



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2018-03-09
Meddelad i Växjö

Mål nr
3581-17

SÖKANDE

Nordic IVF Center Malmö AB, 556925-5267
Geijersgatan 2 B
216 18 Limhamn

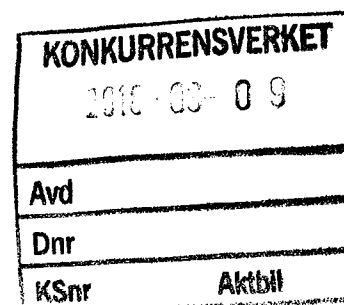
Ombud: Jur.kand. My Becher och Advokat Martin Vildhede
Setterwalls Advokatbyrå
Box 11235
404 25 Göteborg

MOTPART

Region Kronoberg
Upphandlingsenheten
351 88 Växjö

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 172400

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	0470-255 02	måndag–fredag 08:00–16:00

YRKANDEN M.M.

Region Kronoberg beslutade den 22 augusti 2017 att tilldela Fertilitetscentrum (Fertility Center Scandinavia) Aktiebolag avtal avseende IVF-behandlingar för Region Kronoberg 17RK561. Nordic IVF Center Malmö AB ansökte den 30 augusti 2017 om överprövning av tilldelningsbeslutet. Förvaltningsrätten behandlar i ett annat mål frågan om överprövning av tilldelningsbeslutet (mål nr 3316-17).

Region Kronoberg beslutade därefter den 8 september 2017 att avbryta upphandlingen. Som skäl för beslutet angavs att Regionen i samband med anbuds lämning gjorde en ändring beträffande vilka positioner som var obligatoriska att lämna pris på. En behandlingsåtgärd togs bort, vilket inte är förenligt med LOU och de gemenskrättsliga principerna. Ändringen har påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen.

Nordic IVF Center Malmö AB (i det följande Nordic IVF) ansöker om överprövning av Region Kronobergs beslut att avbryta upphandlingen och yrkar att beslutet ska upphävas. Till stöd för talan anför Nordic IVF bl.a. följande. Regionen saknar sakligt godtagbara skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Avbrytandebeslutet står därför i strid med 4 kap. 1 § LOU. Regionens brott mot LOU har medfört att Nordic IVF har lidit eller kan komma att lida skada. Det är riktigt att Regionen gjort en ändring av positionerna i prisbilagan. Det är också riktigt att ändringen inte är förenlig med LOU och de gemenskrättsliga principerna. Däremot är det felaktigt att Regionens brott mot LOU skulle vara hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet. Felet hänför sig överhuvudtaget inte till annonsens eller förfrågningsunderlagets utformning. Istället är felet uteslutande hänförligt till utvärderingen av anbudet. Regionen hade mycket väl, istället för att avbryta upphandlingen, kunnat rätta utvärderingen genom att flytta tillbaka befintlig leverantörs prisuppgifter från ”övriga prisuppgifter” i prislistan till dess ur-

sprungliga plats. Under sådana omständigheter hade Nordic IVF tilldelats kontraktet. Regionen har således saknat godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen.

Region Kronoberg motsätter sig bifall till Nordic IVF:s talan och anför bl.a. följande. Ett par dagar före sista anbudsdag kontaktades ansvarig upphandlare av Fertilitetscentrum som hade frågor kring prisbilagans utformning. I samband med telefonsamtalet informerades Fertilitetscentrum om att prisposten för Micro-TESE kunde lyftas ut och flyttas till rubriken ”icke obligatoriska prisuppgifter”, som inte heller skulle utvärderas. Ändringen av prisbilagans utformning kommunicerades aldrig med övriga anbudsgivare. Ändringen skedde alltså i anbudsskedet och inte i samband med anbudsutvärderingen. Av Fertilitetscentrums prisbilaga framgår även att företaget har ”flyttat ner” prisuppgiften för Micro-TESE efter samtal med ansvarig upphandlare. Om Fertilitetscentrum fått information om att vårdåtgärden skulle kvarstå som obligatorisk prispost, är Regionens bedömning att anbudsgivaren kan ha prissatt vårdåtgärden annorlunda än om den inte skulle utvärderas. Det faktum att anbudsgivarna vid anbudsgivning haft olika information om vilka poster i prisbilagan som varit obligatoriska, innebär att det konkurrensuppsökande skedet har påverkats. Detta går inte att rätta till i efterhand, utan upphandlingen ska rätteligen avbrytas och ny upphandling genomföras.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

I 12 kap. 20 § andra stycket LOU anges att en skriftlig underrättelse ska snarast möjligt lämnas till anbudsgivarna när myndigheten beslutar att avbryta en upphandling efter anbudsinfördan samt vid beslut att göra om en upphandling. I underrättelsen ska skälen för beslutet anges.

