



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I JÖNKÖPING**  
 Enhet 1  
 Nickolina Hamrin Lönkvist

**DOM**  
 2012-10-26  
 Meddelad i  
 Jönköping

Mål nr  
 3659-12 E  
 Fiskal 1:5

**SÖKANDE**

Hantverksdesign & Rehabiliteringsprodukter Aktiebolag, 556620-5695  
 Box 1263  
 181 24 Lidingö

Ombud: Advokaten Henrik Nilsson  
 Com Advokatbyrå HB  
 Skeppsbron 34  
 111 30 Stockholm

**MOTPARTER**

1. Aneby kommun  
 Box 53  
 578 22 Aneby

2. Eksjö kommun  
 575 80 Eksjö

3. Gislaveds kommun  
 332 80 Gislaved

4. Gnosjö kommun  
 335 80 Gnosjö

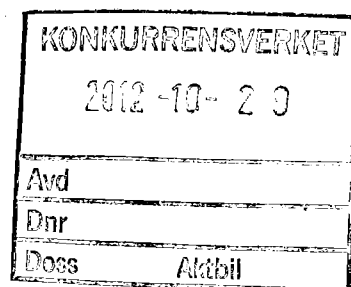
5. Habo kommun  
 Box 212  
 566 24 Habo

6. Jönköpings kommun  
 Rådhuset  
 551 89 Jönköping

7. Mullsjö kommun  
 Järnvägsgatan 27-29  
 Box 800  
 565 18 Mullsjö

8. Nässjö kommun  
 Stadshuset  
 571 80 Nässjö

9. Sävsjö kommun  
 576 80 Sävsjö



Dok.Id 79748

**Postadress**  
 Box 2201  
 550 02 Jönköping

**Besöksadress**  
 Hamngatan 15

**Telefon**  
 036-15 66 00

**E-post:**  
 forvaltningsrattenijonkoping@dom.se

**Telefax**  
 036-15 66 55

**Expeditionstid**  
 måndag – fredag  
 08:00-16:00

10. Tranås kommun  
573 82 Tranås

11. Vaggeryds kommun  
Box 43  
568 21 Skillingaryd

12. Vetlanda kommun  
574 80 Vetlanda

13. Värnamo kommun  
331 83 Värnamo

14. Jönköpings läns landsting (ombud för 1 – 13)  
Inköpsavdelningen  
Box 1024  
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg  
Gärde Wesslau Advokatbyrå  
Box 694  
551 19 Jönköping

**SAKEN**

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

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller delvis Hantverksdesign & Rehabiliteringsprodukter Aktiebolags ansökan om överprövning och beslutar att upphandlingen gällande standard rullstol vuxen (std vxn), mycket lättkörd komfort-rullstol för vuxna (mkt lättk komf vxn), komfortrullstol för vuxna med minst 150 kg brukarvikt (komf vxn tung) ska göras om. Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Förvaltningsrättens intermistiska beslut den 9 juli 2012 upphör härmed att gälla.

## **BAKGRUND**

Landstinget i Jönköpings län (landstinget) har i samverkan med Aneby, Eksjö, Gislaved, Gnosjö, Habo, Jönköping, Mullsjö, Nässjö, Sävsjö, Tranås, Vaggeryd, Vetlanda och Värnamo kommuner genomfört en upphandling avseende manuella rullstolar. Deltagande kommuner har genom fullmakt uppdragit åt landstinget att genomföra upphandlingen. Då beslutanderätten inte kan delegeras anges i förfrågningsunderlaget att det åligger deltagande kommuner att självständigt fatta ett likalydande tilldelningsbeslut.

Landstinget genomför upphandlingen med ett öppet förfarande. Upphandlingen avser olika slags manuella rullstolar för vuxna och barn samt tillbehör till vissa grupper av rullstolar. Upphandlingsföremålen är indelade i tolv upphandlingsgrupper vilka består av elva olika slags rullstolar samt en grupp bestående av ”tillbehör till komfortstolar”. Det har varit möjligt att lämna anbud på såväl hela som delar av efterfrågat sortiment och den upphandlande myndigheten har kunnat anta lämnade anbud i sin helhet eller i delar. Det eller de anbud som vid utvärdering visar sig vara det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att tilldelas kontrakt.

