



SÖKANDE

Merit Medical Systems AB, 556708-4115
Brevia 1485
114 79 Stockholm

Ombud: Advokat Erik Brändt Öfverholm och jur.kand: Philip Thoren
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

MOTPART

Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2018-09-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerbottens läns landsting (landstinget) genomför en upphandling av Artärtryckset (dnr VLL 157-2018). Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Två anbud har inkommit i upphandlingen. Landstinget har beslutat att diskvalificera det anbud som lämnats av Merit Medical Systems AB och att anta det anbud som lämnats av Codan Triplus AB (Codan).

Merit Medical Systems AB (Merit Medical) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Merit Medical anför bl.a. följande.

Upphandlingen har genomförts i strid med den grundläggande principen om likabehandling i 4 kap. 1 § LOU eftersom landstinget antagit Codans anbud trots att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen. Om upphandlingen hade skett i enlighet med 4 kap 1 § LOU hade samtliga kvalificerade anbudsgivares anbud diskvalificerats och upphandlingen hade därmed fått göras om. Merit Medical hade då haft möjlighet att lämna anbud i ett nytt upphandlingsförfarande och därigenom tilldelas upphandlingskontrakt. Genom angivna brott mot LOU har Merit Medical fråntagits möjlighet att tilldelas upphandlingskontrakt. Merit Medical har på grund härav lidit, eller kan komma att lida, skada på sätt som anges i 20 kap. 4 och 6 §§ LOU.

Anbudet från Codan uppfyller inte de obligatoriska krav som framgår av punkt 2.6 *Teknisk och yrkesmässig kapacitet* i det till upphandlingsdoku-

menten hörande dokumentet Ska-krav. Av punkten framgår att leverantör ska bifoga bilaga 4 *Leverantörs erfarenhet* med efterfrågad information.

Codan har till sitt anbud bifogat bilaga 4. I bilagan ska information om tre referensuppdrag i en referensförteckning fyllas i. Codan har fyllt i viss information om tre olika referensuppdrag, men lämnat rutan med efterfrågad information om "Omfattning" tom. Codan har således inte uppfyllt det obligatoriska kravet att lämna efterfrågad information om referensuppdragens omfattning i bilaga 4. Landstinget kan därmed inte kontrollera om Codan under de tre senaste åren haft erfarenhet av att leverera artärtrycket i minst motsvarande omfattning som omfattas av Codans anbud i upphandlingen.

Landstinget har, såvitt får förstås, gjort gällande att Codan uppfyllt det obligatoriska kravet genom att kryssa "Ja" på att kraven som ställs i punkt 2.6 är uppfyllda. Landstinget menar således att den efterfrågade informationen i själva verket varit helt överflödigt att lämna. Utöver ett krav att anbudsgivarna själva ska intyga att de uppfyller kravet har landstinget emellertid även uppställt ett obligatoriskt krav enligt vilket anbudsgivarna ska bevisa att de har tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet att kunna fullgöra upphandlingskontraktet, bl.a. genom att ange referensuppdragens omfattning. Det är detta obligatoriska beviskrav som Codan inte uppfyller. Vad Landstinget i själva verket synes göra gällande är att de avvikit från beviskravet, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Vidare har Landstinget uppgett att Codan angett kontaktperson för referensuppdragen för kontroll av att omfattningen är minst i enlighet med kravet. Med andra ord menar Landstinget att kontaktpersonen kan läka bristen i anbudet genom att tillföra en helt ny uppgift om omfattningen av referensuppdragen till anbudet. Av kravet framgår dock att Landstinget kan komma att kontakta uppdragsgivare för att verifiera lämnade uppgifter och att det istället är anbudsgivaren som till anbudet ska bifoga bilaga 4 *Leverantörs*

erfarenhet med efterfrågad information, bl.a. om referensuppdragens omfattning.

Codans anbud uppfyller inte heller det obligatoriska krav som framgår av punkt 2.9 *Ledningssystem för miljöarbete* i dokumentet Ska-krav. Kravet kan uppfyllas genom att bifoga ett certifikat om certifiering i enlighet med miljöledningssystem ISO 14001 eller motsvarande eller genom att bifoga företagets miljöpolicy.

