



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

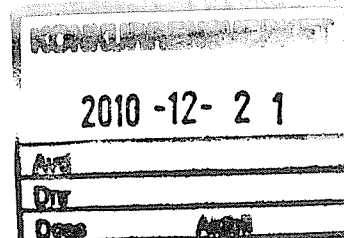
DOM
2010-12-17
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
7582-10 E, 7597-10, 7606-
10, 7613-10 och 7626-10
Enhet 1

SÖKANDE

Mediq Sverige AB, 556252-2317

Ombud: Advokat Roger Wier
Setterwalls Advokatbyrå i Göteborg AB
Box 11235
404 25 Göteborg



MOTPARTER

1. Landstinget i Uppsala län
 2. Landstinget Västmanland
 3. Landstinget Sörmland
 4. Landstinget Dalarna
 5. Örebro läns landsting
- Genom:* Varuförsörjningen
Virdings allé 26, Hus 1, Plan 3
754 50 Uppsala

ÖVERPRÖVADE UPPHANDLINGAR

Landstingen i Uppsala län, Västmanland, Sörmland, Dalarna samt Örebro län, genom Varuförsörjningen, upphandlingar av logistiktjänst från distributör, VFN 2009-0012

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Mediq Sverige AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Landstingen i Uppsala län, Västmanland, Sörmland, Dalarna samt Örebro län, genom Varuförsörjningen, upphandlingar av logistiktjänst från distributör, VFN 2009-0012, ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen ska göras om utan beaktande av OneMed Sverige AB:s anbud.

Förvaltningsrätternas i Uppsala, Dalarna och Karlstad beslut av den 15 november 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 22029

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00

E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-12:00
13:00-16:30

BAKGRUND

Landstingen i Uppsala, Västmanland, Sörmland, Dalarna samt Örebro, (landstingen) har, genom Varuförsörjningsnämnden, genomfört upphandlingar av logistiktjänst från distributör, VFN 2009-0012. I tilldelningsbeslut som publicerades den 5 november 2010 antogs OneMed Sverige AB (OneMed) som leverantör.

YRKANDEN

Mediq Sverige AB (bolaget) begär överprövning av upphandlingarna och yrkar att de ska rättas på så sätt att en ny utvärdering ska genomföras där OneMeds anbud inte ska ingå.

Landstingen bestrider bifall till yrkandet.

GRUNDER

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sitt yrkande. Upphandlingarna har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att landstingen har utvärderat OneMeds anbud trots att anbudet inte uppfyller samtliga i upphandlingarna uppställda skall-krav. En upphandlande myndighet måste upprätthålla och kontrollera uppställda skall-krav. Sådana skall-krav är minimikrav och varje anbudsgivare och dess anbud måste uppnå dessa minimikrav för att komma ifråga vid utvärderingen.

Landstingen har accepterat OneMeds anbud trots att anbudet inte uppfyller samtliga i upphandlingarna uppställda skall-krav. Landstingen har angivit följande i förfrågningsunderlaget under punkten 1.3.11.

”1.3.11 Uteslutande av deltagande i upphandlingen. Anbudsgivare kan uteslutas från deltagande i upphandlingen om han:

1. Är i konkurs eller likvidation, är under tvångsförvaltning eller är föremål för ackord eller tills vidare har inställt sina betalningar eller är underkastad näringsförbud.

2. Är föremål för ansökan om konkurs, tvångslikvidation, tvångsforvaltning, ackord eller liknande förfarande.
 3. Är dömd för brott avseende yrkesutövningen enligt lagakraftvunnen dom.
 4. Har gjort sig skyldig till allvarligt fel i yrkesutövningen och den upphandlande enheten kan visa detta.
 5. Inte har fullgjort sina åligganden avseende socialförsäkringsavgifter eller skatt i det egna landet eller i det land där upphandlingen sker.
 6. I något väsentligt hänseende utelämnat begärda upplysningar eller lämnat felaktiga upplysningar som begärts med stöd av 10 kap. 2 § LOU.
- Anbudsgivaren och underleverantörer skall lämna intyg eller annat skriftligt bevis avseende punkterna 1, 2, 3 och 5 ovan, samt intyg att lagenlig registrering fullgjorts i aktiebolags- eller handelsregister.”

