



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

Enhet 1

DOM
2018-05-30
Meddelad i Uppsala

Mål nr
6579-17 E

KONKURRENSVERKET	
2018-05-30	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Dräger Medical Sverige AB, 556629-5100

Ombud:

Advokat Christoffer Stavenow och biträdande jurist Erik Sollenberg
c/o Stavenow & Partners Advokatbyrå AB
Skeppsbron 40
111 30 Stockholm

MOTPART

Region Uppsala
Box 602
751 25 Uppsala

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen ska göras om.

Dok.Id 240198

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se
www.forvaltningsrattenuppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Uppsala (regionen) har genomfört en upphandling av patientövervakningsutrustning, dnr UPPH2017-0103. Regionen har fattat tilldelningsbeslut och antagit anbudet från Philips AB (Philips).

Dräger Medical Sverige AB (Dräger) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Till stöd för sin talan anför Dräger i huvudsak följande.

Philips anbud innehöll inte en kreditupplysning som enligt ett obligatoriskt krav skulle bifogas till anbudet vid anbudsinlämningen. Philips anbud uppfyllde därför inte samtliga obligatoriska krav vid anbudsinlämningen. Regionen har efter sista anbudsdag begärt och godtagit att Philips kompletterade sitt anbud med den kreditupplysning som krävdes för att det obligatoriska kravet skulle uppfyllas. Eftersom anbudet inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav vid anbudsinlämningen skulle regionen rätteligen ha förkastat det. Regionen har handlat i strid med likabehandlingsprincipen genom att anta Philips anbud.

Regionen har vidare begärt och godtagit att Philips kompletterade sitt anbud med den kreditupplysning som skulle inges enligt det obligatoriska kravet. Dessa åtgärder var inte förenliga med likabehandlingsprincipen. EU-domstolen har slagit fast att en begäran om förtydligande eller komplettering av ett anbud inte kan kompensera frånvaron av en handling som krävs enligt upphandlingsdokumenten eftersom det ankommer på den upphandlande myndigheten att strängt följa de kriterier som den själv fastställt (C-131/16 Archus). En komplettering får alltså inte innebära att en anbudsgivare ges möjlighet att lämna uppgifter eller handlingar som krävts enligt upphandlingsdokumenten och som inte lämnats inom en frist som fastställts för att lämna anbud. För att en komplettering ska vara tillåten måste det re-

dan finnas uppgifter i anbudet som kan förtydligas eller kompletteras. Philips tillförde nya sakuppgifter till sitt anbud genom att komplettera med den kreditupplysning som efterfrågas i ett obligatoriskt krav. Kreditupplysningen var inte en del av Philips anbud vid sista anbudsdag och var nödvändig att inge för att bolaget skulle uppfylla det obligatoriska kravet. Regionen fick därför inte godta kompletteringen.

Det har varit möjligt för leverantörerna att bifoga en kreditupplysning till sitt anbud och därigenom uppfylla det obligatoriska kravet. Detta förhållande påverkas inte av att det på grund av misstag saknats en ruta i det obligatoriska kravet. Omständigheten att en leverantör bekräftar att denne ska läsa, acceptera och uppfylla samtliga obligatoriska krav innebär inte att leverantören är befriad från att uppfylla övriga obligatoriska krav i upphandlingen, så som det obligatoriska kravet på att inge kreditupplysning. Även om Philips har bekräftat att bolaget uppfyller samtliga obligatoriska krav innebär det inte att Philips därmed uppfyller kravet på att inge den kreditupplysning som enligt ett obligatoriskt krav ska inges i anbudet.

Inget av de anbud som har inkommit uppfyller samtliga obligatoriska krav. Regionen kan därför inte tilldela någon anbudsgivare kontraktet i upphandlingen utan att handla i strid med LOU. Upphandlingen måste därför göras om.

Dräger har lidit skada genom att ha fråntagits möjligheten att på lika villkor som övriga anbudsgivare inkomma med ett nytt anbud i en ny upphandling som genomförs i enlighet med LOU.

Regionen bestrider bifall till ansökan samt yrkar i första hand att ansökan ska avvisas och i andra hand att den ska avslås. Till stöd för sin talan anför regionen i huvudsak följande.

Det har inte begåtts något fel i upphandlingen med hänsyn till LOU eller de grundläggande principerna. Dräger har vare sig lidit eller kunnat komma att lida någon skada i upphandlingen. Drägers anbud har inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav i upphandlingen, varför Drägers anbud har uteslutits ur upphandlingen.

Philips har bekräftat uppfyllelse av det obligatoriska kravet om en stabil ekonomisk bas med låg risk att komma på obestånd under kontraktstiden. Philips har bekräftat att samtliga obligatoriska krav i de administrativa föreskrifterna är uppfyllda. Av misstag har det i upphandlingsdokumentet saknats en ruta för att bekräfta det specifika skall-krav som har ställts upp under den aktuella punkten.

