



KLAGANDE

Autoklaver & Desinfektorer MediCal i Göteborg AB, 556544-0178

Ombud: Advokat Svante Hjertén
Hjertén Advokatbyrå AB

MOTPART

Falköpings kommun

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 9 maj 2023 i mål nr 770-23,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning av upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och visar målet åter till
förvaltningsrätten för ny prövning.

YRKANDEN M.M.

Autoklaver & Desinfektorer MediCal i Göteborg AB ("AD Medical") yrkar i första hand att kammarrätten ska undanröja förvaltningsrättens dom och visa målet åter till förvaltningsrätten för prövning i sak. I andra hand yrkar AD Medical att kammarrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny anbudsutvärdering ska företas, varvid anbudet från Maskinfirma Glaj AB inte beaktas.

Falköpings kommun motsätter sig ändring av förvaltningsrättens dom.

VAD PARTERNA ANFÖR

AD Medical

Förvaltningsrätten har felaktigt ansett att bolaget i yttrande den 17 mars 2023 har anfört omständigheter som skulle vara nya i den betydelse som avses i 20 kap. 5 b § lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU). Bolaget har emellertid redan i ansökan om överprövning redogjort för de omständigheter som ansökan grundas på. Bolaget har inte i yttrandet anfört någon ny grund eller omständighet för ansökan, utan endast utvecklat bolagets talan. Av förarbetena framgår att det bör finnas ett förhållandevis stort utrymme för leverantören att utveckla och förtydliga sin talan (se prop. 2021/22:120 s. 85).

Bolaget har i ansökan om överprövning anfört att "*Upphandlande enhet har tilldelat felaktigt, vilket gör att AD Medical lidit skada*". Vidare framgår av bilaga till ansökan (Upphandlingsprotokoll) att det endast var tre leverantörer som inkom med anbud. Av ytterligare bilaga (Tilldelningsmeddelande 2) framgår att den anbudsgivare som i kommunens första utvärdering tilldelats kontraktet, utesluts. Därmed återstod endast Maskinfirma Glaj AB:s och AD Medicals anbud. Om kommunen rätteligen hade förkastat

Maskinfirma Glaj AB:s anbud hade AD Medical alltså tilldelats kontraktet. Allt detta går att läsa ut av ansökan.

Därutöver kan förvaltningsrättens beslut att medge anstånd längre än preklusionsfristen ifrågasättas. Genom anståndet uppstod en otydlighet för bolaget. Anståndet måste förstås som att preklusionsfristen har förlängts.

AD Medical har i och för sig i yttrandet den 17 mars 2023 även upplyst förvaltningsrätten att kommunen låtit vinnande anbudsgivare justera sitt anbud efter sista dag för annonsering, samt anfört att det torde innebära att den upphandlingsrättsliga principen om likabehandling trätts förnär. Den grunden, eller omständigheten, kan AD Medical förstå om den anförts för sent i förhållande till 20 kap. 5 b § LOU. Förvaltningsrätten har emellertid avkunnat dom utan att ha utrett målet utifrån de uppgifter som anförts i ansökan om överprövning.

Falköpings kommun

AD Medical har i sin ansökan om överprövning påstått att bolaget lider skada, men inte förklarat varför. Av förarbetena framgår att även sådana omständigheter som åberopas till stöd för att sökanden har lidit eller riskerar att lida skada omfattas av preklusionsbestämmelsen (se prop. 2021/22:120 s. 85).

Konkreta omständigheter som förklarar på vilket sätt skaderekvisitet är uppfyllt är en första förutsättning för att kunna bifalla en ansökan om överprövning. I det aktuella fallet har konkreta omständigheter som förklarar på vilket sätt skaderekvisitet är uppfyllt inkommit först efter preklusionstidens utgång. Tidsutdräkten har inte till någon del varit hänförlig till upphandlande myndighets sida.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Allmänna utgångspunkter

I 20 kap. 5 b § LOU finns en bestämmelse om preklusion i överprövningsmål i förvaltningsrätt. Den huvudsakliga frågan i målet är om AD Medical inom preklusionsfristen har åberopat omständigheter till stöd för att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada (jfr 20 kap. 6 § LOU).

Att även omständigheter som åberopas till stöd för att sökande leverantör har lidit eller kan komma att lida skada omfattas av bestämmelsen om preklusion framgår klart av förarbetena (se prop. 2021/22:120 s. 85). Av rättspraxis framgår vidare att leverantören måste konkretisera på vilket sätt en påstådd brist har medfört att leverantören har lidit eller kunnat komma att lida skada (se bl.a. rättsfallet HFD 2013 ref. 53). När det gäller preklusionsregeln anges det också i förarbetena att det bör finnas ett förhållandevis stort utrymme för leverantören att utveckla och förtydliga sin talan, men att en komplettering inte bör beaktas när sökanden inledningsvis endast har åberopat att upphandlingen strider mot en viss regel och först senare, efter att fristen har gått ut, beskriver vad felet består i (se a. prop. s. 85).

Mot denna bakgrund anser kammarrätten att det inte är tillräckligt att inom preklusionsfristen endast ange att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, utan att det av åberopade omständigheter framgår på vilket sätt. Om sökanden i ett sådant fall först efter fristens utgång närmare konkretiserar sin skada kan det således inte anses vara fråga om utveckling av talan, utan nya omständigheter som endast får beaktas om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheterna tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det. Det

får härvid anses vara leverantörens eget ansvar att åberopa omständigheter i tid och efter preklusionsfristens utgång anföra eventuella skäl för att en åberopad ny grund ändå ska beaktas av rätten.

