



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 15

DOM
2013-01-21
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
23152-12

SÖKANDE

Dräger Medical Sverige AB, 556629-5100

Ombud: Jur.kand. Christoffer Stavenow och Jur.kand. Hampus Stefansson
Stavenow & Partners AB
Kungsgatan 24
111 35 Stockholm

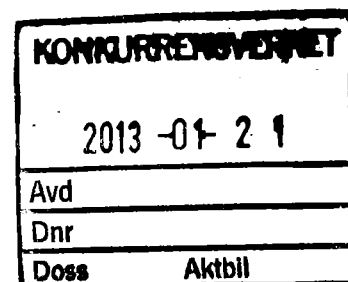
MOTPART

Danderyds Sjukhus AB, 556575-6169

Ombud: Bolagsjurist Bechir Eklund
Danderyds Sjukhus AB
182 88 Danderyd

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Danderyds Sjukhus AB:s yrkande om att Dräger Medical AB:s ansökan om överprövning ska avvisas.

Förvaltningsrätten bifaller Dräger Medical AB:s ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras vid vilken samtliga kvalificerade anbud ska beaktas.

Dok.Id 312197

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag
09:00-15:00

BAKGRUND

Danderyds sjukhus AB (DS) har, genom ett öppet förfarande, genomfört en upphandling av ramavtal avseende anestesiarbetsstationer och anesthesiapparater inom områdena Low End, High End och Övervakning för leverans till enheter inom Stockholms Läns Landstings förvaltningar, bolag, stiftelser och entreprenörer (Dnr DS2011-500). Av tilldelningsbeslut daterat den 25 oktober 2012 framgår att DS har beslutat att anta anbud från annan leverantör än Dräger Medical AB (bolaget) i delen High End.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om och att alla utrustningar och kombinationer av utrustningar ska tas med i utvärderingen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Danderyds sjukhus yrkar i första hand att bolagets ansökan om överprövning ska avvisas då den inkommit efter avtalsspärrens utgång. I andra hand yrkas att bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

Bolaget bestrider yrkandet om att dess ansökan ska avvisas.

GRUNDER OCH PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har utvecklat grunderna för sin talan genom att anföra i huvudsak följande.

Fråga om för sent inkommen ansökan om överprövning

Det finns ingen grund för avvisning av talan. Bolaget kom in med ansökan om överprövning den 6 november 2012 och den angivna avtalsspärren gick ut den 7 november 2012. En upphandlande myndighet har möjlighet att förlänga avtalsspärren i enlighet med 16 kap. 1 § LOU vilket också har skett genom DS formulering "har för avsikt att teckna avtal den 7 november-2012". Tilldelningsbeslutet kan enbart tolkas som att avtalsspärr råder under tiden fram till det angivna datumet. Ett av tilldelningsbeslutets formkrav enligt 9 kap. 9 § LOU är att det ska anges under vilken tid avtalsspärr råder. Antingen får det ses som att avtalsspärr råder till den 7 november 2012, eller så är tilldelningsbeslutet inte komplett vilket gör att tiden för avtalsspärr inte har börjat löpa.

Fråga om utvärderingen strider mot LOU

Bolaget har i upphandlingens del High End lämnat fyra alternativa anbud varav tre stycken inte har utvärderats. Den utvärderingsmodell som är aktuell i upphandlingen är "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" vilket innebär att alla anbud måste utvärderas. Genom att skönsmässigt välja ut vilka kombinationer av apparater som ska utvärderas har DS brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Genom att bolagets anbud i High End-delen avseende flera utrustningar inte utvärderades är utvärderingen inte komplett. Vidare kan det konstateras att alla anbud och anbudsansökningar inkom i rätt tid och att

ingen leverantör har blivit utesluten med anledning av att något ska-krav inte uppfyllts. DS har skaffats sig fri prövningsrätt av inkomna anbud vilket inte är förenligt med de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU, jfr Kammarrätten i Göteborgs dom med mål nr 2295-09.

Bolaget motsätter sig vidare att vinnande anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Bolaget har gjort en egen skuggvärdering som grundar sig på de uppgifter DS angett på övriga anbud. Utvärderingen visar att bolagets anbud 3, Dräger Perseus 500, skulle få ett utvärderingspris som understiger vinnande anbud. DS har inte tillräckligt med underlag i sin utvärdering för att kunna avgöra vilket anbud som är det mest fördelaktiga när flera anbud utelämnats.

I förfrågningsunderlaget är det inte angivet att provuppställning krävs för att anbud ska utvärderas. Inte heller framgår det att DS fritt kan välja bland anbuden vilken utrustning som ska utvärderas. Utvärderingen kan antingen göras med eller utan provuppställning. Utan provuppställning sker utvärdering enbart på informationen i anbuden. Antingen ska inga apparater provuppställas eller så ska alla apparater provuppställas. Förfrågningsunderlaget ska vara så tydligt utformat att anbudsgivarna har möjlighet att förstå vad som efterfrågas och på så sätt kunna lämna det bästa anbudet.

