



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2015-01-19
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26378-14

Sida 1 (8)

KONKURRENSVERKET	
2015-01-19	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

ApoEx AB, 556633-4149

Ombud: Advokat Kristian Pedersen och
Jur.kand. Ingrid Sandstedt
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Överprövning av offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ApoEx AB:s ansökan.

Dok.Id 547148

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

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför, enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU), en upphandling avseende drift av hjälpmedelsverksamhet för förbrukningshjälpmedel. SLL har i tilldelningsbeslut meddelat att man avser att sluta avtal med OneMed Sverige AB (OneMed), då bolaget uppfyllt samtliga krav samt offererat lägst utvärderingspris. Näst lägst jämförelsespris bland dem som uppfyllde kraven hade ApoEx AB (ApoEx) offererat.

ApoEx yrkar att upphandlingen ska rättas genom att OneMeds anbud förkastas och ApoEx tilldelas avtal. SLL har brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att utvärdera och anta anbudet från OneMed trots att det inte uppfyller samtliga ska-krav i upphandlingen och dessutom innehåller anbudet en otillåten reservation. ApoEx skulle, om det inte vore för SLL:s överträdelse av LOU, ha placerats på första plats i utvärderingen och därmed ha tilldelats avtalet i upphandlingen. ApoEx har således lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada och därmed föreligger skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen.

SLL bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för prövningen

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. Att utvärdera och anta

ett anbud som inte uppfyller ska-kraven strider mot likabehandlingsprincipen (jfr EU-domstolens avgörande C-243/89, Stora Bältbron).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU.

Åberopande av annans kapacitet

Enligt 11 kap. 12 § LOU får en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företaget i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras. I punkt 1.15.6 i aktuellt förfrågningsunderlag görs, i det ska-krav som gäller åberopande av annat företags kapacitet, en uttalad hänvisning till 11 kap. 12 § LOU. Aktuellt förfrågningsunderlag uppställer inget ytterligare formkrav i denna del.

För att uppfylla krav på tillgång till resurser för transporter har OneMed åberopat kapacitet hos företaget PostNord Logistics AB (PostNord). För att visa att de kommer att förfoga över åberopade resurser vid kontraktets fullgörande har OneMed till sitt anbud bifogat en handling benämnd offert.

ApoEx anför att det åtagande, i form av offerten, som OneMed gett in inte är giltigt då det inte är preciserat till det uppdrag upphandlingen avser och inte heller i tiden. Det finns inte heller någon tydlig viljeförklaring från PostNord. SLL anför att OneMed uppfyller de beviskrav som ställts i förfrågningsunderlaget. Avtalet är fortfarande i kraft och gäller tills vidare, vilket inte påverkas av att själva handlingen är från 2009.

Förvaltningsrätten konstaterar att handlingen benämnd offert som OneMed bifogat sitt anbud är undertecknad av behöriga företrädare för OneMed och PostNord den 21 augusti 2009. Det framgår att offert som undertecknas av behöriga företrädare är giltig som avtal och att avtalet gäller tillsvidare. ApoEx anför att handlingen är från 2009 och det inte finns något som visar att den fortfarande är aktuell eftersom avtalet kan sägas upp av PostNord med tre månaders uppsägningstid. Förvaltningsrätten konstaterar att det inte framkommit något som visar att avtalet fortfarande inte skulle vara giltigt. Att avtalet har ingåtts redan 2009 förändrar inte denna bedömning.