Vidare har landstingen även upprättat en checklista över förutsättningar och obligatoriska krav som anbudsgivare har haft att använda, fylla i och bilagera till respektive anbud. I checklistan är bl.a. ovan nämnda punkt 1.3.11 medtagen. OneMed har i sitt anbud angivit att man kommer att använda Posten AB som underleverantör av transporttjänsterna. OneMed har inte lämnat något skriftligt intyg eller bevis avseende angiven underleverantör, vilket är ett uttryckligt skall-krav. Det är klart angivet i förfrågningsunderlaget och i checklistan att detta är fråga om obligatoriska krav. OneMed har inte uppfyllt skall-kravet och dess anbud skulle därför rätteligen ha förkastats av landstingen vid anbudsprövningen. Hade landstingen förkastat OneMeds anbud hade bolaget tilldelats upphandlingskontrakten. På grund av att landstingen i strid med 1 kap. 9 § LOU har utvärderat OneMeds anbud har bolaget lidit skada.

Landstingen anför bl.a. följande till stöd för sin inställning. Bolaget tycks göra gällande att kravet i punkten 1.3.11 i förfrågningsunderlaget ska tolkas som ett krav på att en viss typ av kvalificerat intyg ska bifogas anbudet. Något sådant krav framgår dock inte i den aktuella punkten, som endast stadgar att intyg eller annat skriftligt bevis ska lämnas in. För det fall

att landstingen hade avsett att efterfrågade uppgifter endast kunde styrkas genom inlämnande av visst kvalificerat intyg hade detta uttryckligen angetts i förfrågningsunderlaget. Principen om transparens förutsätter att samtliga krav i upphandlingarna framgår av förfrågningsunderlaget, vilket också har skett. Landstingen har således inte uppställt några dolda krav i upphandlingarna. Kravet i punkten 1.3.11 innebär endast att anbudsgivare ska intyga, skriftligen eller på annat sätt, att krav på bl.a. fullgjorda plikter vad gäller skatt och sociala avgifter uppfylls. Något krav på att, såsom bolaget gör gällande, visa att skyldighet vad gäller skatter och sociala avgifter har uppfyllts finns inte i förfrågningsunderlaget, utan det är tillräckligt att det intygas att dessa skyldigheter uppfylls. Genom att på ett flertal sidor i sitt anbud uppge att samtliga skall-krav uppfylls har OneMed uppfyllt detta krav. På samma sätt, genom liknande formulering, har bolaget ansetts uppfylla kravet trots att inte heller bolaget bifogat någon form av kvalificerat intyg för sin underleverantör.

Landstingen avför vidare. Det får antas att bolaget syftar till att det är likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU som ska ha överträtts i upphandlingarna. Då ingen av anbudsgivarna har ingett kvalificerade intyg för underleverantörer, och då båda anbuden har ansetts uppfylla kvalifikationskraven, föreligger inget brott mot likabehandlingsprincipen. Hade i stället det ena anbudet förkastats, medan det andra gått vidare till utvärdering hade landstingen brutit mot likabehandlingsprincipen. Landstingen har varken kunnat förkasta OneMeds eller bolagets anbud. Vidare innebär kravet i punkten 1.3.11 att anbudsgivare kan uteslutas från deltagande i upphandlingarna om anbudsgivaren inte har fullgjort sina skyldigheter bl.a. avseende skatt och sociala avgifter. Kravet innebär således inte att landstingen måste utesluta en leverantör som inte uppfyllt sådana skyldigheter, utan att en möjlighet finns att utesluta anbudsgivare som inte uppfyller