Ett beslut att avbryta en upphandling måste vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt (RÅ 2009 ref. 43).

EU-domstolen har fastslagit att trots det förhållandet att det inte finns några mer specifika bestämmelser om avbrytande av en upphandling är den upphandlande enheten inte desto mindre skyldig att följa de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet samt att en upphandlande myndighet inte har någon skyldighet att fullfölja en påbörjad upphandling (se mål C-92/00 HI och C-244/02 Kauppatalo Hansel). EU-domstolen har också uttalat att ett beslut att avbryta en upphandling inte är förbehållet undantagssituationer eller när det finns tungt vägande skäl (mål C-27/98 Francasso och Leitschutz). EU-domstolen har vidare angivit att sakliga skäl kan bestå i att den upphandlande myndigheten på grund av fel som den själv begått inte har möjlighet att välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (mål C-244/02 Kauppatalo Hansel). I målet Kommissionen mot Spanien uttalade EU-domstolen att förfrågningsunderlaget ska vara klart när upphandlingen påbörjas och får inte ändras därefter (mål C-278/01). Enligt svensk praxis kräver likabehandlingsprincipen att en upphandlande myndighet, som överväger att avvika från en ett obligatoriskt krav, har att kommunicera detta med alla leverantörer. Om så inte kan ske, åligger det myndigheten att antingen upprätthålla kravet sådant det angetts i förfrågningsunderlaget eller avbryta upphandlingen (HFD 2016 ref 37).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om Region Kronoberg har iakttagit grundläggande gemenskapsrättsliga principer och regler inom offentlig upphandling när myndigheten den 8 september 2017 beslutade att avbryta upphandlingen och om beslutet var sakligt grundat. Region Kronoberg har i sitt beslut angett att grunden för avbrytandet är att det i samband med anbuds lämning gjorts ändringar i förfrågningsunderlaget och att detta påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen.

I förfrågningsunderlagets prisbilaga anges att ”priser skall anges i nedanstående formulär”. Utanför detta formulär kan anges övriga uppgifter som inte

kommer att ingå i anbudsutvärderingen. I upphandlingsrapporten anges som en kommentar till de totala anbudspriserna att "... i prisbilagan ingår pos 5 provrörsbefruktning med Micro-TESE. Eftersom Micro-TESE är ett utvärderingskriterium ska denna åtgärd inte ingå i de obligatoriska åtgärderna som ingår i prislistan utan anges under rubriken 'övriga uppgifter'. Det har blivit fel vid upprättandet av prisbilagan. Med anledning av detta har Nordic IVD (sic.) Center Malmö:s anbudssumma reducerats med angivet pris för Micro-TESE. I Fertilitetscentrums prisbilaga var denna post flyttad till övriga prisuppgifter efter överenskommelse med upphandlande myndighet." Av Fertilitetscentrums prisbilaga framgår att punkt 5 Provrörsbefruktning med Micro-TESE har flyttats från rubriken "assisterad befruktning" till "övriga uppgifter" efter samtal med Region Kronoberg. Såvitt framgår har ändringen av prisbilagan inte kommunicerats med övriga anbudsgivare.

Förvaltningsrätten konstaterar att vårdåtgärden Micro-TESE visserligen anges som ett bör-krav i förfrågningsunderlaget, men att prisuppgiften i prisbilagan har upptagits som obligatorisk och som ingående i anbudsutvärderingen. Region Kronoberg har under upphandlingens gång ändrat uppgiften utan att kommunicera ändringen med samtliga anbudsgivare. Detta måste anses stå i strid med likabehandlingsprincipen. Region Kronobergs beslut att avbryta upphandlingen har således varit sakligt grundat. Nordic IVF:s ansökan om överprövning av beslutet bör därför avslås.

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

Daniel Samuelson
lagman

Föredragande: Nina Knobloch Blomqvist



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

