



Högsta Förvaltningsdomstolen

HÖGSTA FÖRVALTNINGS-
DOMSTOLEN
Bered Enhet 1

INKOM: 2021-07-19
MÅLNR: 4471-21
AKTBIL: 1

Skickas per mail: kammarrattenijonkoping@dom.se

Jönköping 18 juli 2021

Överklagande

Klagande: Region Jönköpings län ("Regionen")

Ombud: advokaterna Björn Lind och Julia Svensson
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

Motparter: Nordic Med-com AB, 556610-5507, "(Medcom")

Ombud: Advokat Magnus Wiktorson och jur.kand. Linus Nilsson, Advokatfirman NORDIA
Göteborg KB

Överklagat Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 juni 2021 i mål 4083-20 avseende
avgörande: överprövning av upphandling av dialysbehandling, RJL 2019/1320, ("Upphandlingen")

Saken: offentlig upphandling

Med stöd av tidigare ingivna behörighetshandlingar yrkar och anför vi följande.

1 Yrkande

Regionen yrkar att Högsta Förvaltningsdomstolen, med ändring av Kammarrätten Jönköpings dom, avslår Medcoms yrkande.

2 Bakgrund och omständigheter

Beträffande omständigheterna i sak vidhåller Regionen allt vad som anförts i såväl Förvaltningsrätten som Kammarrätten.

Vad avser bristerna i Medcoms anbud konstaterar Regionen att både Förvaltningsrätten och Kammarrätten har slagit fast att det har varit korrekt av Regionen att förkasta Medcoms anbud, eftersom den av Medcom offererade utrustningen inte uppfyller det ställda obligatoriska kravet på att efterfrågad produkt automatiskt ska starta ett värmedesinfektionsprogram. Trots detta har Kammarrätten kommit fram till att Upphandlingen ska göras om. Det finns därmed anledning att tillägga följande.

2.1 Påstående om brister i transparens

Kammarrätten har som skäl för att Upphandlingen ska göras om hänvisat till att kraven i punkterna 2.4.2. och 2.4.4.–2.4.5 i Kravspecifikationen innehåller formuleringar som ger utrymme för tolkning i en sådan grad att kraven inte kan anses vara formulerade i enlighet med principen om transparens och öppenhet. Som Regionen har framfört i underrätterna finns det inte någon grund för en sådan bedömning. Vad Kammarrätten dessutom också helt har förbisett är att det inte finns något samband mellan de punkter som Kammarrätten ifrågasätter och det faktum att Medcom har lämnat ett ofullständigt anbud.

Kammarrätten har bekräftat att det har varit korrekt av Regionen att förkasta Medcoms anbud eftersom utrustningen inte uppfyller det ställda obligatoriska kravet på att efterfrågad produkt automatiskt ska starta ett värmedesinfektionsprogram. Detta krav har varit ett obligatoriskt krav på produkten som har framgått av punkt 2.1.9 i Kravspecifikationen och det finns ingen tvekan om att detta krav är utformat så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare har kunnat förstå den exakta innebörden av det och tolka det på samma sätt. Detta har inte heller ifrågasatts av vare sig Medcom eller Kammarrätten.

Kravet avseende automatiskt värmedesinfektionsprogram är ett konkret uppgift som inte kräver någon bedömning – antingen har produkten automatisk start av värmedesinfektionsprogram eller så har produkten inte det. Medcom har därför inte haft anledning att tolka kravet på annat sätt än att den offererade produkten ska ha det efterfrågade automatiska värmedesinfektionsprogrammet. Punkt 2.4.2 och 2.4.4 – 2.4.5, och de moment som ska bedömas under dessa punkter, har inget samband med kravet på automatiskt värmedesinfektionsprogram och de bedömningar som har gjorts under punkt 2.4.2 och 2.4.4 – 2.4.5 är inte heller på något sätt anledningen till att Medcoms anbud har förkastats.

Vad Kamarrätten därför uppenbart har förbisett är att skaderekvisitet under alla förhållanden inte är uppfyllt i den aktuella situationen. Medcom har rätteligen fått sitt anbud förkastat utan att eventuella brister i Upphandlingen har något samband med grunden för förkastandet. För att Medcom ska ha lidit eller riskerat att lida skada krävs det att Medcom skulle ha utformat sitt anbud på ett annat sätt om inte bristerna hade funnits. Det har inte ens påståtts att utformningen av punkt 2.4.2 och 2.4.4 - 2.4.5 är anledningen till att Medcoms offererade produkt inte klarar kravet på automatiskt värmedesinfektionsprogram. Ett sådant påstående hade inte heller varit trovärdigt. Det är därför uppenbart att Medcom inte hade utformat sitt anbud på annat sätt avseende värmedesinfektionsprogrammet, oavsett hur punkt 2.4.2 och 2.4.4 – 2.4.5 hade varit formulerade.

