

## Ref 30

**En leverantör vars anbud rätteligen har förkastats av den upphandlande myndigheten till följd av att anbudet inte har uppfyllt ett visst obligatoriskt krav, kan inte anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av brister i utformningen av andra obligatoriska krav.**

20 kap. 4 och 6 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling

Högsta förvaltningsdomstolen meddelade den 6 juli 2022 följande dom (mål nr 4471-21).

### Bakgrund

1. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunnat komma att lida skada vid en offentlig upphandling får allmän förvaltningsdomstol överpröva upphandlingen. Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon upphandlingsrättslig bestämmelse och detta har medfört att skaderekvisitet är uppfyllt ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

2. Region Jönköpings län genomför en upphandling av ett funktionsavtal för dialysbehandling genom öppet förfarande. Nordic Med-com AB:s (Medcom) anbud förkastades då bolaget inte bedömdes uppfylla samtliga obligatoriska krav och kontraktet tilldelades en annan leverantör.

3. Medcom ansökte om överprövning av upphandlingen hos Förvaltningsrätten i Jönköping. Bolaget gjorde gällande att kraven avseende användarvänlighet, funktion och hygien var utformade på ett sådant sätt att de står i strid med upphandlingsregelverket. Regionen bestred att så skulle vara fallet och anförde att Medcoms anbud – förutom att det inte uppfyllde dessa krav – inte heller uppfyllde ett av de obligatoriska kraven på dialysutrustningen, eftersom testning visat att värmedesinfektionsprogrammet inte fungerade.

4. Förvaltningsrätten avlog Medcoms ansökan om överprövning. Förvaltningsrätten ansåg att kraven avseende användarvänlighet, funktion och hygien inte stod i strid med upphandlingsregelverket och att bolagets anbud rätteligen hade förkastats eftersom varken dessa krav eller kravet på värmedesinfektion var uppfyllda.

5. Kammarrätten i Jönköping biföll Medcoms överklagande dit och beslutade att upphandlingen skulle göras om. Kammarrätten fann att det visserligen var korrekt av Region Jönköpings län att

förkasta Medcoms anbud av den anledningen att kravet på värmedesinfektion inte var uppfyllt. Enligt kammarrätten var emellertid kraven avseende användarvänlighet, funktion och hygien utformade på ett sådant sätt att de stod i strid med principen om öppenhet och detta hade medfört att Medcom hade lidit eller kunnat komma att lida skada.

#### **Yrkanden m.m.**

6. *Region Jönköpings län* yrkar att Högsta förvaltningsdomstolen, med ändring av kammarrättens dom, ska avslå Medcoms ansökan om överprövning och anför följande.

7. Kammarrätten har slagit fast att den av Medcom offererade utrustningen inte uppfyller det ställda obligatoriska kravet på värmedesinfektion. Medcom skulle således inte ha tilldelats kontraktet oavsett hur övriga krav hade varit utformade. Medcom har därför inte lidit eller riskerat att lida skada av de brister som kammarrätten anser föreligger.

8. *Nordic Med-com AB* motsätter sig ändring av kammarrättens dom och anför följande.

9. Felet i upphandlingen uppstod under det konkurrensuppsökande skedet, då Medcom ännu inte hade lämnat in något anbud. Vid den tidpunkten förelåg en risk för att Medcom skulle kunna komma att lida skada på grund av bristerna i upphandlingsdokumentet. Medcom bör inte fräntas rätten att fordra att upphandlingen görs om enbart av det skälet att bolaget i ett senare skede inte har uppfyllt ett annat obligatoriskt krav i upphandlingen. I så fall skulle en leverantör som väljer att inte lämna något anbud kunna komma i en bättre position än den leverantör som lämnar ett anbud.

#### **Skälen för avgörandet**

##### *Frågan i målet*

10. Högsta förvaltningsdomstolen har meddelat prövningstillstånd avseende prejudikatfrågan om en leverantör vars anbud har förkastats av den upphandlande myndigheten till följd av att anbudet inte har uppfyllt ett visst obligatoriskt krav, kan ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av påståenden om brister i utformningen av andra obligatoriska krav.

11. Frågan om meddelande av prövningstillstånd rörande målet i övrigt har förklarats vilande.

##### *Rättslig reglering m.m.*

12. Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ lagen (2016:1145) om offentlig upphandling ska rätten efter ansökan av en leverantör besluta att en

upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

*Högsta förvaltningsdomstolens bedömning*

13. Det är utrett i målet att det i upphandlingsdokumenten funnits ett obligatoriskt krav på att dialysutrustningen automatiskt ska kunna starta ett värmedesinfektionsprogram och att Medcoms utrustning inte uppfyllde det kravet. Det var därför riktigt att förkasta Medcoms anbud på den grunden.