Vidare anför ApoEx att handlingen avser standardiserade transporttjänster ur PostNords generella utbud och att den inte visar att PostNord har åtagit sig att leverera det OneMed utlovat. SLL anför att avtalet avser en specifik typ av tjänst, transportuppdrag, som är direkt kopplat till upphandlingsföremålet och att det inte ställs något krav i förfrågningsunderlaget eller i LOU på sådan detaljrikedom som ApoEx hävdar. Förvaltningsrätten konstaterar att det i 11 kap. 12 § LOU inte närmare preciseras på vilket sätt leverantören ska visa att denne kommer att föfoga över nödvändiga resurser vid kontraktets fullgörande. Inte heller i förfrågningsunderlaget har SLL ställt upp något närmare krav på precisering. Det framgår av offerten att den omfattar transporttjänster. Mot bakgrund av detta och då SLL inte funnit skäl att ifrågasätta att OneMed kommer att föfoga över åberopade tjänster vid kontraktets fullgörande anser förvaltningsrätten handlingen vara tillräckligt preciserad. Förvaltningsrätten bedömer därmed den åberopade offerten, till styrkande av PostNords kapacitet, vara tillräcklig för att visa att PostNords åberopade tjänster finns till OneMeds föfogande vid kontraktets fullgörande.

Otillåtet förtydligande

SLL har tillsammans med yttrande till förvaltningsrätten lämnat in en handling från PostNord daterad den 5 november 2014 som bekräftar att PostNords kapacitet avseende transporttjänster står till OneMeds förfogande när kontraktet ska fullgöras och under hela den avtalsperiod som upphandlingen gäller.

ApoEx anför att handlingen utgör ett otillåtet förtydligande i enlighet med 9 kap. 8 § LOU och inte avhjälper bristen avseende återopande av annans kapacitet i OneMeds anbud. I förtydligandet lämnas helt nya uppgifter som inte framgår av anbudet. Utan de tillförda uppgifterna skulle OneMed inte ha uppfyllt samtliga ska-krav. SLL anför att syftet med kompletteringen var att visa att PostNords kapacitet redan vid tidpunkten för anbudsgivningen har stått och fortfarande står till förfogande för fullgörandet av kontraktet som upphandlas. Det visar också att det bindande avtalet mellan OneMed och PostNord inte har upphört.

Förvaltningsrätten konstaterar att kompletteringen upprättats den 5 november 2014, efter att tilldelningsbeslutet fattades. Mot bakgrund härav kan kompletteringen inte anses utgöra ett förtydligande med risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning i strid med 9 kap. 8 § LOU. Därtill har förvaltningsrätten redan konstaterat att kvalificeringskraven i denna del är uppfyllda genom den handling som gavs in av OneMed i samband med anbudet och som var SLL tillhanda då tilldelningsbeslutet fattades. Förvaltningsrätten finner därmed att kompletteringen måste anses ha varit avsedd att utgöra bevisning hos förvaltningsrätten för att det förhållit sig på så sätt som SLL gjort gällande. Den har därmed inte inneburit någon särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Otillåten reservation

ApoEx hävdar att OneMed i sitt anbud gjort en otillåten reservation mot kravet på att samtliga beställningar ska levereras inom fyra arbetsdagar. De anför att det i praktiken är stor skillnad mellan att utlova att samtliga leveranser ska ske i tid mot att utlova att nästan samtliga leveranser ska ske i tid, inte minst med tanke på de stora volymer som upphandlingen avser.

OneMed uppfyller därmed inte ska-kravet på att leverans av beställda hjälpmedel ska ske inom fyra dagar. SLL invänder att OneMed genom att underteckna förfrågningsunderlaget har accepterat villkoret att leveranser ska ske inom fyra dagar. Den del som ApoEx påstår utgöra en otillåten reservation är tagen ur beskrivningen i kvalitetsredogörelsen och avser snarare hur den vinnande anbudsgivaren ska arbeta utöver ställda ska-krav vilket tydligt framgår av texten. Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarna ge in beskrivningar av hur det säkerställs att leveranser ska ske inom avtalad tid. Kvalitetsredogörelsen beskriver hur OneMed ska se till att leveranser ska kunna ske inom fyra dagar i över 99 % av fallen inklusive i situationer då en leveransförsening beror på SLL eller någon annan part utanför leverantörens kontroll.