Med anledning av den ofullständiga utvärderingen har bolaget lidit, eller riskerat att lida, skada enligt 16 kap. 6 § LOU. Hade det framkommit i förfrågningsunderlaget att endast ett av bolagets anbud skulle utvärderas hade bolaget valt anbudet med lägst pris eftersom priset var en så viktig del i utvärderingen.

Danderyds sjukhus har utvecklat grunderna för sin talan genom att anföra i huvudsak följande.

Fråga om för sent inkommen ansökan om överprövning

DS meddelade tilldelningsbeslutet den 26 oktober 2012 genom elektroniskt medel. Avtalsspärren löpte därefter 10 dagar från tilldelningsbeslutet. Bolaget kom in med sin begäran om överprövning den 6 november 2012, dvs. först efter 11 dagar. Tidsfristen för överprövning är således passerad och bolagets ansökan om överprövning prekluderad. I konsekvens med detta ska bolagets ansökan om överprövning avvisas.

DS bestrider att avtalsspärren har förlängts till den 7 november 2012 genom skrivningen i tilldelningsbeslutet. Av tilldelningsbeslutet framgår endast att "Stockholms Läns Landsting har för avsikt att teckna upphandlingskontrakt med den antagne leverantören den 7 november 2012". Lokutionen "har för avsikt" kan inte anses medföra en absolut skyldighet för DS att teckna upphandlingskontrakt den angivna dagen. Skrivningen är inte heller utformad på så sätt att det klart framgår att DS avsett att bli bunden av en förlängning av avtalsspärren. DS har inte i något skede av aktuell upphandling gett uttryck för en önskan att bli bunden av en avtalsspärr som är längre än 10 dagar. Det hör inte till vanligheten att upphandlande enhet önskar bli bunden av en förlängd avtalsspärr i upphandlingar eftersom det bl.a. skulle innebära att vinnande anbudsgivare drabbas onödigt hårt. Detta talar för att en skrivning om förlängning av avtalsspärr ska vara mycket tydlig för att tillmätas någon relevans och därmed beaktas som en korrigerad ny angivelse av avtalsspärr. En restriktiv tolkning måste iakttas vid bedömningen av upphandlande enhets önskan om bundenhet och i konsekvens med detta är det orimligt att tolka nu aktuell skrivning som en förlängning av avtalsspärren. DS bestrider

även bolagets påstående om att tilldelningsbeslutet inte varit komplett och att tiden för avtalsspärr inte börjat löpa den 26 oktober 2012.

Fråga om utvärderingen strider mot LOU

Anbudsutvärderingen har skett i enlighet med de grundläggande principerna i LOU och i enlighet med vad som föreskrivs i förfrågningsunderlaget. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har rätteligen antagits. Av punkt 3.8 i förfrågningsunderlaget framgår följande av vikt för bedömningen i aktuellt mål; "Val av utrustning som provuppställs görs av beställaren". Punkt 3.8 i förfrågningsunderlaget ger stöd för uppfattningen att beställaren har rätt att välja vilka utrustningar som ska provuppställas och därmed utvärderas.

Det bestrids att det inte varit möjligt för upphandlande enhet att bedöma vilket anbud som varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet eftersom en utrustning per anbudsgivare utvärderats. Det har således varit lika förutsättningar för samtliga anbudsgivare i upphandlingen. Bolaget har inte i något skede av upphandlingen särbehandlats.

Någon intention att endast utvärdera en maskin har inte förekommit i upphandlingen. Av elva stycken inlämnade anbud från fyra anbudsgivare valde man att utvärdera tre stycken anbud i enlighet med vad som framgår av punkt 3.8 i förfrågningsunderlaget. Man har utvärderat hela anbud och inte endast delar därav. Det kan inte anses ha förelegat någon tveksamhet för anbudsgivarna kring det sätt på vilket kriterierna i förfrågningsunderlaget skulle komma att utvärderas, detta är i vart fall inte visat i målet.

Regelverket i LOU innehåller inga närmare formregler för hur en anbudsutvärdering ska gå till. Förfrågningsunderlaget har varit så pass förutsebart och väl utformat att anbudsgivarna får anses ha fått en tillräckligt god bild av vad sjukhuset avsett att lägga vikt vid. Det bestrids att man har skaffat sig fri prövningsrätt av inkomna anbud. Anbudsgivarna har haft möjlighet att förutse vad som kan komma att tillmätas betydelse vid prövningen av anbudet. Det har inte förekommit något godtycke eller några vaga formuleringar i relevanta delar av förfrågningsunderlaget.