14. Medcom gör gällande att det ändå finns anledning att ingripa mot upphandlingen eftersom regionen har brutit vid utformningen av andra obligatoriska krav och bolaget har lidit eller kan komma att lida skada på grund av detta.

15. Av ordalydelsen i 20 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling framgår att det måste finnas ett orsakssamband mellan den konstaterade bristen och sökandens skada eller risk för skada, för att rätten ska besluta om ingripande i upphandlingen.

16. Medcom anser att det förelåg ett sådant orsakssamband vid den tidpunkt då de av kammarrätten konstaterade bristerna förelåg och att det förhållandet att bolaget i ett senare skede inte uppfyllde ett annat obligatoriskt krav i upphandlingen saknar betydelse.

17. Om Medcom hade ansökt om överprövning redan i det konkurrensuppsökande skedet kan det inte uteslutas att bolaget vid den prövningen skulle kunna anses ha lidit eller kunna komma att lida skada på grund av de påtalade bristerna. Så skedde emellertid inte utan Medcom lämnade ett anbud. Enligt Högsta förvaltningsdomstolens mening kan det inte vid den nu aktuella prövningen bortses från omständigheter som inträffat under upphandlingens gång.

18. Medcoms anbud har rätteligen förkastats på grund av att dialysutrustningen inte uppfyllde det obligatoriska kravet på värmedesinfektion. Det har inte kommit fram något som talar för att Medcom skulle ha befunnit sig i ett bättre läge om de av kammarrätten konstaterade bristerna vid utformningen av andra obligatoriska krav inte hade förelegat. De bristerna kan därmed inte anses ha medfört att skaderekvisitet i 20 kap. 6 § lagen om offentlig upphandling är uppfyllt.

19. Prejudikatfrågan ska därmed besvaras enligt följande. En leverantör vars anbud rätteligen har förkastats av den upphandlande myndigheten till följd av att anbudet inte har uppfyllt ett visst obligatoriskt krav, kan inte anses ha lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av brister i utformningen av andra obligatoriska krav.

20. Av det anförda följer att det saknas grund för att besluta om ingripande i upphandlingen. Högsta förvaltningsdomstolen finner därför skäl att meddela prövningstillstånd i målet i övrigt, upphäva kammarrättens dom och fastställa förvaltningsrättens avgörande.

### Högsta förvaltningsdomstolens avgörande

Högsta förvaltningsdomstolen förklarar att den fråga som varit föremål för domstolens prövning ska besvaras på följande sätt. En leverantör vars anbud rätteligen har förkastats av den upphandlande myndigheten till följd av att anbudet inte har uppfyllt ett visst obligatoriskt krav, kan inte anses ha lidit eller kunna komma att lida skada till följd av brister i utformningen av andra obligatoriska krav.

Högsta förvaltningsdomstolen meddelar prövningstillstånd rörande målet i övrigt, upphäver kammarrättens dom och fastställer förvaltningsrättens avgörande.

I avgörandet deltog justitieråden *Jermsten, Knutson, Classon, Askersjö* och *Svahn Starrsjö*. Föredragande var justitiesekreteraren Sara Westerlund.

---

#### *Förvaltningsrätten i Jönköping (2020-12-03, Lagerstedt):*

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt lagen om offentlig upphandling som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

#### *Kraven i 2.4.2. och 2.4.4–2.4.6<sup>1</sup>*

För att uppfylla de krav som regionen har ställt skulle den offererade dialysutrustningen uppfylla vissa nivåer av olika aspekter av dess användarvänlighet och funktion. T.ex. hur lätt utrustningen är att handha, rengöra och utföra service på. Vilken nivå av användarvänlighet som krävts har inte varit på förhand bestämt på annat sätt än att det varit givet att en grupp försökspersoner skulle bedöma detta i olika delar efter en skala med sex poängnivåer. För att utrustningen skulle kunna antas i upphandlingen fick den vid en sådan bedömning bl.a. inte få lägre än tre poäng i medelmedianvärde på respektive fråga. Frågorna som försökspersonerna skulle besvara har varit kända för anbudsgivarna, vilket även själva bedömningsprocessen varit. Däremot har det inte funnits någon konkret bedömnings-

---

<sup>1</sup> Kraven gällde användarvänlighet, funktion, hygien samt service och förebyggande underhåll (red. anm.).

grund för respektive poängnivå. Avsaknaden av sådan bedömningsgrund medför att det är svårt för anbudsgivarna att bedöma vilken nivå av användarvänlighet som efterfrågas. Själva frågorna ger dock vägledning i sig, vilket även testprotokollet gör. Vissa av de angivna frågorna är också sådana att det kan vara svårt att sätta upp tydliga bedömningskriterier. Ett exempel på detta är kravet i 2.4.4 att utrustningen ska redovisa larmorsaker och rekommendera åtgärder på ett informativt sätt. Det rör sig alltså delvis om subjektiva och abstrakta krav som ställts upp av regionen. I praxis har getts ett utrymme för myndigheten att även tillmäta subjektiva kriterier ett värde. Förvaltningsrätten anser inte att det framkommit att upphandlingen blir mindre transparent av att sådana bedömningar görs redan vid bedömningen av kravuppfyllelsen, i stället för vid utvärderingen vilket får betraktas som mer vanligt.