Förvaltningsrätten har i interimistiskt beslut den 9 juli 2012 förordnat att Jönköpings läns landsting samt deltagande kommuner i nu aktuell upphandling inte får ingå avtal innan något annat bestämts.

## **YRKANDEN M.M.**

**Hantverksdesign & Rehabiliteringsprodukter Aktiebolag (HD Rehab)** yrkar att landstingets och upphandlande deltagande kommuners upphandling av manuella rullstolar ska göras om och anför bl.a. följande. Landstinget har i sitt förfrågningsunderlag konstruerat den aktuella upphandling-

en av manuella rullstolar på ett sätt som strider mot kraven i 1 kap. 9 § LOU om att leverantörer ska behandlas likvärdig och icke-diskriminerande samt att upphandlingen ska genomföras på ett öppet sätt med iakttagande av proportionalitetsprincipen. Till följd av landstingets felaktiga förfarande har HD Rehab förhindrats att lägga anbud i upphandlingen. HD Rehab har levererat rullstolar med tillbehör till landstinget under årtionden och bolagets anbud hade kunnat väntas vara konkurrenskraftigt. Bristerna i upphandlingen består i att landstinget har uppställt motstridiga ska-krav för alla utom två av upphandlingsgrupperna samt att landstinget har uppställt oproportionerliga krav genom att ange att offererade rullstolar ska kunna kombineras med viss specificerad annan utrustning. Landstinget avser vidare att på ett lagstridigt sätt avropa produkter utifrån kriteriet ”annan fördelningsnyckel” samt sammanlägga och samutvärdera tre olika upphandlingsgrupper med följderna att möjligheterna att lämna anbud i dessa grupper begränsas på ett oproportionerligt sätt.

#### Motstridiga ska-krav om kombinationsavtal

I kravspecifikationen anges att leverantören ska ha kombinationsavtal för angivna artiklar av tillbehör. Detta gäller samtliga grupper av rullstolar utom transportrullstolar för vuxna. Det anges vidare att om ett sådant kombinationsavtal inte finns ska kraven i Läkemedelverkets dokument ”Förhållningssätt till alternativa tillbehör” följas. Om leverantören saknar kombinationsavtal för en eller flera artiklar så uppfyller denne inte det ställda ska-kravet. Frågan är om denna brist läks av att kraven i Läkemedelsverkets dokument följs. Genom kombinationsavtal intygar två eller flera leverantörer att deras respektive produkter kan kombineras med varandra på ett säkert sätt. Läkemedelsverkets anförda dokument ger inte underlag för en med kombinationsavtalet jämbördig säkerhet. Dokumentet har ingen särskild juridisk status och är inte utformat på ett sätt som är ändamålsenligt som underlag för bedömning av säkerheten i en kombination av produkter. En potentiell anbudsgivare i upphandlingen kan därför inte säkert avgöra

vad som gäller för det fall denne saknar kombinationsavtal i de fall detta krävs. Skillnaderna är vidare så stora att det inte kan anses generellt likvärdigt och utbytbart om en leverantör kan uppvisa ett kombinationsavtal jämfört med om denne ensidigt påstår att den uppfyller kraven i Läkemedelsverkets dokument. Vidare riskerar rullstolarnas och tillbehörens CE-märkning att bli ogiltig vid felaktiga kombinationer. Enligt förfrågningsunderlaget är det ett ska-krav att produkterna är CE-märkta. Det är tillverkaren som ansvarar för att levererad produkt uppfyller kraven för CE-märkning och därmed avgör vilka tillbehör och komponenter som är lämpliga att använda (lag (1993:584) om medicintekniska produkter samt Läkemedelsverkets föreskrifter LVFS 2003:11 bilaga 1 och 7). HD Rehab saknar i vissa fall kombinationsavtal där så krävs och har lidit skada då det är oklart i vilken utsträckning uppfyllande av kraven i Läkemedelsverkets dokument botar detta. Det är vidare oklart exakt hur kraven i det anförda dokumentet ska uppfyllas. Denna oklarhet strider mot de upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU.

