



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2016-02-02
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
13305-15

SÖKANDE

Mediq Sverige AB, 556252-2317
Box 10302
434 24 Kungsbacka

Ombud: Advokat Roger Wier
Advokatfirman Morris AB
Vallgatan 30
411 16 Göteborg

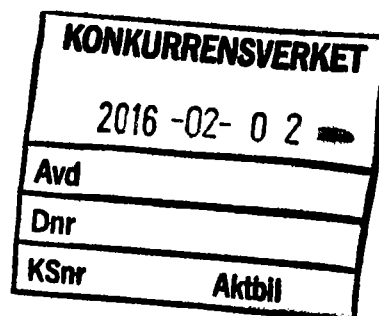
MOTPART

Västra Götalandsregionen, Regionens Hus
462 80 Vänersborg

Ombud: Johanna Svensson
Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

Överprövning av upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 387560

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197 400 15 Göteborg	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se	031 - 711 78 59	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Västra Götalandsregionen (Regionen) genomför en upphandling av medicinska undersökningshandskar och hållare, dnr RS 1188-2015. Upphandlingen syftar till ramavtal. Tilldelningsbeslut daterat den 9 december 2015 ersätter tidigare tilldelningsbeslut gällande produktgrupp fyra och fem. Av tilldelningsbeslutet framgår att samtliga anbudsgivare kvalificerade sig vidare för utvärdering. Efter utvärdering uteslöts alla anbudsgivare förutom OneMed Sverige AB och det föreslogs att avtal ska tecknas med det bolaget avseende produktgrupp fyra och fem.

Mediq Sverige AB (Mediq) är ett av de bolag som uteslutits och ansöker nu om överprövning. Mediq yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas och i andra hand att den ska göras om. Rättelse ska ske genom en ny kvalificering och utvärdering där Mediqs anbud ska erhålla poäng i utvärderingen avseende att offererade handskar uppfyller kvalitetsnivå AQL 1,0.

Regionen anser att Mediqs ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Mediq

Det som har varit fråga i upphandlingen är om Mediq har offererat produkter i produktgrupp fyra och fem som uppfyller 60 procent av uppställda börkriterium. Mer specifikt handlar frågan om de av Mediq offererade handskarna har en kvalitetsnivå som motsvarar AQL 1,0 eller lägre.

AQL är ett kvalitetsmått som är en förkortning av Acceptable Quality Level. Kvalitetsmättet anger hur många otäta handskar som accepteras i ett parti. Detta ligger inom ramen för en standard som heter EN 455 och kravet är

ställt till AQL 1,5 för att medicinska handskar ska vara godkända och uppnå CE-märkning. Utöver detta har vissa informella standards arbetats fram över tid. Exempelvis gäller AQL 1,5 som officiell standard för operationshandskar för att klara godkänd nivå men informellt krävs i Sverige AQL 0,65-1,0 beroende på köpare. Regionen har som informell standard vad gäller operationshandskar AQL 1,0. På samma sätt har en informell standard arbetats fram avseende de handskar som är aktuella i upphandlingen och Regionen har ställt denna till AQL 1,0 eller lägre.

Mediq har offererat handskar och lämnat in varuprover på handskar med en kvalitet som uppfyller bör-kravet och som uppnår nivån AQL 1,0. Uppgifterna i anbudet och produktdokumentationen överensstämmer med de lämnade varuprovorna.

Det har även varit ett krav att anbudsgivarna ska lämna varuprover på offererade produkter i originalförpackning vilket Mediq har gjort. De lådor som handskarna transporteras i har en märkning som bl.a. anger AQL 1,5, ovan nämnda standard EN 455 och ISO. Regionen påstår att det innebär att Mediq inte uppfyller uppställt bör-krav och därför inte uppfyller 60 procent av uppställda bör-kriterium avseende produktgrupperna fyra och fem. Därför har Regionen förkastat Mediqs anbud.

Vid inköp av handskar har leverantörer möjlighet att kräva en högre kvalitetsnivå av producenterna. Mediq har krävt en högre kvalitetsnivå under ungefär ett års tid och producenten har även levererat den högre kvaliteten. Eftersom Mediq redan levererar handskar till kunder som kräver AQL 1,0 kräver de dokumentation för varje producerad omgång handskar för att säkerställa att samtliga levererade handskar uppfyller kravet på AQL 1,0. Kartongernas märkning visar att handskarna klarar de krav som gäller för nämnda officiella standard men det betyder inte att handskarna inte klarar kvalitetsnivå motsvarande AQL 1,0. Enligt testresultat för de varuprover

som Mediq har levererat till Regionen framgår det att samtliga handskar uppfyller den krävda kvalitetsnivån. Testresultaten för varuproverna är spårbara till de inskickade varuproverna. De kartonger som varuproverna levererats i är inte felmärkta utan de är märkta för att uppfylla EN 455 och påvisa CE-märkning. Handskarna har dock den högre kvaliteten som Mediq har offererat och som följer av testresultat, vilket motsvarar det som Regionen har önskat och ställt som bör-krav. De inlämnade varuproverna stämmer därmed överens med de uppgifter som Mediq har angivit i anbudet och de uppfyller också aktuellt bör-krav.