Bedömning av aktuellt mål

Till sin ansökan om överprövning har AD Medical bifogat en bilaga av vilken det framgår att bolaget och ytterligare två leverantörer har lämnat anbud i upphandlingen. I ansökan har bolaget beskrivit att nytt tilldelningsbeslut har fattats eftersom den produkt som den ursprungliga vinnaren offererat inte uppfyllde alla obligatoriska krav. Även det ursprungliga och nya tilldelningsbeslutet har bifogats till ansökan. Bolaget har vidare i ansökan beskrivit varför inte heller den produkt som ny tilldelad leverantör erbjudit uppfyller samtliga obligatoriska krav. AD Medical har därför krävt rättning på så sätt att vinnande leverantör ändras till bolagets favör alternativt att upphandlingen görs om. AD Medical har slutligen anført att bolaget har lidit skada genom den felaktiga tilldelningen.

Vid en sammantagen bedömning anser kammarrätten att AD Medical genom sin ansökan om överprövning får anses ha anført omständigheter hänförliga till skada inom preklusionsfristen. Förvaltningsrätten borde därmed inte ha avslagit ansökan om överprövning på den grunden att uppgifter om skada till följd av brister i upphandlingen inte kan beaktas med anledning av preklusion.

Förvaltningsrättens dom ska mot bakgrund av det anförda upphävas och målet visas åter till förvaltningsrätten för ny prövning. I vilken utsträckning de omständigheter som AD Medical åberopat efter preklusionsfristens utgång kan beaktas av rätten får därvid prövas av förvaltningsrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Tomas Kjellgren
kammarrättsråd
ordförande

Linda Svärd
kammarrättsråd
referent

Erik Hannus
kammarrättsråd

Mikaela Andersson
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**

DOM
2023-05-09
Meddelad i Jönköping

Mål nr
770-23

SÖKANDE

AD MEDICAL AB, 556544-0178

Ombud: Advokat Svante Hjertén
Hjertén Advokatbyrå AB

MOTPART

Falköpings kommun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Falköpings kommun (kommunen) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande benämnd ”Värmedesinfektorer Falköping”, dnr 22/146. Genom tilldelningsbeslut har annan leverantör än AD MEDICAL AB (Bolaget) antagits. Bolaget har ansökt om överprövning.

YRKANDEN

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så vis att en ny utvärdering ska genomföras. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Bolaget har till ansvarig upphandlare påvisat att den första tilldelningen inte gick rätt till utefter de kriterier som var uppställda i frågeformuläret. Även det andra tilldelningsbeslutet strider mot de krav som redovisats i bilaga 1 ”Krav och kriterier” samt i mailkonversation. Vinnande leverantör måste bygga om offererad utrustning för att tillmötesgå kraven.

Kommunen

De tekniska krav som vinnande anbud påstås ej uppfylla avser enbart position diskdesinfektorer (i och med att PWD 8534 har offererats inom just denna position). De tekniska krav som är relevanta i berört avseende framgår dels av det förfrågningsunderlag som annonserats initialt, dels av de justeringar av detta som kommunen gjort under annonseringstiden.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande bestämmelser

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.

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

En omständighet som den sökande leverantören åberopar till grund för sin talan senare än tre veckor från den dag då ansökan om överprövning kom in till förvaltningsrätten får enligt 20 kap. 5 b § LOU beaktas av rätten endast om leverantören gör sannolikt att den inte har kunnat åberopa omständigheten tidigare eller annars har haft giltig ursäkt att inte göra det. Bestämmelsen i 20 kap. 5 b § LOU trädde i kraft den 1 juli 2022 och tillämpas enligt punkten 2 i övergångsbestämmelserna inte på upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet (SFS 2022:778).

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska kunna besluta om ingripande mot en upphandling är att en felaktighet i upphandlingen medfört att sökanden lidit eller kan komma att lida skada. Vidare ankommer det på den part som gör gällande att en upphandling är felaktig att på ett tydligt sätt ange vilka omständigheter denne grundar sin talan på.

Förvaltningsrätten noterar att upphandlingen annonserades den 20 december 2022. Då upphandlingen därmed påbörjades efter juli 2022 är regleringen om preklusion i 20 kap. 5 b § LOU tillämplig i målet. Bolaget inkom med sin ansökan om överprövning i målet den 20 februari 2023 och har först i yttrandet som inkom till förvaltningsrätten den 17 mars 2023 dvs. efter att preklusionsfristen löpt ut, anført att bolaget lidit skada till följd av brister i upphandlingen.

Bolaget har inte framfört några grunder till varför de nya omständigheterna ska beaktas efter att denna frist passerat. Uppgifterna om att bolaget lidit skada kan därför inte beaktas i målet. Förvaltningsrätten bedömer mot den bakgrunden att det inte finns skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad bolaget anfört. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Avgörandet kan överklagas. Information om detta finns i bilaga 1 (FR-05).

Henrik Ardhede

Rådmannen Henrik Ardhede har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Nina Melander.



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 den dag domstolen meddelade beslutet.

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.

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.



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag (söndagsregeln).

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2011:1029) om om upphandling på försvars- och Säkerhetsområdet, lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna eller lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Vid beräkningen av de tio dagarna gäller söndagsregeln. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16:e eller 20:e kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter:

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.