I punkt 3.3. i ”Specifik uppdragsbeskrivning och uppföljning för drift av hjälpmedelsverksamhet för förbrukningshjälpmedel” anges bl.a. att:

- föreskrivna hjälpmedel ska efter beställning levereras inom fyra arbetsdagar, i neutralt emballage hem till brukaren och om denna önskar även innanför dennes bostadsdörr.

Av punkt 1.21. i anbudsinvjudan framgår att undertecknande av anbudet innebär att samtliga ska-krav är uppfyllda och att samtliga avtalsvillkor accepteras.

Vidare anges i punkt 1.16. i anbudsinvjudan att det till anbudet ska bifogas en kvalitetsredogörelse, per underkriterium, för utvärderingskriteriet

kvalitet. I kvalitetsredogörelsen OneMed bifogat sitt anbud anges under punkt 2.2.2. att:

- Mål för OneMed utöver gällande ska-krav (måluppfyllelse på årsbasis):
- Att över 99 % av leveranserna ska ske inom fyra arbetsdagar.

Enligt förvaltningsrätten framgår det klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att leverans ska ske inom fyra arbetsdagar. Genom att ha under-tecknat ingivet anbud har OneMed intygat att de uppfyller uppställt ska-krav. Vad OneMed angett i den inlämnade kvalitetsredogörelsen innebär dock en avvikelse i förhållande till detta intygande. Frågan blir därför om denna avvikelse kan anses utgöra en otillåten reservation som innebär att ska-kravet om leverans inte kan anses uppfyllt. När det gäller förfrågningsunderlag har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att såväl förfrågningsunderlag som utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när (RÅ 2002 ref 50). Enligt förvaltningsrättens mening bör denna princip även kunna tillämpas på anbud där bristen i anbudet är så ringa att den inte kan anses innebära att de grundläggande principerna i LOU träds för när (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 24 oktober 2013 i mål nr 3192-13). Förvaltningsrätten konstaterar att den leveransfrekvens som anges i kvalitetsredogörelsen uppges vara utöver uppställda ska-krav. Med beaktande av detta anser förvaltningsrätten att den motstridighet som före-kommer i OneMeds anbud inte kan anses vara av den art och omfattning att SLL har brutit mot de grundläggande principerna i LOU genom att ta upp bolagets anbud till utvärdering. Vad ApoEx har anfört föranleder inte annan bedömning.

Sammanfattningsvis har ApoEx inte visat att SLL agerat i strid med någon av de grundläggande principerna eller någon annan tillämplig bestämmelse i LOU. Det saknas därför grund för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Ulrika Melin

Rådman

Förvaltningsrättsnotarien Emma Johansson 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 nå 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.

ApoEx AB
Box 6079
102 32 Stockholm

DELGIVNINGSKVITTO

ApoEx AB /. Stockholms läns landsting, Upphandlingsenheten
angående offentlig upphandling

Handling m.m.
DOM, 2015-01-19

Det är viktigt att Ni så fort som möjligt bekräftar att Ni tagit del av ovan nämnda handling/handlingar genom att fylla i och skicka tillbaka delgivningskvittot. Ni kan också bekräfta att ni tagit del av ovan nämnda handlingar på annat sätt, t.ex. per telefon.

.....
Datum

.....
Namnteckning

.....
Telefonnummer bostad

.....
Namnförtydligande

.....
Telefonnummer arbete

.....
Ny gatuadress

.....
Mobiltelefonnummer

.....
Ny postadress (postnr och postort)

.....
E-postadress

Delgivningskvittot kan skickas tillbaka gratis genom att använda det bifogade svarskuvertet. Om Ni inte bekräftar mottagandet kan delgivning komma att ske på annat sätt, t.ex. genom stämmingsman. För övriga upplysningar kan Ni kontakta domstolen/nämnden.



Delg nr 10193971-15265754DK