Av punkt 8 i förfrågningsunderlaget framgår vad som gäller för varuproverna. Det finns där inget ska-krav eller bör-krav som anger att emballaget måste ange kvalitetsnivå. Det anges endast att varuproverna och dess emballage ska överensstämma med motsvarande uppgifter i anbudet vilket varuproverna från Mediq gör. För det fall förvaltningsrätten ändå finner att ett sådant bör-krav/ska-krav är uppställt vore det en oproportionerlig åtgärd att förkasta anbudet från Mediq då det är ett oväsentligt krav eftersom det är handskarnas kvalitet som är av betydelse för upphandlingsföremålet, inte vad som står på emballaget.

Trots att Mediqs anbud uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget har anbudet förkastats. Mediq har inte heller getts några poäng för det uppfyllda bör-kravet avseende kvalitetsnivån på handskar. Regionen har därmed agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Skulle förvaltningsrätten finna att Mediqs anbud inte uppfyller aktuellt bör-krav/ska-krav har Regionen ändå agerat i strid med 1 kap. 9 § LOU eftersom deras åtgärd att förkasta Mediqs anbud är oproportionerlig då aktuellt krav saknar syfte.

Alternativt har upphandlingen brustit i transparens och öppenhet enligt 1 kap. 9 § LOU, eftersom aktuell kravbild har angivits alltför otydligt i förfrågningsunderlaget och det har därför inte framgått för anbudsgivarna vad Regionen tillmäter särskild betydelse.

Mediqs anbud som har blivit förkastat skulle rätteligen ha tilldelats kontrakt om det inte vore för Regionens överträdelse av LOU. Mediq har således lidit skada, eller riskerar i vart fall att lida skada, och det föreligger därför skäl för förvaltningsrätten att ingripa mot upphandlingen.

Regionen

I kravspecifikationen för upphandlingen ingår ett ska-krav om kvalitetsnivå AQL 1,5 eller lägre och ett bör-krav på kvalitetsnivå 1,0 eller lägre för produkter i produktgrupp fyra och fem. I förfrågningsunderlaget, punkt 8, har det också uppställts krav på att anbudsgivaren ska lämna varuprov i originalförpackning på offererade produkter. Det står också att varuproverna och dess emballage ska överensstämma med motsvarande uppgifter i anbudet och att utskriven dokumentation om produkterna ska medfölja varuproverna.

Mediq har i sitt anbud angett att deras offererade produkt uppfyller börkravet om kvalitetsnivå AQL 1,0 eller lägre. Mediq har också skickat in dokumentation som visar produkter som uppfyller detta krav. De varuprover som skickats in till Regionen håller dock enligt märkningen på sin förpackning kvalitetsnivå AQL 1,5 och inga uppgifter i den inlämnade produkt-dokumentationen visar att de produkter som är testade är de samma som de som skickats in som varuprov. Regionens uppfattning är således att Mediqs lämnade uppgifter i anbudet och den inlämnade produkt-dokumentationen inte överensstämmer med de inlämnade varuproverna. Mediq har således inte på angivet sätt visat att deras offererade produkt når upp till kvalitets-

nivå AQL 1,0. Regionen har inte kunnat koppla de inskickade varuproverna, genom artikelnummer eller liknande identifikation, till de inskickade testresultaten. Detta har inneburit att Mediq i anbudsutvärderingen inte uppnått 60 procent av börkraven och har därför uteslutits.

Mediq har inte på någon punkt kunnat visa att Regionen har agerat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. De kan därmed inte ha lidit skada, och kan inte heller komma att lida skada, på sådant sätt som avses i 16 kap. 6 § LOU. Det saknas således skäl för att såväl göra om upphandlingen som att rätta denna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande

att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Vad består de ställda kraven av?

Av förfrågningsunderlaget punkt 5.2, *Utvärdering av anbud*, framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet beräknas med hänsyn tagen till viktade utvärderingskriterier som framgår av produktspecifika krav. Där framgår även det ekonomiska värdet för respektive utvärderingskriterium. I produktgrupper som utvärderas enligt principen om ekonomiskt mest fördelaktiga anbud krävs att anbud på hel offererad produktgrupp måste uppfylla minst 60 procent av ställda bör-kriterier. Offererad produktgrupp som inte uppfyller 60 procent av börkriterierna kommer att uteslutas.

Av förfrågningsunderlaget punkt 8, *Varuprover och varuprovsdokumentation*, framgår att varuprov för produktutvärdering ska lämnas på offererade produkter. Varuprov ska vara i offererat och prissatt utförande och i fullt funktionsdugligt skick. Produkten ska vara i sin originalförpackning. Varuprover och dess emballage ska vara tydligt märkta med anbudsgivarens namn och anbudsgivarens artikelnummer, offererad position och/eller produktgrupp, upphandlingens diarienummer samt överensstämma med motsvarande uppgifter i anbudet.