Codan har varken bifogat ett certifikat eller en miljöpolicy till sitt anbud, men däremot ett miljödiplom utfärdat av Svensk Miljöbas. Detta är inte samma sak som ett certifikat.

Som redogjorts för ovan uppfyller Codans anbud inte de obligatoriska kraven i punkt 2.6 och 2.9 i dokumentet Ska-krav. Kraven har en adekvat koppling till ändamålet med upphandlingen och kan inte i sig anses vara oproportionerliga. Landstingets åtgärd att godta Codans anbud trots att det inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i upphandlingen är därför inte förenlig med likabehandlingsprincipen i 4 kap. 1 § LOU.

Landstinget anför bl.a. följande.

Vad gäller krav 2.6 avseende teknisk och yrkesmässig kapacitet och omfattning av erfarenheten framgår av Codans anbud att de bekräftat att de uppfyller krav 2.6 genom att kryssa ”Ja” på kravet. De bekräftar därmed att de har erfarenhet i den omfattning som krävs enligt kravet. Vidare har de angett en kontaktperson för samtliga angivna referensuppdrag för kontroll av att omfattningen är minst i enlighet med krav 2.6. Det framgår således av anbudet att Codan uppfyller krav 2.6.

Vad gäller krav 2.9 avseende krav på ledningssystem för miljöarbete har Codan bifogat ett miljödiplom från Svensk Miljöbas som intygar att de har

infört ett miljöledningssystem. Den av Codan bifogade dokumentationen måste anses motsvara ett miljöcertifikat.

Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Anbudet från Codan uppfyller krav 2.6 och 2.9.

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

Av likabehandlingsprincipen följer att en upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställts i upphandlingsdokumenten. 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 nu aktuell upphandling har i upphandlingsdokumentens bilaga Ska-krav ställts bl.a. följande krav.

Krav 2.6

TEKNISK OCH YRKESMÄSSIG KAPACITET

Leverantören ska under de tre (3) senaste åren ha erfarenhet av att leverera artärtryckset i minst motsvarande omfattning som det delområde som anbudet avser.

Leverantör ska till anbudet bifoga bilaga 4 Leverantörs erfarenhet med efterfrågad information.

Landstinget kan komma att kontakta uppdragsgivare för att verifiera lämnade uppgifter

Förvaltningsrätten noterar att det i bilaga 4 efterfrågas vissa uppgifter avseende åberopade referensuppdrag, bl.a. uppdragsgivare, tidsperiod, uppdragens omfattning m.m. varför det således har varit obligatoriskt för anbudsgivarna att lämna dessa uppgifter.

Den av Codan till anbudet ingivna bilaga 4 har av Merit Medical bifogats till ansökan i förevarande mål. Av bilagan framgår att Codan inte för något av de åberopade referensuppdragen fyllt i rutan med efterfrågad information om Omfattning. Kravet i fråga är klart och tydligt utformat. Förvaltningsrätten finner inte annat än att kravet måste anses vara relevant för upphandlingen.

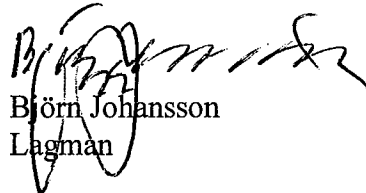
Med hänsyn till att det är fråga om avsaknad av en obligatorisk uppgift i Codans anbud kan inte förtydligande eller komplettering inom ramen för LOU ske, då det inte finns någon redan lämnad uppgift som kan konkretiseras.

Redan på grund av det ovan anförda finner förvaltningsrätten att anbudet från Codan rätteligen inte borde ha godtagits eftersom inte samtliga obligatoriska uppgifter avseende åberopade referensuppdrag lämnats. Genom att ändå godta och utvärdera anbudet har landstinget handlat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna om likabehandling och förutsebarhet och därmed även mot bestämmelserna i 4 kap. 1 § LOU. Om upphandlingen hade genomförts i enlighet med bestämmelsen ifråga skulle samtliga inkomna anbud ha diskvalificerats. Upphandlingen skulle då ha fått göras om och Merit Medical hade haft möjlighet att lämna anbud i ett nytt anbuds-förfarande och då tilldelas kontrakt. Merit Medical har således lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av den konstaterade felaktigheten.

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 omständigheterna i målet ska upphandlingen göras om.

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



Björn Johansson
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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.

Fort. 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.

