

KLAGANDE
Region Skåne
291 89 Kristianstad

MOTPART
Core Care AB, 556640-1054
Collinigatan 2
831 31 Bollnäs

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE
Länsrätten i Skåne läns dom den 27 januari 2009 i mål nr 12609-08,
se bilaga A

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver, med bifall till överklagandet, länsrättens dom
och avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Region Skåne yrkar att kammarrätten, med upphävande av länsrättens dom, avslår Core Care AB:s ansökan om överprövning. Region Skåne åberopar vad som anförts i länsrätten och tillägger följande. Av LOU framgår inte uttryckligen vad en förhandling får innefatta eller hur denna ska gå till. Den upphandlande enheten måste dock vid genomförandet av förhandlingen agera i enlighet med de gemenskapsrättsliga principerna. Länsrätten har i den nu överklagade domen inte berört frågan om Region Skånes rätt att prisförhandla och tycks närmast anse att ett inhämtande av nya prisuppgifter över huvud taget inte får ske. Region Skåne uppfattar att gällande rätt tvärtom ger tydligt stöd för prisförhandlingar. Efter anbudsöppning kunde Region Skåne konstatera av inlämnade prisbilagor att det fanns särskilt goda möjligheter att efter en prisförhandling få anbudsgivarna att avge lägre priser. Region Skånes begäran om nya prisuppgifter har således varit affärsmässigt betingad. Möjligheten att lämna in en ny prisbilaga har därtill omfattat samtliga anbudsgivare och anbudsgivarna har fått lika lång tid på sig att komma in med en reviderad prisbilaga. Om någon anbudsgivare valt att avstå från att lämna in en reviderad prisbilaga har den ursprungliga prisbilagan tagits upp till prövning, vilket också uttryckligen angetts i den utsända skrivelsen. Samtliga anbudsgivare har därmed behandlats lika och utan ovidkommande hänsyn. I skrivelsen erinrade Region Skåne anbudsgivarna om att den anbudsgivare som erbjuder lägst pris kommer att antas. Region Skånes önskan att förhandla ned priserna har därmed stått helt klar för samtliga anbudsgivare. En prisförhandling strider inte mot LOU eller gemenskapsreglerna om den kan ske utan att de grundläggande principerna om likabehandling, transparens och affärsmässighet träds för när. Region Skåne har genom att utsända en skrivelse till samtliga anbudsgivare vid samma tillfälle och med ett identiskt innehåll inte brutit mot någon av dessa principer. De förutsättningar som ursprungligen angetts i upphandlingsunderlaget har inte ändrats till följd av begäran om nya prisbilagor. Förhandling måste inte ske muntligen. Ett skriftligt förfarande får i flertalet fall anses bättre

tillgodose lagens krav på likabehandling av anbudsgivarna. Region Skåne valde att utforma skrivelsen som ett förtydligande för att inte avslöja något om avgivna anbuds innehåll. Vid tillfället rådde anbudsssekretess och ingen anbudsgivare kände i den aktuella situationen till annat än sitt eget avgivna anbud. Region Skåne kan konstatera att resultatet av att begära in nya prisbilagor också blev det önskade, då nya prisbilagor ingavs med nya och lägre anbudspriser.

Core Care AB (bolaget) anser att överklagandet ska avslås och åberopar vad bolaget anfört i länsrätten samt tillägger följande. Bolaget konstaterar att Region Skåne numera hävdar att man begärt in nya prisbilagor i avsikt att prisförhandla och inte som tidigare angivits för att förtydliga oklarheter i förfrågningsunderlaget. Den nya ståndpunkten motsägs dock av Region Skånes e-postmeddelande till anbudsgivarna. Att syftet med det begärda förtydligandet inte var att få anbudsgivarna att höja sina bud torde ha stått klart för alla anbudsgivare. Upplysningen att även bud understigande 7 miljoner kr kunde godtas var däremot värdefull information till bolagets konkurrenter om att denna nivå med stor sannolikhet underbjudits av minst en anbudsgivare. Att bolagets prisnivå inte varit ofördelaktigt hög styrks av förhållandet att Region Skåne, sedan de nya prisuppgifterna inkommit, valde att utan ytterligare kommentarer anta ett anbud som i princip var identiskt med bolagets. Region Skåne har brutit mot lagens krav på såväl affärsmässighet som likabehandling genom att röja en anbudsgivares budnivå för övriga intressenter under pågående upphandling. Region Skåne har dessutom brutit mot sina egna bedömningskriterier enligt förfrågningsunderlaget om att det anbud som erhållit högst prispoäng kommer att antas. Upphandlingsunderlagets prisnyckel har inte krävt något ytterligare förtydligande och Region Skåne borde ha gett entreprenaden till bolaget i enlighet med sina egna tilldelningskriterier.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Vid en förenklad upphandling får den upphandlande myndigheten förhandla med en eller flera anbudsgivare (2 kap. 24 § LOU). Sådana förhandlingar kan avse alla avtalsvillkor inklusive pris och mindre ändringar och anpassningar av förfrågningsunderlaget. Förhandlingarna får dock inte innebära ändringar av de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. Myndigheten får också begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning (15 kap. 12 § andra stycket LOU). Några bestämmelser som närmare reglerar när sådana förhandlingar, förtydliganden eller kompletteringar får användas eller hur myndigheten då ska förfara finns inte. Det krävs dock att den upphandlande myndigheten inte genom sitt agerande bryter mot de grundläggande upphandlingsprinciperna.