#### Oproportionerliga krav på vissa kombinationsmöjligheter

Enligt kravspecifikationen är det ett ska-krav att upphandlingsgrupperna "Std vvn", "mkt lättk komf vxn" och "komf vxn tung" ska vara godkänd för att kombineras med drivaggregat LV 2000 vilket levereras av ETAC. Det uppställda ska-kravet är oproportionerligt. Drivaggregat är bara ett av flera vanliga tillbehör till en rullstol. Landstinget har inte redovisat hur många drivaggregat man redan har och vilken beräknad återstående livslängd de har. Leverantörer saknar därför möjlighet att bedöma om kombinationskravet är proportionerligt. Av tillgänglig branschstatistik framgår dock att det årligen normalt säljs ca fem gånger fler komfortrullstolar på den svenska marknaden än det säljs drivaggregat. Livslängden på en komfortrullstol kan uppskattas vara ungefär densamma som för ett drivaggregat. Kravet att alla komfortrullstolar som köps in ska kunna utrustas med en viss specifik produkt från en viss speciell leverantör är uppenbart opro-

portionerligt och leder ofrånkomligen till att många potentiella leverantörer utestängs från möjligheten att lämna anbud som hade kunna vara mer ekonomiskt fördelaktiga för landstinget. Vidare är ETAC som levererar det angivna drivaggregatet även tillverkare av rullstolar. Uppställandet av ett krav om kombinationsmöjlighet med uteslutande ETAC:s drivaggregat är ägnad att medföra en fördel för ETAC som anbudsgivare i upphandlingen av rullstolar. Detta utgör i sig en särbehandling till förmån för ETAC och till nackdel för konkurrerande leverantörer, utan att det kan påvisas innebära en ekonomisk fördel för landstinget. För vissa upphandlingsgrupper uppställs krav att rullstolen ska vara godkänd för att kombineras med syrgashållare. Anbudet ska ange leverantör och artikelnummer på syrgashållaren. Det är HD Rehabs erfarenhet att många leverantörer är restriktiva med att lämna ut artikelnummer på sina produkter till andra än inköpare. Det uppställda kravet är därför också ägnat att i onödan utestänga anbudsgivare. De oproportionerliga kraven strider mot de upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Missbruk av möjligheten att avropa enligt "annan fördelningsnyckel"

Av kravspecifikationens flik "upphandlingsgrupper" framgår att landstinget i upphandlingsgruppen "aktiv vxn" och de fem grupper som avser rullstolar för barn kommer att anta samtliga anbud som uppfyller de ställda kraven. Av förfrågningsunderlagets punkt 1.3.2 framgår "vid avrop (rangordning) enligt kommande avtal tillämpas "annan fördelningsnyckel" utifrån patientens rätt att påverka valet av vård/produkt. Fördelningen vid avrop kommer därför att ske utifrån vilken avtalsleverantör som bäst kan tillgodose patientens behov och önskemål, i enlighet med vad som uttalandes i propositionen till lagen om offentlig upphandling". Möjligheten att avropa ramavtal enligt regeln om "annan fördelningsnyckel" framgår av förarbetena till LOU prop. 2006/2007:128 s. 174 – 176. Upphandlingen omfattar tolv upphandlingsgrupper. Landstingets val att använda ramavtal som avropas enligt "annan fördelningsnyckel" i sex av dessa framstår som

fullständigt godtyckligt. Det godtyckliga momentet avseende detta ligger i det snäva och oväntade urvalet av vilka upphandlingsgrupper som ska avropas enligt denna metod. Man kan fråga sig varför patienters möjlighet att ha synpunkter på val av hjälpmedel begränsas till specifikt dessa upphandlingsgrupper. Konstruktionen med sporadisk användning av ramavtal utan rangordning av leverantörer strider tydligt mot de upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU.