dessa kriterier. Kravet på intyg eller skriftligt bevis måste ses mot denna bakgrund och kan inte ges en så strikt tolkning som bolaget gör gällande. Kravet är att förstå som en efterfrågad upplysning för att landstingen lättare ska kunna bedöma om skäl finns att kontrollera om sådana omständigheter föreligger som bör medföra att viss leverantör utesluts. Det är allmänt känt att Posten AB, som är ett stort och välkänt företag, uppfyller dessa kriterier. Genom att intyga att Posten AB uppfyller dessa kriterier har OneMed uppfyllt uppställt krav. OneMed har även i bilaga 6 till anbudet angivit att man svarar för sina underleverantörer. Att landstingen inte har utnyttjat möjligheten att begära in kompletteringar avseende kvalificerat intyg från anbudsgivarna trots att ingen av dem lämnat in denna för underleverantör visar att det inte funnits något krav på att sådant kvalificerat intyg skulle bifogas anbudet. Landstingen skulle ha haft möjlighet att begära sådan komplettering för att bevisa de tidigare lämnade uppgifterna om att kravet uppfylls då ingen olikbehandling hade skett av anbudsgivarna i detta fall.

Landstingen anför vidare. Av EU-domstolens praxis framgår att tilldelningskriterier ska utformas så att de kan tolkas på samma sätt av alla rimligen informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer, se EU-domstolens dom i mål C-19/00 Siac Construction. Motsvarande torde gälla för kvalificeringskriterier. I aktuella upphandlingar har ingen av anbudsgivarna lämnat in någon form av kvalificerat intyg för underleverantörer. Samtliga anbudsgivare har således tolkat det aktuella kravet på samma sätt, nämligen så att något krav på kvalificerat intyg inte föreligger. För det fall att domstolen skulle finna att kravet skulle vara otydligt kan anföras att det framgår av rättspraxis från Regeringsrätten att även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får accepteras under förutsättning att inte de grundläggande principerna träds för när, jfr. RÅ 2002 ref. 50. I detta fall

har ingen överträdelse av de grundläggande principerna skett, varför förfrågningsunderlagets utformning under alla omständigheter måste godtas.

Landstingen avför vidare. Bolaget har hävdat att det lidit skada, då landstingen utvärderat och antagit anbud från OneMed. Eftersom OneMed uppfyllde samtliga i upphandlingarna uppställda krav, skulle en utvärdering med bortseende från OneMeds anbud stå i strid med upphandlingslagstiftningen. Landstingen har således inte ens haft laglig möjlighet att genomföra en utvärdering med bortseende från OneMeds anbud. Landstingen har även utvärderat bolagets anbud, som enligt dess resonemang skulle vara behäftat med exakt samma brist som det gör gällande beträffande OneMeds anbud. Om domstolen skulle finna att OneMeds anbud inte uppfyller det aktuella kravet och landstingen därigenom inte skulle haft rätt att utvärdera OneMeds anbud, så är landstingen på samma grund förhindrad att utvärdera även bolagets anbud. Bolagets påstående att det, för det fall att OneMeds anbud hade förkastats, skulle ha tilldelats kontrakt i upphandlingarna är således felaktigt. Den eventuella överträdelse som bolaget anser föreligga har således inte medfört att bolagets möjligheter att tilldelas kontrakt i upphandlingarna har minskat. Av ett yttrande till Länsrätten i Stockholm från Nämnden för offentlig upphandling, Dnr 2003/0311-29, framgår att en sökande kan anses lida skada om det visar sig att dennes möjligheter att erhålla kontrakt påverkats av vissa åberopade felaktigheter, se även Falk, Jan-Erik, Lagen om offentlig upphandling - en kommentar, s. 457). Bolaget kan inte anses ha lidit, eller riskerat att lida skada genom att OneMeds anbud utvärderats. Då bolaget enligt vad som nu anförts saknar tale rätt och då det saknas grund för förvaltningsrätten att förordna om att upphandlingen ska rättas.

