



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2019-11-20
Meddelad i Umeå

Mål nr
1331-19, 1360-19,
1369-19

SÖKANDE

Invacare AB, 556050-1313

MOTPARTER

1. Region Västerbotten
2. Region Jämtland Härjedalen
3. Region Norrbotten

Ombud för 2-3:
Tommy Svensson
Region Västerbotten

KONKURRENSVERKET	
2019 11 20	
Avd	Avd
Dnr	Dnr
KSnr	Aktbil

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 101549

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se www.forvaltningsratteniumea.domstol.se	090-13 75 88	måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Region Västerbotten genomför tillsammans med Region Norrbotten och Region Jämtland Härjedalen en offentlig upphandling av Gånghjälpmedel (dnr VLL 1624-2018) till angivna regioner (Regionerna). Vid upphandlingen används öppet förfarande.

Efter att Human Care HC AB begärt överprövning av upphandlingen beslutade förvaltningsrätten genom dom den 10 maj 2019 (mål nr 382-19, 399-19 och 404-19) att upphandlingen, såvitt avsåg anbudsområden 8, 9 och 10, inte fick avslutas förrän rättelse gjorts genom ny prövning av anbuden.

Regionerna beslutade därefter, såvitt är av intresse i förevarande mål, att diskvalificera anbudet från Invacare AB beträffande anbudsområden 7, 8, 10 och 11 då anbudet inte bedömts uppfylla krav 11.2.

Invacare AB (Invacare) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen, såvitt avser anbudsområde 8, 10 och 11, ska göras om.

Regionerna motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Invacare anför bl.a. följande.

Krav 11.2 i upphandlingsdokumenten uppfyller inte kraven enligt principen om transparens. Flera parter, inklusive den som ställt kravet, har tolkat det på ett helt annat sätt än vad förvaltningsrätten gjort i de tidigare överprövningsmålen (mål nr 382-19, 399-19 och 404-19).

Förvaltningsrättens tolkning är på intet sätt uppenbar, då såväl Regionerna som Invacare har tolkat kravet som att anbudsgivarna i någon form ska bekräfta att lånetiden är minst en månad och att det, om anbudsgivaren önskar,

är möjligt att erbjuda en längre låneperiod. Invacare har i sitt anbudssvar bekräftat att kravet, dvs. en lånetid om en månad, är uppfyllt och har utöver det gett ett erbjudande om att komma överens med Regionerna i enskilda fall om en längre låneperiod.

Svaren på kravet och därmed de olika anbudsgivarnas tolkning av denna fråga skiftar vilket också Regionerna anfört i yttrande den 2 april 2019 i den förra överprövningsprocessen. Fyra av anbudens svar presenteras nedan;

Human Care HC AB har svarat följande:

”Kravet uppfylls
1 månads lånetid erbjuds”

Sunrise Medical AB har svarat följande:

”Kravet uppfylls
Ni kan låna produkter under en månad eller längre tid. Exakt lånetid kan avtalas då behovet uppstår, men minst en månad är helt OK”

Eurovema Mobility AB har svarat följande:

”Kravet uppfylls
enl. överenskommelse men längre än en månad”

Invacare har svarat följande:

”Kravet uppfylls.
Enligt överenskommelse med säljaren”

Kravet är i grunden otydligt vilket kan utläsas av anbudsgivarnas skiftande svar på denna fråga. Syftet med frågeställningen och skall-kravet är att Regionerna vill försäkra sig om att aktuell utrustning ska kunna tillhandahållas för visningar och presentationer och den angivna tidslängden är lite slarvigt angivet som ”minst en månad”. En månads längd kan skifta mellan 28-31 dagar beroende på vilken månad som avses. Detta bidrar till kravets otydlighet.

Då en låneperiod kan infalla mitt i en månad och sträcka sig in i nästkommande månad är det inte heller så per definition att det är en "hel" kalendermånad som ska avges som utlåningslöfte utan det måste handla om ett visst antal dagar som Regionerna efterfrågar som ett skall-krav som ska uppfyllas. Detta är inte tydligt såsom kravet är ställt och det visar sig också i svaren då anbudsgivarna, som är vana leverantörer, vet att tiden för denna typ av visningsutrustning är skiftande och kan handla om allt från en vecka, dvs. kortare än en månad, till flera månaders tid, dvs. i båda fallen ett visst antal dagar.

Det är inte möjligt för anbudsgivarna att förstå hur de ska svara korrekt på kravet och därmed förutse hur de ska kunna bedömas på lika grunder, inte förrän efter det att en förvaltningsrätt tolkat kravet och svaren. Hur ska en leverantör kunna förstå innebörden av kravet när inte ens Regionerna, som skrivit kravet, gör det?

I och med denna otydlighet måste upphandlingen anses brista i förhållande till principen om transparens. Invacare har lidit skada på grund av detta.

Regionerna anför bl.a. följande.

Förvaltningsrätten kom i den förra överprövningsprocessen fram till att kravet ska tolkas så att en viss lånetid ska anges varför anbudet från Invacare skulle förkastas. Av domen framgår att förvaltningsrätten bedömer att kravet är tillräckligt tydligt utformat.

Begreppet månad är vedertaget. Att en kalendermånad kan ha olika längd är ett allmänt känt faktum. Vidare har inte någon anbudsgivare ifrågasatt kravets utformning eller Regionernas ordval under upphandlingsförfarandet. Invacares invändning måste därför anses vara en efterhandskonstruktion.

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

Invacare menar att krav 11.2 i upphandlingsdokumenten är otydligt utformat.

I krav 11.2 i upphandlingens Ska-kravsdokument anges följande:

"Det ska vara möjligt att låna produkter och tillbehör för visningar och presentationer av nya produkter i samband med avtalsstart.
Ange lånetid, dock minst en månad."

Utifrån den faktiska ordalydelsen kan kravet enligt förvaltningsrättens mening svårligen förstås på annat sätt än att lånetid ska anges. Kravet kan inte anses vara otydligt. Anbudsgivarnas skiftande svar på kravet ifråga kan inte väga tyngre än en entydig formulering i upphandlingsdokumenten. Inte heller den omständigheten att alla kalendermånader inte innehåller lika antal dagar medför att kravet blir otydligt.

På grund av det anförda finner förvaltningsrätten att kravets utformning måste anses vara förenlig med den gemenskapsrättsliga principen om förutsebarhet som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU. Med hänsyn härtill, och då inte heller vad som i övrigt anförts av Invacare medför att förfarandet vid

upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna, ska ansökan avslås.

Upplyningsvis kan nämnas att förvaltningsrätten denna dag beslutat att avslå Sunrise Medical AB:s ansökan om överprövning av anbudsområde 9 och 10 i samma upphandling (mål nr 1334-19, 1361-19 och 1370-19).

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Björn Johansson
Lagman



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 avisar 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.