Av produktspecifika ska-krav avseende produktgrupp fyra och fem framgår att AQL ska vara högst 1,5 enligt SS-EN 455-1.

Av utvärderingskriterier rörande viktning av anbudens kvalitet för att komma fram till det för Regionen mest fördelaktiga anbudet avseende produktgrupp fyra och fem framgår att det finns ett bör-krav avseende att AQL bör vara 1,0 eller lägre. Poäng delas ut enligt följande: 5 p <1,0, 3 p=1,0, 0 p >1,0.

Förvaltningsrätten konstaterar därmed att upphandlingen omfattar såväl ska-krav som bör-krav avseende AQL. Det framgår även tydligt att de varuprov som ska lämnas in ska vara i offererat och prissatt utförande i sin originalförpackning samt att varuprover och dess emballage ska stämma överens med motsvarande uppgifter i anbudet.

Uppfyller Mediqs anbud de ställda kraven?

Av utvärderingsprotokoll framgår att Regionen bedömt att Mediq uppfyllt det produktspecifika ska-kravet avseende att AQL ska vara högst 1,5. Mediq gick därför vidare till utvärdering i såväl produktgrupp fyra som fem.

AQL för Mediqs produkter bedömdes dock vara högre än bör-kravet 1,0 och Mediq erhöll därför 0 poäng för detta vid utvärdering av kvalitetskriterier. Mediq har anfört att de offererat och lämnat in varuprover på handskar med en kvalitet som uppfyller bör-kravet på AQL 1,0 och därmed ska erhålla poäng i utvärderingen. Vad som står på emballaget saknar betydelse då det är handskarnas kvalitet som är av betydelse.

Regionens uppfattning är att Mediq genom att lämna in varuprover med en märkning på AQL 1,5 inte har visat att deras offererade produkt uppnår kvalitetsnivån AQL 1,0. Den inlämnade produktdokumentationen visar inte att de produkter som är testade är de samma som de som skickats in som varuprov.

Det är ostridigt att emballaget på de från Mediq inlämnade varuproverna är märkt med AQL 1,5. Mediq har dock hävdad att handskarnas kvalitet egentligen uppgår till AQL 1,0 och att detta kan styrkas med ingivet testprotokoll. Det framgår, som tidigare nämnts, av punkt 8 i förfrågningsunderlaget att varuprov ska vara i offererat och prissatt utförande i sin originalförpackning och att varuproverna och dess emballage ska överensstämma med motsvarande uppgifter i anbudet. Förvaltningsrätten anser därför att Regionen har haft att utgå från att de varuprov som lämnats in visar den produkt som offererats. Regionen måste därför även kunna utgå från att det som står på varuprovets förpackning gäller för de produkter som finns där i, bland annat uppgiften om AQL. Detta dessutom mot bakgrund av att det inte på något annat sätt är visat att handskarna i varuproverna har en annan AQL. Det kan inte anses skäligt att Regionen ska göra vidare efterforskningar för att utreda om AQL på inlämnade varuprover i själva verket uppgår till en annan kvalitet än den på emballaget uppgivna.

Förvaltningsrätten bedömer att Mediq inte har visat att de produkter som offererats under produktgrupp fyra och fem uppfyller kvalitetskriteriet AQL 1,0. De har därför rätteligen erhållit 0 poäng vid utvärderingen. Det finns därför inte skäl för att rättelse enligt LOU på denna grund.

Är det oproportionerligt att förkasta Mediqs anbud?

Genom att Mediq tilldelades 0 poäng avseende börkravet för AQL understeg anbudet 60 procent av börkriterierna. Detta var den minsta accepterbara andelen uppfyllda kriterier. Regionen uteslöt därför anbudet från Mediq i både produktgrupp fyra och fem.

Av punkt 5.2 i förfrågningsunderlaget framgår det tydligt att det krävs att ett anbud i en produktgrupp som utvärderas enligt principen om ekonomiskt mest fördelaktiga anbud måste uppfylla minst 60 procent av ställda bör-

kriterier. Uppnås inte det kommer anbudet att uteslutas. Mediqs andel uppfyllda börkrav understeg 60 procent och anbudet uteslöts. Detta kan inte anses vara oproportionerligt och det saknas därför grund för ingripande enligt LOU även på denna grund.

Sammanfattning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Mediq inte visat att Regionen brutit mot någon bestämmelse i LOU. Inte heller kan Regionen anses ha brutit i transparens och öppenhet då det av förfrågningsunderlag och tillhörande bilagor framgår att Regionen tillmäter vissa kvalitativa krav särskild betydelse, däribland ett AQL på 1,0 eller lägre. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt LOU. Mediqs ansökan ska således avslås.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande jurist i målet har varit Linnea Färnstrand.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

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 rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.