Vad SÖS anfört om att konkurrensen öppnats upp föranleder inte förvaltningsrätten att göra någon annan bedömning.

Val av åtgärd och slutsats

Arthrex har i målet anfört att det framstår som olämpligt att besluta om rättelse eftersom konkurrensen redan riskerat att begränsas genom SÖS förfrågan angående anbudspriserna samt förfrågan om att frånfälla reservationer. Del fyra av upphandlingen ska därför göras om.

Förvaltningsrätten anser dock att rättelse är en tillräcklig åtgärd eftersom bristerna i upphandlingen inte har påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede utan är hänförliga till utvärderingen av anbuden.

Den i målet aktuella upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts bestående i att SÖS gör en ny utvärdering av anbuden, varvid anbuden från Stryker och Linvatec inte ska beaktas.

Då Stryker och Linvatec utesluts från upphandlingen saknar förvaltningsrätten skäl att pröva Arthrex övriga invändningar, att Arthrex ska tilldelas fem plus fem poäng för vardera krav 1.4.12-13 i Kravspecifikationen för artroskopi och Stryker ska tilldelas noll poäng för krav 2.2.11 i kravspecifikationen.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Kaija Hultquist

Rådman

Sofie Larson har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm.

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.