



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**
Föredragande
Matilda Ståhl

DOM
2019-09-06
Meddelad i Falun

Mål nr
3298–3301-19

Sida 1 (6)

SÖKANDE

nal von minden GmbH
Wassenaarseweg 5
2596 CD The Hague
Nederländerna

KONKURRENSVERKET	
20190906	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Falu kommun (mål nr 3298-19)
2. Borlänge kommun (mål nr 3299-19)
3. Hedemora kommun (mål nr 3300-19)
4. Ludvika kommun (mål nr 3301-19)

Ombud för 1–4: Gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan
771 82 Ludvika

SAKEN

Offentlig upphandling

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om överprövning.

Dok.Id 259618

Postadress Box 45 S-791 21 Falun	Besöksadress Kullen 4	Telefon 023-383 00 00 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se	Telefax 023-383 00 80	Expeditionstid måndag–fredag 08:00–12:00 13:00–16:00
---	---------------------------------	--	---------------------------------	--

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Gemensamma nämnden för upphandlingssamverkan genomför upphandling av drogtester (dnr GNU 2019/38) för kommunerna Falun, Borlänge, Hedemora och Ludvika. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU. Tilldelningsbeslut meddelades den 1 juli 2019. Till vinnare utsågs Pro Diagnostics Scandinavia AB (Pro Diagnostics).

nal von minden GmbH ansöker om överprövning avseende alla fyra kommuners upphandling och yrkar att de ska göras om, varvid Pro Diagnostics anbud inte ska utvärderas. Bolaget anför i huvudsak följande. Nämnden har brutit i flera viktiga punkter, i både upphandlingsdokumenten och den valda utvärderingsmodellen.

Nämnden anser att bolagets ansökningar om överprövning ska avslås.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på (se RÅ 2009 ref. 69). Av 20 kap. 6 § LOU följer att det förvaltningsrätten har att pröva är om det på grundval av vad bolaget anført är visat att nämnden har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

De grundläggande principerna framgår av 4 kap. 1 § LOU och innebär att upphandlande myndighet ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Val av tilldelningsgrund

Bolaget anför i huvudsak följande. Bolaget ställer sig ytterst kritiskt till att nämnden, till skillnad från likvärdiga upphandlingar utifrån produktkategori och volym, valt att frånga den gängse utvärderingsmodellen för upphandling över tröskelvärdet; bästa förhållande mellan pris och kvalitet. I 16 kap. 3 § LOU anges att när en upphandlande myndighet utvärderar ett anbud på grund av kostnad, som i detta fall, ska myndigheten bedöma anbudets effekter i fråga om kostnadseffektivitet, såsom en analys av kostnaderna under livscykeln för varan eller tjänsten. Nämnden har helt brustit i bedömningen av kvalitet och uppfyller därmed inte kravet i 16 kap. 3 § LOU. Som en direkt följd av det har nämnden tilldelat avtalet till en aktör med produkter av både sämre kvalitet och högre totalkostnad.

Nämnden anför i huvudsak följande. Av upphandlingsdokumenten framgår att nämnden valt tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris. Någon koppling mellan det som ska upphandlas och val av tilldelningsgrund finns inte i lagstiftningen. Vad som anförs angående 16 kap. 3 § LOU är inte relevant eftersom nämnden inte valt kostnad som tilldelningsgrund.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I 16 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska utvärderas utifrån någon av grunderna (1) bästa förhållande mellan pris och kvalitet, (2) kostnad och (3) pris. Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

Den upphandlande myndigheten är alltså fri att välja vilken av dessa angivna tilldelningsgrunder som ska användas. Av punkt 5.1.1. i upphandlingsföreskrifterna framgår att nämnden valt pris som tilldelningsgrund. Nämnden har inte därigenom agerat i strid med de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Det som bolaget anfört angående att nämnden agerat i strid med bestämmelserna i 16 kap. 3 § är inte relevant för bedömningen i målen eftersom nämnden inte valt kostnad som tilldelningsgrund.

