



SÖKANDE

Human Care HC AB, 556494-6332
Årstaängsvägen 21 B
117 43 Stockholm

Ombud: Advokaterna Mikael Dubois och Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. Region Västerbotten
901 89 Umeå

2. Region Norrbotten
971 89 Luleå

3. Region Jämtland Härjedalen
831 27 Östersund

Ombud för 2-3:
Mats Raneblad
Region Västerbotten
901 89 Umeå

KONKURRENSVERKET	
2019 05 10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen, såvitt avser anbudsområden 8, 9 och 10, inte får avslutas innan rättelse gjorts på så sätt att en ny prövning av anbuderna genomförs.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Region Västerbotten genomför tillsammans med Region Norrbotten och Region Jämtland Härjedalen en offentlig upphandling av Gånghjälpmiddel (dnr VLL 1624-2018) till angivna regioner (Regionerna). Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Human Care HC AB (Human Care) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen, såvitt avser anbudsområde 8, 9 och 10, inte får avslutas förrän rättelse gjorts.

Såvitt avser anbudsområde 8 och 10 motsätter sig Regionerna bifall till ansökan. Regionerna medger bifall till ansökan avseende anbudsområde 9.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Human Care anför bl.a. följande.

Sunrise uppfyller inte samtliga obligatoriska krav

I punkt 2.8 i upphandlingens Ska-kravsdokument anges bl.a. följande beträffande ledningssystem för miljöarbete:

"Leverantör ska ha ett dokumenterat miljöledningssystem för att systematiskt och fortlöpande utveckla och säkra verksamhetens miljöarbete.
Leverantör som har ett miljöcertifierat ledningssystem, ISO 14001, eller motsvarande, ska till anbudet bifoga miljöcertifikat. [...] Leverantör som saknar miljöcertifikat ska till anbudet bifoga företagets miljöpolicy. Dokumentet ska vara fastställt och undertecknat av behörig företrädare."

I punkt 2.1 i upphandlingens Administrativa föreskrifter anges bl.a. följande:

"Anbudet ska vara skriftligt och avfattat på svenska. Bilagor till anbudet såsom broschyrer, certifikat, tillstånd och liknande dokument accepteras på engelska."

Till uppfyllande av krav 2.8 i Ska-kravsdokumentet har Sunrise bifogat ett certifikat beträffande ISO 14001:2015 för det tyska bolaget Sunrise Medical GmbH. Certifikatet avser inte Sunrise, utan ett annat bolag. Då det är leve-

rantörens — dvs. anbudsgivarens — certifikat som avses i kravet, och då anbudsgivaren Sunrise inte omfattas av det bifogade certifikatet, är certifikatet inte ett sådant miljöcertifikat som krävs enligt kravet ifråga. Då Sunrise inte heller bifogat någon sådan miljöpolicy som avses i kravet, har Sunrise inte uppfyllt krav 2.8.

Dessutom kan konstateras att certifikatet är författat på tyska. Certifikatet strider således även mot kravet i p. 2.1 i de Administrativa föreskrifterna, eftersom bilagor till anbudet (t.ex. certifikat) accepteras endast på svenska eller engelska.

Av vad som anförts ovan följer att Sunrise — genom ingivande av certifikatet — har brutit mot såväl miljökravet som språkravet. Anbudet från Sunrise skulle således rätteligen ha förkastats. Då så inte skett, har Regionerna agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 4 kap. 1 § LOU. Human Care vill här understryka att det är tillräckligt att Sunrise brutit mot antingen miljökravet eller språkravet, för att anbudet rätteligen ska förkastas.

Invacare uppfyller inte samtliga obligatoriska krav

I krav 11.2 i upphandlingens Ska-kravsdokument anges följande:

"Det ska vara möjligt att låna produkter och tillbehör för visningar och presentationer av nya produkter i samband med avtalsstart.
Ange lånetid, dock minst en månad."

Invacare har svarat enligt följande beträffande detta krav: "Enligt överenskommelse med säljaren".

Invacare har alltså inte angett någon lånetid och har på grund härav inte uppfyllt kravet.

Human Care vill här understryka att om en specifik uppgift efterfrågas beträffande hur ett obligatoriskt krav ska uppfyllas, är det inte tillräckligt att endast bekräfta att kravet uppfylls (jfr Kammarrättens i Göteborgs dom i mål nr 4064-10). I det aktuella kravet har en specifik uppgift efterfrågats, eftersom Regionerna angett: "Ange lånetid". Att vid sådant förhållande enbart ange en bekräftelse är alltså inte tillräckligt för att kravet ska vara uppfyllt.

En jämförelse kan också göras med hur övriga anbudsgivare svarat på kravet:

- Human Care: "1 månads lånetid erbjuds",
- Sunrise: "Ni kan låna produkter under en månad eller längre tid. Exakt lånetid kan avtalas då behovet uppstår, men minst en månad är helt OK",
- Eurovema: "Enl. överenskommelse men längre än en månad."

Således har samtliga övriga anbudsgivare angett en uttrycklig uppgift beträffande vilken lånetid som erbjuds. Detta bekräftar ytterligare att Invacare inte har uppfyllt kravet, eftersom Invacare inte angett någon lånetid överhuvudtaget.

Sammantaget har Invacare inte angett någon lånetid, och har på grund härav inte uppfyllt kravet ifråga. Anbudet från Invacare skulle således rätteligen ha förkastats. Då så inte skett, har Regionerna agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 4 kap. 1 § LOU.

Skada

Av upphandlingens utvärderingsprotokoll framgår att anbudet från Human Care placerats som tvåa i utvärderingen för anbudsområde 8 (efter Invacare), tvåa i utvärderingen för anbudsområde 9 (efter Sunrise) och trea i utvärderingen för anbudsområde 10 (efter Sunrise och Invacare).