Region Skåne har till samtliga anbudsgivare i upphandlingen efter anbudstidens utgång, såsom regionen själv uttryckt det, "lämnat ett förtydligande till förfrågningsunderlaget avseende hur prisutvärderingen skulle gå till". Regionen har därvid sagt att det i förfrågningsunderlaget angivna intervallet mellan 7 och 10 miljoner kr avseende offererat totalpris inte innebar någon beloppsmässig begränsning uppåt eller nedåt. Regionen har anmodat anbudsgivarna att senast viss dag komma in med en ny prisbilaga. Detta förfarande kan inte klassificeras som en begäran om att anbuden förtydligas eller kompletteras, utan måste bedömas som en form av prispförhandling.


Förhandlingen ledde till att åtminstone någon av anbudsgivarna gav in ny prisbilaga med ett nytt och lägre anbudspris. Det får därmed anses ha funnits affärsmässiga skäl för att inleda prispförhandling. Region Skånes förfarande har skett vid samma tidpunkt till samtliga anbudsgivare och agerandet har därmed inte inneburit någon snedvridning av konkurrensen

eller något annat brott mot de grundläggande upphandlingsprinciperna.
Något ingripande mot upphandlingsförfarandet ska därför inte ske.

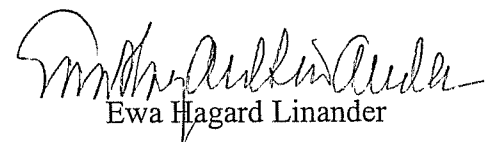
HUR MAN ÖVERKLAGAR se bilaga B (formulär 1)



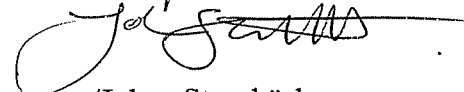
Per Ove Svensson



Ann-Marie Holmstedt
referent (skiljaktig mening, se nedan)



Ewa Hagard Linander



/Johan Stensbäck

Ann-Marie Holmstedts skiljaktiga mening:

Jag delar majoritetens uppfattning att Region Skånes tillvägagångssätt – trots att det betecknats som ett förtydligande – måste bedömas som en form av prisförhandling, eftersom en begäran om nya prisuppgifter inte kan klassificeras som en begäran om att anbudet förtydligas eller kompletteras. Den förnyade framställningen aktualiserades först sedan de inkomna anbuden – till antalet endast tre stycken – öppnats. Ett av anbudet utvisade redan då en prisnivå understigande gränsen 7 miljoner kronor, vilken Regionen genom det förnyade utskicket eftersträvade att underskrida. Ett av de två andra anbuden överskred påtagligt den gränsen. Det tredje anbudet var det som antogs av Regionen.

Upphandlingen genomfördes som en förenklad upphandling. Vid denna upphandlingsform får den upphandlande myndigheten förhandla med en eller flera anbudsgivare under förutsättning att det sker med iakttagande av de EG-rättsliga principerna och således utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Regionen har som grund för att likabehandlingsprincipen följts hänvisat till att det förnyade utskicket tillställts samt-

liga anbudsgivare. Dessa var som ovan angivits emellertid endast tre stycken, varav en redan uppfyllde önskemålet om prisnivå under 7 miljoner kronor.

Enligt min uppfattning var det förnyade utskicket inte affärsmässigt motiverat. Vid denna bedömning beaktar jag att upphandlingsunderlagets prisnyckel inte krävt något ytterligare förtydligande, att anbud under den eftersträlvade nivån redan inkommit, att Regionen inte sett sig förhindrad att slutligen acceptera ett anbud på i det närmaste motsvarande nivå samt att det totala antalet anbud varit begränsat till tre, varav endast två anbudsgivare utgjort reella konkurrenter. Det kan inte uteslutas att Regionens strävan varit att genom förfarandet erhålla ett konkurrenskraftigt anbud från just den leverantör som tilldelats upphandlingen. – Enligt min mening borde överklagandet således avslås.



LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN
Avdelning 1
Anna Aktermo

DOM
2009-01-27
Meddelad i
Malmö

Mål nr
12609-08 E

SÖKANDE

Core Care AB, 556640-1054
Collinigatan 2
821 31 Bollnäs

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

Ombud: Bengt Guldager och Benny Nilsson
Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Region Skånes upphandling avseende specialistvård inom området hjärt- och kärlsjukdomar (dnr 0801326) inte får avslutas förrän rättelse skett genom att en ny utvärdering görs varvid de nya prisbilagorna som inkommit med anledning av Region Skånes skrivelse inte beaktas.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Region Skåne genomför upphandling avseende specialistvård inom området hjärt- och kärlsjukdomar. Upphandlingen genomförs som en förenklad upphandling.