Kvalificeringskrav

Bolaget anför i huvudsak följande. Bolaget vänder sig starkt emot formuleringen i 5.3 steg 3 i upphandlingsföreskrifterna, där nämnden anger att ”någon bedömning om kraven uppfylls bättre eller sämre får inte göras”. Detta strider direkt mot 16 kap. 2 § LOU som klart och tydligt anger att tilldelningskriterierna ska presenteras så att det utifrån leverantörens uppgifter går att kontrollera hur väl ett anbud uppfyller kriterierna.

Nämnden anför i huvudsak följande. Bolaget hänvisar till en lösryckt mening ur upphandlingsdokumenten. Meningen klargör att krav kopplat till kvalificeringen av anbudsgivaren inte görs enligt en skala, utan binärt. Antingen är en anbudsgivare kvalificerad eller inte.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

I punkt 5 i upphandlingsföreskrifterna anges följande.

5. Anbudsutvärdering

Kvalificeringen av anbudsgivare och utvärdering av anbud sker i skilda moment.

Steg 1: I det första steget utvärderas anbudet enligt den utvärderingsmodell som valts i utvärderingen.

Steg 2: I nästa steg av utvärderingen prövas om varan eller tjänsten uppfyller de ställda kraven.

Steg 3: I sista steget kontrolleras om ni som anbudsgivare uppfyller kvalificeringskraven. Någon bedömning om kraven uppfylls bättre eller sämre får inte göras.

Av punkten framgår hur utvärderingen av kvalificeringskraven går till. Det finns ingen grund för det som bolaget anfört om att utformningen innebär att tilldelningskriterierna presenterats i strid med 16 kap. 2 § LOU eller att nämnden inte kommer kunna kontrollera hur väl anbudet uppfyller kriterierna.

Pro Diagnostics anbud

Bolaget anför i huvudsak följande. Pro Diagnostics saknar enligt bolagets kännedom egna salivdrogtester i sitt sortiment. Bolaget utgår därför från att Pro Diagnostics har redovisat en underleverantör i anbudet. Om inte ska Pro Diagnostics diskvalificeras enligt den uteslutningsgrund som redovisas under punkt 3.2 i upphandlingsföreskrifterna om att anbudsgivare får uteslutas från att delta i upphandlingen om denne ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrیدا konkurrensen.

Nämnden anför i huvudsak följande. Bolaget saknar grund för påståendet kring vinnande anbudsgivares förhållanden. Nämnden kan bara konstatera att Pro Diagnostics har angett att inga underleverantörer kommer att användas. Enligt vedertagen praxis är underleverantörer i LOU:s bemärkelse sådana juridiska personer som är förknippade med det aktuella uppdraget. Underleverantörer som används löpande för hela verksamhetens räkning kan inte anses utgöra underleverantörer. Det är alltså möjligt att vinnande anbudsgivare använder en annan leverantör för att utföra vissa uppgifter utan att det för den sakens skull behöver anges i anbudet. Uteslutningsgrunden som bolaget åberopar är vidare fakultativ och därmed inte tvingande för nämnden att tillämpa även om det mot förmodan skulle vara så att vinnande anbudsgivare behöver ta hjälp av en underleverantör.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Av punkt 3.2 i upphandlingsföreskrifterna framgår bl.a. följande.

3.2. Frivilliga uteslutningsgrunder

En anbudsgivare får uteslutas från att delta i upphandlingen om denne:

- Ingått överenskommelser med andra leverantörer som syftar till att snedvrída konkurrensen.

Förvaltningsrätten bedömer att punkten är utformad i enlighet med 13 kap. 3 § LOU. I övrigt konstateras att bolaget inte anfört några omständigheter som visar att en sådan överenskommelse som åsyftas i den aktuella punkten ingåtts, samt att uteslutningsgrunden är fakultativ. Det är således upp till nämnden att, för det fall att en sådan överenskommelse finns, själv avgöra om anbudsgivare ska uteslutas eller inte. Bolaget har således inte anfört omständigheter som medför att anbudet från Pro Diagnostics ska uteslutas.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att bolaget inte har visat att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU. Ansökningarna om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Reb Kerstinsdotter
förvaltningsrättsfiskal



Hur man överklagar

FR-05

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

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 nyårs-afton, 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.

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

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 rätts-tillämpningen.
- 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.