Bolaget anför i yttrande bl.a. följande. Det krav på att anbudsgivare och underleverantörer ska lämna intyg eller annat skriftligt bevis framgår direkt av ordalydelsen av punkten 1.3.11 i förfrågningsunderlaget. Det är alltså inte fråga om ett uppställt ”dolt” skall-krav utan ett uttryckligen uppställt skall-krav som klart och tydligt framgår av förfrågningsunderlaget och checklistan. Det är uppenbart att det är fråga om att leverantörer ska bifoga till respektive anbud intyg eller annat skriftligt bevis i enlighet med skallkravet. Det ska noteras att skallkravet avseende anvisad underleverantör dessutom, enligt ordalydelsen, innebär att anbudsgivaren har att inhämta intyg eller annat skriftligt bevis från underleverantören och bifoga det till anbudet. Landstingens påstående om att samtliga anbudsgivare har tolkat förfrågningsunderlaget på samma sätt är felaktigt. Bolaget har inte anvisat någon specifik underleverantör och det har således inte haft vare sig anledning eller skyldighet enligt skallkravet att inhämta sådana intyg eller skriftliga bevis från underleverantör och bifoga dessa till anbudet.

Bolaget anför vidare. Bolaget har inte påstått att förfrågningsunderlaget anger att leverantörer som inte uppfyller de punkter som framgår av förfrågningsunderlagets punkt 1.3.11 ska uteslutas från deltagande. Det är riktigt att landstingen har en valmöjlighet att utesluta en leverantör om denne exempelvis är i konkurs och den skrivning som landstingen har valt använda är enligt 10 kap. 2 § LOU. Bolaget har inte heller anledning att ifrågasätta landstingens förklaring till varför skallkravet på att anbudsgivare ska lämna intyg eller skriftligt bevis har uppställts, dvs. i syfte att er hålla möjlighet att kontrollera aktuella leverantörer. Den omständigheten att skallkravet har uppställts i syfte att ge landstingen underlag för att kontrollera aktuella leverantörer innebär dock inte att de kan ges utrymme att tolka skallkravet på annat sätt än det är angivet i förfrågningsunderlaget, dvs. att sådana intyg eller skriftliga bevis ska lämnas. Det finns inte ut-

rymme för landstingen att i efterhand ändra eller frånfalla uppställt skallkrav, alldeles oavsett hur välkänt Posten AB är. En upphandlande myndighet har alltid att upprätthålla och kontrollera uppställda skallkrav. Sådana skallkrav är minimikrav, som varje anbudsgivare och anbud måste uppfylla för att komma i fråga vid utvärderingen. Detta är ett absolut krav vid offentlig upphandling och om en upphandlande myndighet låter anbudsgivare eller anbud kvalificera sig till utvärderingen är det fråga om direkta brott mot LOU. Praxis är entydig i denna fråga, se bl.a. Kammarrättens i Göteborg dom den 14 september 2010 i mål 1573-10. Det är ostridigt i målet att OneMed inte skriftligen har lämnat intyg eller skriftligt bevis avseende Posten AB. OneMed uppfyller således inte skallkravet och landstingen skulle rätteligen ha förkastat OneMeds anbud. Avslutningsvis ska det nämnas att Kammarrättens i Göteborg har angivit i dom den 18 december 2009 i mål 4904-09 att en upphandlande myndighet har att beakta uppgifter som har blivit kända även efter det att kvalificeringsfasen har genomförts, även för det fall bristerna blir kända först i överprövningsprocessen, vilket eventuellt är aktuellt i detta mål.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU i tillämplig lydelse stadgas att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU i tillämplig lydelse anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att

upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till huruvida landstingen, i de avseenden som bolaget påstått, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan tillämplig bestämmelse, och i sådant fall om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till hur skall-kravet i punkt 1.3.11 i förfrågningsunderlaget ska tolkas.

Bolaget har anfört att skall-kravet måste anses ha den innebörden att en leverantör är skyldig att lämna ett skriftligt intyg eller annat skriftligt bevis avseende punkterna 1, 2, 3 och 5 i punkt 1.3.11. Bolaget har vidare anfört att detta får ytterligare stöd i checklistan över förutsättningar och obligatoriska krav, där punkten 1.3.11 finns upptagen. Då OneMed inte gett in något intyg avseende sin underleverantör Posten AB skulle OneMeds anbud rätteligen ha uteslutits från utvärderingen.

