



SÖKANDE

Kungshusen Medicinska AB, 556196-0641

MOTPART

Regionen Jönköpings län

Ombud: Advokaten Björn Lind och biträdande juristen Frida Karlsson
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Regionen Jönköpings län (regionen) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande som benämns ”Diatermiutrustning och rökutsug inklusive tillhörande tillbehör” (ref: RJL 2019/1521). Genom tilldelningsbeslut har Medtronic Aktiebolag (Medtronic) antagits och Kungshusen Medicinska AB (bolaget) har ansökt om överprövning.

Upphandlingsdokumenten

Upphandlingsföremålet

Upphandlingsföremålet omfattar ramavtal för kommande leveranser av diatermiutrustning och rökutsug inklusive tillhörande tillbehör, för användning på operationsavdelningarna i regionen. Upphandlingen är uppdelad i två delar:

- Del A - Diatermiutrustning och rökutsug med tillhörande tillbehör
- Del B - Diatermiutrustning med kärlförslutningsfunktion och rökutsug med tillhörande tillbehör

Anbud kan lämnas på antingen Del A eller Del B eller båda. Avsedd avtalsperiod är 24 månader, med möjlighet till maximalt 12 månaders förlängning.

Krav

Del A – Obligatoriska krav – Funktioner: Diatermiapparaten ska kunna programmeras med minst 20 stycken användarprogram

Del B – Obligatoriska krav – Funktioner: Diatermiapparaten ska kunna programmeras med minst 20 stycken användarprogram

Del A – Obligatoriska krav – Rökutsug: Rökutsuget ska kunna evakuera rök ut ur salen via centralt utsug

Del B – Obligatoriska krav – Rökutsug: Rökutsuget ska kunna evakuera rök ut ur salen via centralt utsug

Anbudsprövningen

Anbudsgivare ska, på regionens begäran, muntligen kunna presentera sitt anbud och offererad produkt för regionen. Test av utrustning ska kunna ske genom provuppställning hos regionen. Test kommer att genomföras av två oberoende grupper vid två sjukhus inom regionen. Regionen avgör vilka offererade utrustningar som ska provuppställas. Utbildning ska ingå i samband med provuppställning och all dokumentation ska finnas tillgänglig. Om det skiljer mellan offererad utrustning och provuppställd utrustning ska detta presenteras skriftligen vid eventuell uppställning. Anbudsgivarens personal ska delta vid provuppställningen.

Information om upphandlingsdokumenten

Krav 2.5.8 och 3.5.8 punkt 2 avser att diatermiapparaten ska kunna evakuera rök ut ur salen via centralt utsug.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande.

Tre leverantörer har lämnat anbud. Av dessa har samtliga ansetts kvalificerade. Anbudet från Medtronic antogs som det kvalificerade anbudet som ansågs ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Bolagets anbud kom på andra plats vid anbudsvärderingen.

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny anbudsprövning, varvid anbudet från Medtronic ska förkastas.

Regionen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Medtronics anbud uppfyller inte samtliga krav i upphandlingsdokumenten och skulle rätteligen ha förkastats. Då så inte skett har bolaget, som kom på andra plats vid anbudsprövningens utvärderingsdel, lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening.

Det finns inget i dokumentationen från Medtronics som bekräftar att apparaterna (FT10) går att programmera i minst 20 användarprogram. Ingen information om detta kan heller fås från Medtronics hemsida eller servicemanualen för FT10. I anbudet besvaras frågan "Ange om diatermisystemet om kan konfigureras av verksamheten och spara funktioner/inställningar" med svart "Ja, upp till 60 förinställda funktioner/program finns tillgängliga och dessa ställs in tillsammans med kund efter önskemål". Denna beskrivning visar inte att man kan programmera minst 20 st användarprogram, utan att det finns upp till 60 olika förinställda funktioner/program. Dessa kan inte likställas med användarprogram. Bolaget har visserligen fått en indikation på att Medtronics "ska komma"

med en mjukvaruuppgradering som skulle ge användarprogram under Q2 2020. Detta är dock irrelevant för upphandlingen då den offererade utrustning, enligt upphandlingsdokumentens föreskrifter, ska ha den aktuella funktionen redan vid tidpunkten då anbudet lämnas.

Det framgår varken av manualen för rökutsuget RapidVac eller av bifogad lista på tillbehör att rökutsuget RapidVac kan anslutas till ett centralt rökutsug.

Regionen

Medtronics anbud uppfyller samtliga krav, även dem som bolaget nämner. Anbudsprövningen är således korrekt utförd och det saknas grund för att besluta om ett ingripande med stöd av LOU.

Att Medtronics offererade produkt uppfyller det aktuella kravet har särskilt kontrollerats under en sådan provuppställning som beskrivs och regleras i upphandlingsdokumentens föreskrifter. Medtronic har även i sitt anbud uttryckligen bekräftat att den offererade produkten uppfyller det aktuella kravet. Angående bolagets argumentation avseende innehållet i viss dokumentation från Medtronic kan konstateras att det i upphandlingsdokumenten inte uppställs något krav på att anbudsgivaren till sitt anbud ska bifoga bevis på att det aktuella kravet uppfylls. Det har inte heller funnits skäl att begära sådan bevisning från Medtronic eftersom kravuppfyllnaden kunnat bekräftas redan vid den nämnda provuppställningen. Vad gäller det av bolaget citerade stycket Medtronics anbud kan konstateras att detta avser ett svar på en helt annan fråga i upphandlingsdokumentet, som varit kopplat till utvärderingen av service och underhåll. Det finns inte heller grund för att dra sådana slutsatser som bolaget gjort av det aktuella svaret.

Till en början kan konstateras att regionen i lämnade upplysningar om upphandlingsdokumenten (publicerade frågor & svar) förtydligat att aktuella

föreskrifter innebär att är diatermiapparaten, och inte det separata rök-utsuget, som ska kunna evakuera rök ut ur salen via centralt utsug. Vidare har kravuppfyllnaden vad gäller Medtronics offererade produkt även i denna del kunnat kontrolleras och bekräftas vid den under föregående rubrik (Användningsprogram) nämnda provuppställningen hos regionen och kravuppfyllnaden har även i denna del uttryckligen bekräftats i Medtronics anbud. Slutligen gäller även i denna del att det i upphandlingsdokumenten inte uppställs något krav på att anbudsgivaren till sitt anbud ska bifoga bevis på att det aktuella kravet uppfylls. Det har inte heller funnits skäl att begära sådan bevisning från Medtronic eftersom kravuppfyllnaden kunnat bekräftas redan vid den nämnda provuppställningen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ LOU anges följande. 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. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

Enligt 20 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Mot bakgrund av den bekräftelse på kravuppfyllnad som lämnats i Medtronics anbud och vad som framkommit vid regionens provuppställning kan bolaget inte, mot regionens bestridande, anses ha förmått göra sannolikt att regionen brutit mot LOU genom att vid anbudsprövningen avvika från upphandlingsdokumentens föreskrifter. Bolaget har inte heller gjort sannolikt att regionen på annat sätt brutit mot LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga (FR-05).

Magnus Isgren

Rådmannen Magnus Isgren har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

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

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.