Det är riktigt såsom Dräger påstår att kreditupplysningen från UC inte har bifogats det ursprungliga anbudet. Regionen har dock tillåtit Philips att i efterhand, och på förfrågan från regionen, inkomma med en UC. Enligt bestämmelsen i 4 kap. 9 § LOU får en upphandlande myndighet bl.a. tillåta eller begära att en leverantör kompletterar en handling som har getts in. Såvitt framgår av utredningen har Philips i sitt anbud bekräftat att samtliga obligatoriska krav i de administrativa föreskrifterna är uppfyllda. Enligt regionens mening har därmed uppgiften om en stabil ekonomisk bas med låg risk att komma på obestånd under kontraktstiden bekräftats, och likväl uppgiften att det finns en kreditupplysning som påvisar detta och därmed stabil ekonomi. Den begärda kompletteringen av ett intyg i form av UC innebär ett ytterligare konkretiserande av en redan tidigare lämnad uppgift. Såvitt framgår av lagens förarbeten är det fullt möjligt att i efterhand komplettera med intyg som styrker en tidigare lämnad uppgift (jfr prop. 2015/16:195 s. 977). I detta fall styrker intyget i form av kreditupplysningen de tidigare lämnade uppgifterna om stabil ekonomisk bas, stabil ekonomi och bekräftelse om att en kreditupplysning finns. Det rör sig således om en

helt och hållet tillåten komplettering i enlighet med bestämmelsen i 4 kap. 9 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att enligt LOU ingripa mot regionens upphandling med anledning av de grunder Dräger anfört.

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 20 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU 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.

I upphandlingsdokumentet, punkt 2.2.4.3, anges bl.a. följande.

2.2.4.3 Leverantörens ekonomiska ställning

Leverantören ska ha en stabil ekonomisk bas med låg risk att komma på obestånd under kontraktstiden. Som bevis på detta ska leverantören bifoga en kreditupplysning från Upplysningscentralen (UC) eller motsvarande kreditupplysningsinstitut som påvisar en stabil ekonomi, vilket för UC innebär en rating på lägst 3. Intyget får inte vara äldre än tre månader räknat från datumet på denna förfrågan.

Av upphandlingsdokumentet framgår att det är ett obligatoriskt krav att anbudsgivaren ska till anbudet bifoga en kreditupplysning. Philips bifogade inte någon sådan till sitt anbud. Philips uppfyllde således inte samtliga obligatoriska krav. Efter anbudstidens utgång begärde då regionen in en kreditupplysning som förtydligande eller komplettering.

I 4 kap. 9 § första stycket LOU anges följande. En upphandlande myndighet får tillåta eller begära att en leverantör rättar en felskrivning, felräkning eller något annat fel i en handling som har getts in av leverantören. Myndigheten får också tillåta eller begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar en sådan handling. Vidare anges i bestämmelsens andra stycke att en åtgärd enligt första stycket ska vara förenlig med principerna om likabehandling och öppenhet.

I lagens förarbeten (prop. 2015/16:195 s. 446 f.) anges bl.a. följande. Av likabehandlingsprincipen följer att anbud som huvudregel inte får ändras sedan tidsfristen för anbud har löpt ut. Det torde därför stå klart att avsikten med direktivbestämmelserna inte är att tillåta materiella ändringar av lämnade anbud. De åtgärder som kan vidtas kan sammanfattas med begreppen rättelse av fel, förtydligande och komplettering. Gemensamt för dessa åtgärder är att de inte innebär att anbudet ändras i sak. Vidare framhålls i förarbetena (a. prop. s. 977) att bestämmelsen om förtydligande och komplettering bör tillämpas restriktivt.

Frågan är därmed om det faktum att Philips tillåtits att i efterhand inkomma med kreditupplysning innebär att anbudet ändrats i sak. Som följer av EU-domstolens uttalande är det inte tillåtet att i efterhand genom komplettering låta anbudsgivare lämna uppgifter och handlingar så att obligatoriska krav blir uppfyllda (jfr EU-domstolens dom i mål C- 131/16, Archus, punkt 36). Det fanns således inte utrymme för regionen att tillåta komplettering inom ramen för 4 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar därmed att Philips inte uppfyllt det obligatoriska kravet och att regionen utifrån den strikta praxisen på området (se HFD 2016 ref. 37 I och II) var förhindrad att godta anbudet. Philips senare komplettering av anbudet var inte tillåten inom ramen för 4 kap. 9 § LOU. Philips anbud borde därför ha förkastats.

I EU-domstolens avgörande C-100/12, Fastweb, hade det bolag, vars anbud förkastats, rätt att klaga på att det vinnande anbudet, som var det enda som kvarstod, godtagits trots att inte heller det uppfyllt det aktuella kravet i upphandlingen. I svensk praxis har ansetts följa av avgörandet att det bolag, vars anbud förkastats, i en sådan situation kan anses lida skada då den upphandlande myndigheten i brist på anbud skulle ha gjort om upphandlingen, varvid det sökande bolaget skulle kunnat få en ytterligare möjlighet att lägga anbud (se t.ex. Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2014, mål nr 6928-13).

Det har i målet framkommit att Philips inte uppfyllt skall-krav avseende inlämnande av bevis på kreditvärdighet. Regionen har därmed brutit mot likabehandlingsprincipen genom att förkasta Drägers anbud men godta Philips. Dräger har lidit skada genom att regionen annars hade gjort en ny förnyad konkurrensutsättning.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att regionen brutit mot likabehandlingsprincipen genom att inte förkasta Philips anbud och att Dräger till följd av detta lidit, eller riskerat att lida, skada. Ansökan om överprövning ska därför bifallas och upphandlingen ska göras om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1A LOU)

Susanna Pohl Söderman
rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Carl Martin Gölstam.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