Bolagets anbud brister i flera delar gällande de krav som ställts upp, bl.a. nyss nämnda krav i punkten 2.4.4. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av ovan gjorda överväganden inte att detta krav medför sådana brister i öppenheten att det inte kan godtas. Rätten anser inte heller att det som bolaget anfört om likabehandlingsprincipen och proportionalitetsprincipen medför någon annan bedömning än att det var korrekt att förkasta bolagets anbud.

#### *Kravet i 2.1.9<sup>2</sup>*

En brist i förhållande till ett uppställt krav ska beaktas oavsett när bristen upptäcks. I förevarande fall har regionen upptäckt en brist i utrustningen när regionen förvarade bolagets utrustning i väntan på transport. Regionen har då kunnat konstatera att värmedesinfektionsprogrammet inte har fungerat trots att utrustningen har varit programmerad för detta. Bolaget har gjort gällande att detta beror på handhavandefel hos regionen bestående i att regionen inte på nytt har anslutit maskinen till nätverksdrift i samband med att elen återigen kopplades på, vilket har varit orsaken till att maskinens fungerande värmedesinfektion inte utförts. Regionen anför bl.a. att de brister som har upptäckts har inträffat när utrustningen har körts på nätverksdrift och beror inte heller på ett handhavandefel hos regionen. Omständigheterna kring det upptäckta felet finns dokumenterade i en tjänsteanteckning. Förvaltningsrätten anser inte att bolaget visat att det fel regionen upptäckt beror på handhavandefel hos regionen. Då kravet således inte uppfyllts har regionen haft fog för att förkasta bolagets anbud p.g.a. bristande uppfyllelse av det aktuella kravet.

#### *Sammanfattande bedömning*

Då bolagets anbud rätteligen skulle ha förkastats p.g.a. bristande uppfyllelse av ovan nämnda krav har bolaget inte lidit skada av eventuella brister i andra krav som bolaget har påpekat. Ansökan ska därför avslås.  
– Förvaltningsrätten avslår ansökan.

#### ***Kammarrätten i Jönköping*** (2021-06-28, Davison och Rojas Bustamante):

Det är i målet ostridigt att det i upphandlingsdokumenten finns ett krav på

---

<sup>2</sup> Kravet gällde dialysutrustning (red. anm.).

att efterfrågad produkt automatiskt ska starta ett värmedesinfektionsprogram och att detta program inte startat på Medcoms utrustning när den befunnit sig i regionens lokaler. Oaktat när och anledning till att programmet inte startat, kräver principen om likabehandling att en upphandlande myndighet beaktar varje känd avvikelse från ett obligatoriskt krav (jfr Kammarrätten i Göteborgs avgörande den 18 december 2009, mål nr 4904-09). Det har därför varit korrekt av regionen att förkasta Medcoms anbud av denna anledning. Överklagandet kan därför inte vinna bifall i denna del.

Medcom har även invänt att upphandlingsdokumenten brutit i transparens/öppenhet. EU-domstolen har uttalat att kravet på öppenhet, som utgör ett utflöde av principen om likabehandling, innebär att samtliga villkor ska vara formulerade på ett klart, precist och entydigt sätt för att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare ska kunna förstå den exakta innebörden av dessa och tolka dem på samma sätt (jfr C-27/15 – *Pizzo*, punkten 36).

Kammarrätten anser att kraven i punkterna 2.4.2. och 2.4.4.–2.4.5 genomgående innehåller formuleringar som ger utrymme för tolkning i en sådan grad att de inte kan anses vara formulerade i enlighet med vad EU-domstolen uttalade i *Pizzo*. Detta bl.a. genom användandet av flertalet adjektiv såsom ”enkelt”, ”lätt”, ”snabb”, ”responsiv” och ”svåråtkomlig”. Begreppen ges inte någon närmare förklaring i upphandlingsdokumenten. Att anbudsgivarna haft tillgång till testprotokollen eller på förhand fått information om vilka poäng som krävts för att gå vidare föranleder inte någon annan bedömning.

Kammarrätten anser vid dessa förhållanden att upphandlande myndighet har brutit mot principen om öppenhet och att detta har medfört att Medcom har lidit eller kan komma att lida skada. Grund för ingripande med stöd av LOU finns därmed. Eftersom bristen hänförs till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

– Kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.