Core Care AB (bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen och yrkat i första hand att Region Skåne ogillar de nya bud som gavs efter anbudstidens utgång och erbjuder kontraktet till bolaget som hade det vinnande anbudet vid anbudstidens avslutande samt i andra hand att upphandlingen avbryts och görs om. Som grund för sin talan har bolaget i huvudsak anfört följande. Region Skåne har brutit mot LOU:s krav på affärsmässighet, likabehandling och sekretess under pågående upphandling genom att begära in nya priser av leverantörerna efter det att anbudstiden gått ut och anbuden öppnats. Region Skåne sände den 29 augusti 2008, efter avslutad anbudsgivning och anbudsöppning, ut kompletterande information till anbudsgivarna om rätten att lägga anbud under 7 miljoner kronor och över 10 miljoner kronor och gav anbudsgivarna möjlighet att utifrån denna information ändra sina priser. Eftersom det fanns tre anbudsgivare som uppfyllde kvalifikationskraven kan syftet knappast ha varit att få dem att höja sina priser. Förfarandet innebär röjande av en anbudsgivares budnivå och en upplysning om att anbudsgivarna måste ändra sina prisnivåer till under 7 miljoner kronor för att komma ifråga för uppdraget. Förfarandet innebär ett brott mot den absoluta sekretess som enligt LOU råder fram till dess tilldelningsbeslut meddelas. Instruktionen i det ursprungliga upphandlingsunderlaget var tydligt eftersom prisnyckeln visade att lägsta poäng, dvs. högst prispoäng, skulle vara utslagsgivande. En leverantör sänkte sin anbuds nivå mer än 300 000 kr under 7-miljonersstrecket och avlämnade ett bud som endast är 16 000 kr lägre än bolagets anbud.

Region Skåne har bestritt bifall till bolagets talan och anfört i huvudsak följande. Anbudstiden löpte ut den 13 augusti 2008. När samtliga inkomna anbud öppnats beslöt Region Skåne att skicka ut ett brev till samtliga anbudsgivare med innebörd att anbudsgivarna medgavs möjlighet att senast den 29 augusti 2008 inkomma med förtydligande i form av ny prisbilaga. Brevet skickades den 22 augusti 2008 ut till samtliga anbudsgivare vid samma tidpunkt och med identiskt innehåll. Förtydligandet innebar endast ett påpekande att såväl anbud som överstiger 10 miljoner kronor i totalkostnad som anbud som understiger 7 miljoner kronor är kvalificerade och kommer att tas upp till prövning vid den ekonomiska utvärderingen. Region Skåne valde att gå ut med detta förtydligande eftersom man i den utvärderingsnyckel som bifogats upphandlingsunderlaget på tre ställen särskilt angivit det beloppsmässiga intervallet 7-10 miljoner kronor. Region Skåne gjorde vid det aktuella tillfället bedömningen att det i vart fall fanns viss risk att anbudsgivarna kunnat misstolka underlaget. Av denna anledning valde Region Skåne att anmoda samtliga anbudsgivare att komma in med nya prisbilagor. En upphandlande myndighet får enligt LOU vid en s.k. förenklad upphandling såväl förhandla med en eller flera anbudsgivare som begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Det utsända förtydligandet har inte inneburit någon särbehandling av någon anbudsgivare. Bolaget har haft exakt samma förutsättningar som övriga anbudsgivare att komma in med komplettering genom en ny reviderad prisbilaga. Region Skåne vill betona att det i upphandlingen självfallet inte innan tilldelningsbeslut fattats har lämnats ut några uppgifter om anbudet.

DOMSKÄL

Av 16 kap. 1 och 2 §§ LOU framgår att länsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på

talans 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 länsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Region Skåne har efter det att anbudstiden gått ut och efter det att inkomna anbud har öppnats berett samtliga anbudsgivare möjlighet att inkomma med ny reviderad prisbilaga. Vissa anbudsgivare har gjort detta och det anbud som antagits erbjöd lägsta totalpris efter det att nya prisbilagor hade inkommit. En upphandlande myndighet får enligt 15 kap. 12 § andra stycket LOU begära att en ansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Den utvärderingsnyckel som hänvisats till i det aktuella förfrågningsunderlaget är i och för sig inte helt enkel att ta till sig. Generellt för upphandlingen anges emellertid i förfrågningsunderlaget att den anbudsgivare som erbjuder lägsta totalpris kommer att antas. Enligt länsrättens mening framstår det därvid som uteslutet att den upphandlande enheten bestämt någon beloppsgräns nedåt för godtagbara anbud. Något sådant kan inte anses förenligt med önskemålen om god hushållning och goda konkurrensvillkor. Länsrätten finner det inte ha framkommit i målet att förutsättningar enligt 15 kap 12 § andra stycket LOU för förtydliganden eller kompletteringar har förelegat. Att tillåta anbudsgivarna att inkomma med nya prisuppgifter är således inte förenligt med LOU. Core Care har lidit skada av Region Skånes förfarande. Rättelse bör därför ske på så sätt att en ny utvärdering av anbuden görs utan beaktande av de nya prisbilagorna som inkommit med anledning av Region Skånes skrivelse.

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



Jan Bratt

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.