De krav som uppställts i förfrågningsunderlaget har inte frångåtts och ingen del av upphandlingen har heller stått i strid med bestämmelserna i LOU. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit skada, eller anses komma att lida skada, genom det sätt på vilket upphandlingen genomförts. I vart fall finns det inget orsakssamband mellan de av bolaget hävdade överträdelsena av LOU och den påstådda skadan. Vinnande anbud motsvarar upphandlingens krav och LOU och dess principer har inte trätts för när. Det saknas därmed grund för att rätta eller göra om upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Fråga om för sent inkommen ansökan om överprövning

Av 16 kap. 1 § första stycket LOU följer att om en upphandlande myndighet är skyldig att skicka en underrättelse om tilldelningsbeslut enligt 9 kap. 9 § första stycket och underrättelsen har skickats med ett elektroniskt medel, får den upphandlande myndigheten inte ingå avtal (avtalsspärr) förrän tio dagar har gått från det att underrättelsen skickades. I 16 kap. 1 § tredje stycket anges att om en myndighet i underrättelsen har angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimitiden, får avtal inte ingås förrän efter utgången av den angivna perioden.

Enligt 16 kap. 11 § LOU ska en ansökan om överprövning av en upphandling ha kommit in till förvaltningsrätten före utgången av sådan avtalsspärr som avses i 16 kap. 1 §.

I målet är ostridigt att tilldelningsbeslut meddelades den 25 oktober 2012, att underrättelse om tilldelningsbeslutet skickades elektroniskt den 26 oktober 2012 och att det i tilldelningsbeslutet angavs att Stockholms Läns Landsting har för avsikt att teckna upphandlingskontrakt med den antagne leverantören den 7 november 2012. Bolagets ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten den 6 november 2012.

I enlighet med 9 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndighet i underrättelse om tilldelningsbeslut ange den period under vilken avtal enligt 16 kap. 1 § LOU inte får ingås. Ett syfte med bestämmelsen är att anbudssökanden ska underrättas om den period de faktiskt har till förfogande för att ansöka om prövning. Kammarrätten i Stockholm har i dom den 10 maj 2011 funnit att formuleringen ”avtal tecknas tidigast den...” fick anses utgöra tillräckligt tydlig information om avtalsspärrens längd (mål nr 2249-11). I det fallet angavs att avtal skulle tecknas tidigast på den elfte dagen efter det att underrättelsen om tilldelningsbeslutet skickats, och det var således inte fråga om en längre avtalsspärr än den i lagen föreskrivna minimitiden. I det här fallet angavs att avsikten var att teckna avtal först den tolfte dagen. Mot bakgrund av vad som anges i 9 kap. 9 § och 16 kap. 1 § LOU anser förvaltningsrätten dock att DS får anses ha angett en längre avtalsspärr än den föreskrivna minimifristen om tio dagar. Bolagets ansökan om överprövning har därmed kommit in i rätt tid. DS yrkande om avvisning av bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Fråga om utvärderingen strider mot LOU

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att sökanden kan visa att han lidit, eller kan komma att lida, skada på grund av att den upphandlande enheten brutit mot LOU.

Kravet på transparens och likabehandling innebär bland annat att själva upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet.

Förfrågningsunderlaget är det styrande dokumentet i en upphandling. En anbudsgivare ska genom förfrågningsunderlaget kunna få insikt i hur kvalifikationen och utvärderingen av anbud kommer att bedömas.

Emellertid medför de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och EU-rätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).


DS har i punkt 5.2 i förfrågningsunderlaget angett att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas med hänsyn till utvärderingskriterierna pris och funktion. I punkt 5.1 framgår det att "Endast anbud som uppfyller samtliga obligatoriska skallkrav kommer vidare till utvärdering". I punkt 3.7 anges det bl.a. att "Som ett led i utvärderingen kan provuppställning erfordras". Vidare anges det i punkt 3.8 bl.a. att "Provuppställning för provning och utvärdering skall på begäran kunna ske av offererade utrustningar" samt att "Val av utrustning som provuppställs görs av

Beställaren och grundas bl.a. på utrustningens lämplighet för avsett ändamål samt tillgängliga ekonomiska medel”.

Förvaltningsrättens konstaterar att det av förfrågningsunderlaget inte kan utläsas att utvärdering endast skulle komma att ske av anbud där utrustning provuppställts. Inte heller ger förfrågningsunderlaget stöd för att DS själva kan välja vilka kvalificerade anbud som ska utvärderas, utan endast vilka anbud som ska provuppställas. Förvaltningsrätten finner därför att bolaget har haft fog för sin invändning att DS, genom att inte utvärdera samtliga anbud som uppfyller alla för upphandlingen ställda krav, har agerat i strid mot reglerna i LOU och principen om likabehandling och transparens. DS har inte säkerställt att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas i upphandlingen, då samtliga kvalificerade anbud inte har utvärderats. Bolaget får anses ha visat att ovan angivna brist har medfört att bolaget lidit, eller kan komma att lida, skada. Den brist som har konstaterats kan dock inte anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, utan i stället det senare stadium i förfarandet då prövningen av leverantör och anbud ska göras. Det är därför tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att en ny utvärdering sker med beaktande av samtliga kvalificerade anbud (jfr RÅ 2005 ref. 47). Bolagets ansökan ska därför bifallas i enlighet härmed.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Karl Lundberg

Rådman

Föredragande har varit Anna Brantberger.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1A LOU