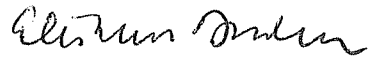
Landstingen har anfört att kravet i punkt 1.3.11 endast innebär att anbudsgivare ska intyga, skriftligen eller på annat sätt, att krav på bl.a. fullgjorda plikter vad gäller skatt och sociala avgifter uppfylls. Något krav på att visa att skyldighet vad gäller skatter och sociala avgifter uppfylls finns inte i förfrågningsunderlaget, utan det är tillräckligt att det intygas att dessa skyldigheter uppfylls. OneMed har på ett flertal sidor i sitt anbud uppgett att samtliga skall-krav uppfylls och har därmed uppfyllt kravet. Landstingen har vidare anfört att det är allmänt känt att Posten AB, som är ett stort och välkänt företag, uppfyller kriterierna i punkt 1.3.11.

I punkten 1.3.11 anges följande text: ”Anbudsgivaren och underleverantörer skall lämna intyg eller annat skriftligt bevis avseende punkterna 1, 2, 3 och 5 ovan, samt intyg att lagenlig registrering fullgjorts i aktiebolags- eller handelsregister.” Förvaltningsrätten anser att skall-kravet inte kan ges någon annan innebörd än den som bolaget gjort gällande. Därefter konstaterar förvaltningsrätten att det i målet är ostridigt att OneMed inte lämnat något skriftligt intyg avseende underleverantören Posten AB. Då så inte skett anser förvaltningsrätten att OneMeds anbud rätteligen skulle uteslutas från upphandlingarna och inte utvärderats. Vad landstingen anfört om hur stort och välkänt Posten AB är ändrar inte denna bedömning. Landstingen har således brutit mot reglerna i LOU samt den gemenskapsrättsliga principen om likabehandling.

Vad landstingen anfört gällande bolagets uppfyllande av det aktuella skallkravet kan inte beaktas då det inte ankommer på förvaltningsrätten att vid en överprövning som första instans bedöma frågan om ett anbud som de upphandlande myndigheterna låtit gå vidare till utvärdering skulle ha förkastats av dem, jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom den 20 oktober 2010 i mål nr 3764-10. Landstingens resonemang avseende huruvida bolaget inte skulle lidit någon skada kan således inte tillmätas någon betydelse. Förvaltningsrätten finner således att bolaget lidit skada eller i vart riskerat att lida skada av landstingens brott mot LOU. Slutligen finner förvaltningsrätten att denna fråga inte påverkar bolagets talerätt.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av ovanstående att upphandlingarna ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om, utan beaktande av OneMeds anbud.

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



Elisabet Andersson

rådman

Målet har handlagts av Andreas Lund



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens dom/beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten. Tala om varför Ni anser att domen/beslutet ska ändras och vilken ändring Ni vill ha. Sänd även med sådant som Ni anser ha betydelse och som Ni inte tidigare gett in.

- För att kammarrätten ska kunna ta upp Ert överklagande måste Er skrivelse ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då Ni fick del av domen/beslutet. För offentlig part räknas dock treveckorstiden från den dag dom domen/beslutet meddelades. Om sista dagen för överklagande infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att besvärshandlingen kommer in nästa vardag.
- Tala om vilken dom eller vilket beslut Ni överklagar genom att anteckna förvaltningsrättens namn och målnummer.

- Underteckna skrivelsen, gör namnförtydligande samt uppge personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Adress och telefonnummer till Er arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där Ni kan nås för delgivning. Har Ni redan tidigare lämnat dessa uppgifter i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver Ni inte uppge dem igen.
- Om Ni anlitar ombud kan ombudet i stället underteckna skrivelsen. Ombudet ska sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.
- Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av förvaltningsrättens dom/beslut.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.