Medcoms anbud hade således inte tilldelats kontraktet oavsett om anbudet hade uppfyllt samtliga krav under punkt 2.4.2 och 2.4.4 – 2.4.5 eller ej. Medcom har därmed inte lidit sådan skada av ett eventuellt brott mot LOU som krävs för ingripande. Medcoms ansökan om överprövning borde därför avslagits även på denna grund, varför Kamarrättens dom måste upphävas och ändras i enlighet med Regionens yrkande.

3 Skälen för prövningstillstånd

Högsta Förvaltningsdomstolen har i avgörande 2013 ref 53 slagit fast att för att grund för ingripande mot upphandling ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats. Både Kamarrätten och Förvaltningsrätten har slagit fast att Medcoms anbud rätteligen har förkastats på grund av anbudet inte uppfyller kraven på produkten enligt punkt 2.1.9 i Kravspecifikationen. Kamarrätten har trots detta funnit skäl för ingripande på grund av påstående om brister i andra delar av Upphandlingen som inte har något samband med punkt 2.1.9. Medcom har inte heller påstått att det skulle vara brister i Upphandlingsdokumenten som skulle vara orsaken till att den offererade produkten inte har haft det efterfrågade automatiska värmedesinfektionsprogrammet, utan enbart argumenterat för att anledningen till bristen avseende värmedesinfektionssystem är Regionens handhavande. Inte heller Kamarrätten har redovisat att det skulle finnas något samband mellan bristen avseende värmedesinfektionsprogram i Medcoms anbud och de otydligheter som Kamarrätten anser att Upphandlingen har (i andra delar). Att Kamarrätten trots detta beslutar att Upphandlingen ska göras om utan att skaderekvisitet är uppfyllt beror därför på ett grovt förbiseende av Kamarrätten.

Därtill har Kamarrätten i Stockholm nyligen avgjort ett liknande mål om överprövning (KamR Stockholm 2021-06-30 8483-20,8485-20) där frågan var om leverantörer, som rätteligen har fått sina anbud förkastade, kan anses lida eller riskera att lida skada på grund av brister i upphandlingen som



inte har något samband med grunden för förkastandet. Kammarrätten i Stockholm konstaterade att den överprövande anbudsgivaren inte hade lyckats visa att de skulle ha utformat anbudet annorlunda om bristerna inte hade funnits och att det därför inte fanns grund för ingripande. Kammarrätten i Stockholm hänvisar också till Högsta Förvaltningsdomstolens avgörande, 2013 ref 53.

Genom det nu överklagade Kammarrättsavgörande kan därmed konstateras att två olika Kammarrätter under kort tid kommit till radikalt olika slut i samma rättsfråga. Det är högst olyckligt för rättstillämpningen, inte minst mot bakgrund av den helt avgörande betydelse som skaderekvisitet har i prövningar av mål inom offentlig upphandling. Det är därför av synnerlig vikt för rättstillämpningen att det klargörs att en anbudsgivare som rätteligen har fått sitt anbud förkastat inte kan anses lida eller riskera att lida skada på grund av brister i upphandlingen som inte har något samband med grunden för förkastandet.

Med anledning av att Kammarrätten i det nu överklagade målet också har frångått den i HFD 2013 ref 53 fastslagna principen att den anbudsgivare som begär en överprövning måste konkretisera på vilket sätt bristen har medfört att bolaget har lidit eller kunnat komma att lida skada, är det också av vikt för rättstillämpningen att Högsta Förvaltningsdomstolen klargör anbudsgivarens ansvar för att beskriva sin skada inte bara allmänt utan konkret i förhållande till den brist som medfört att anbudsgivaren inte har tilldelats kontraktet.

Sammantaget finns det därmed grund för att meddela prövningstillstånd såväl på grund av Kammarrättens grova förbiseende samt på grund av vikten för framtida ledning tillämpning av skaderekvisitet.

Jönköping som ovan

Björn Lind

Julia Svensson