Om Regionerna rätteligen hade förkastat anbudet från Sunrise och Invacare, hade Human Care kunnat antas som leverantör för anbudsområdena 8, 9 och 10 i upphandlingen. Human Care har därför lidit, eller åtminstone riskerat att lida, skada i den mening som avses i 20 kap. 6 § första stycket LOU.

Regionerna anför bl.a. följande.

Regionerna medger att anbudet från Sunrise rätteligen borde ha förkastats då det ingivna miljöcertifikatet inte avser Sunrise Medical AB utan är utfärdat för Sunrise Medical GmbH i Tyskland. Anbudet har inte heller uppfyllt kravet att anbudsbilagor ska vara på svenska eller engelska. Anbudet uppfyller således inte alla i upphandlingen ställda obligatoriska krav. Human Care har därför haft möjlighet att tilldelas kontrakt avseende anbudsområde 9.

Vad avser anbudet från Invacare AB framgår det av formuleringen av krav 11.2 att syftet med kravet är att säkerställa att låneutrustning kan tillhållas, minst 30 dagar. Invacare har i anbudet besvarat kravet med ja och angett att tiden för lån av utrustning överenskomms med säljaren. Genom att Invacare accepterat kravet har anbudsgivaren således angett att lånetiden ska vara minst 30 dagar och att längre lånetid kan överenskommas med säljaren i det enskilda fallet. De exempel som Human Care lyfter i sitt yttrande stärker detta då både Sunrise och Eurovema har svarat på liknande sätt. Att dessa i text har accepterat den lägsta lånetiden på 30 dagar ändrar inget i sak. Regionerna har således rätteligen kvalificerat Invacare och Human Care har inte lidit eller riskerat att lida skada.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska 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. (4 kap. 1 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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. (20 kap. 6 § LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Human Care menar att anbudet från Sunrise och Invacare inte uppfyller samtliga i upphandlingen ställda obligatoriska krav och därför rätteligen borde ha förkastats.

Av likabehandlingsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Högsta förvaltningsdomstolen har i avgöranden den 20 maj 2016 (HFD 2016 ref 37 I och II) också gett uttryck för ett strikt upprätthållande av uppställda obligatoriska krav. I nämnda avgöranden uttalar domstolen bl.a. följande:

”I en upphandling utgör förfrågningsunderlaget en central del av förfarandet. En förutsättning för att underlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprätthålls under hela förfarandet.

En upphandlande myndighet måste därför redan vid framställandet av förfrågningsunderlaget se till att de krav som ställs är proportionerliga i förhållande till föremålet med upphandlingen på så sätt att kraven är adekvata och relevanta och inte går utöver vad som rimligen bör krävas av den som vill lämna ett anbud.

När en upphandlande myndighet har kommit fram till att en viss uppgift eller ett visst bevis måste finnas i anbudet och därför ställt ett obligatoriskt krav ska potentiella leverantörer kunna utgå ifrån att kravet är så viktigt att den som anser sig inte kunna, eller inte vilja, uppfylla kravet avstår från att lämna ett anbud.”

I målet aktuella obligatoriska krav återges under Human Cares anförande.

Vad gäller Sunrise har till anbudet ingetts ett certifikat författat på tyska. Eftersom bilagor till anbudet (såsom certifikat m.m.), enligt det obligatoriska kravet i p. 2.1. i de Administrativa föreskrifterna, endast accepteras på svenska eller engelska har anbudet från Sunrise redan med anledning härav

inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav. Kravet måste anses relevant och är också tillräckligt tydligt utformat. Anbudet från Sunrise borde därför rätteligen ha förkastats.

Vad gäller Invacare har Krav 11.2 i upphandlingens Ska-kravsdokument besvarats enligt följande:

”Kravet uppfylls

Enligt överenskommelse med säljaren”.

Eftersom det i kravet föreskrivs att lånetid ska anges efterfrågas en specifik uppgift. Om inte någon uppgift om lånetid anges kan kravet därför inte anses vara uppfyllt. Förvaltningsrätten anser i likhet med Human Care att Invacares svar inte är jämförligt med övriga anbudsgivares eftersom Invacare inte angett någon lånetid överhuvudtaget. Det har vidare inte framkommit annat än att kravet är relevant för upphandlingen och det är också tillräckligt tydligt utformat. Anbudet från Invacare har således inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav och borde därför rätteligen ha förkastats.

På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att anbuden från Sunrise och Invacare rätteligen inte borde ha godtagits eftersom de inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Genom att ändå godta anbuden har Regionerna handlat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet och därmed även mot bestämmelserna i 4 kap. 1 § LOU.

Eftersom anbudet från Human Care placerats som tvåa i utvärderingen för anbudsområde 8 och 9 (efter Invacare respektive Sunrise) och trea i utvärderingen för anbudsområde 10 (efter Sunrise och Invacare) har bolaget beträffande dessa anbudsområden lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av konstaterade felaktigheter. Detta eftersom Human Care hade kunnat antas som leverantör för anbudsområdena 8, 9 och 10 ifall anbuden från Sunrise och Invacare rätteligen hade förkastats.

Grund för åtgärder enligt 20 kap. 6 § LOU föreligger därför. Förvaltningsrätten kan enligt nämnda bestämmelse besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Med hänsyn till att i målet aktuella felaktigheter hänför sig till prövningen av anbuden finner förvaltningsrätten det tillräckligt med rättelse på så sätt att anbudsprövningen, såvitt avser anbudsområden 8, 9 och 10, görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Lena Bergsdorf
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



Hur man överklagar

FR-05

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

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 nyårs-afton, 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.

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

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 avvisar 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.