#### Sammanläggning och samutvärdering av upphandlingsgrupper

Av kravspecifikationens flik "upphandlingsgrupper" framgår att landstinget endast kommer att anta en leverantör av de tre sammanförda upphandlingsgrupperna "mkt lättkörd komfortrullstol vxn", "komfortrullstol vxn tung" och "tillbehör till komfortrullstolarna". Det synes saknas objektiva skäl till att samma leverantör ska kunna erbjuda såväl standardkomfortstol som komfortrullstol för vuxna med minst 150 kg brukarvikt. Väsentligt olika krav ställs på dessa två typer av stolar. Sammanläggningen av dessa upphandlingsgrupper är ägnad att på ett oproportionerligt vis begränsa kretsen av potentiella anbudsgivare. Vidare är det ytterligt svårtillämpat att ha en enda upphandlingsgrupp avseende tillbehör för såväl standardkomfortstolar som för tungviktsstolar. Såvitt framgår av kravspecifikationens flik "tillbehör komfortrullstolar" ska bara ett tillbehör erbjudas i många olika kategorier. Tillbehören till den ena gruppen rullstolar passar dock ofta inte till den andra gruppen. Skillnaderna mellan dessa två rullstolstypers konstruktion går längre än bara sittbredd och stabilitet. En tungviktsstol skiljer sig normalt till sin konstruktion så pass mycket från en standardkomfortstol att det inte går att erbjuda tillbehör som passar båda grupperna. Trots detta förhållande har krav på tillbehörens kompatibilitet ändå uppställts. Kretsen av leverantörer som kan erbjuda samma tillbehör som passar såväl till standardkomfortstolar som till tungviktsstolar torde vara mycket liten. Detta krav är således ägnat att på ett oproportionerligt vis begränsa kretsen av potentiella anbudsgivare. De oproportionerliga

kraven på samerbjudande och på tillbehör som passar helt olika typer av rullstolar strider tydligt mot de upphandlingsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Sammanfattningsvis kan det konstateras att landstinget har uppställt motstridiga ska-krav för alla utom två av de tolv upphandlingsgrupperna. Landstinget har uppställt oproportionerliga krav i och med att offererade rullstolar ska kunna kombineras med viss specificerad annan utrustning. Landstinget har planerat att på ett lagstridigt sätt avropa produkter utifrån kriteriet "annan fördelningsnyckel" samt att samutvärdera tre olika upphandlingsgrupper med följderna att möjligheterna att lämna anbud i dessa grupper begränsas på ett oproportionerligt vis. Till följd av landstingets felaktiga förfarande har HD Rehab förhindrats att kunna lägga ett anbud i upphandlingen. HD Rehab har därför lidit skada.

**Landstinget** bestrider HD Rehab's yrkande om att upphandlingen ska göras om samt ifrågasätter om HD Rehab har lidit skada. Landstinget anför bl.a. följande. Utformningen av förfrågningsunderlaget strider varken mot LOU eller mot kravet på likabehandling, transparens och proportionalitet.

#### Motstridiga ska-krav om kombinationsavtal

Kravet på kombinationsavtal är inte motsägelsefullt. Av förfrågningsunderlaget kan det utläsas att leverantören ska ha kombinationsavtal men om detta saknas ska kraven i Läkemedelsverkets angivna dokument följas. Det kan därmed inte råda någon tveksamhet om att landstinget i första hand efterfrågar kombinationsavtal, men att kraven i Läkemedelsverkets dokument accepteras om kombinationsavtal saknas. Detta kan utläsas direkt från förfrågningsunderlaget. Om HD Rehab ändå har ansett att något var oklart har bolaget haft möjlighet att ställa kompletterande frågor. Bolaget har därmed haft möjlighet att få klarhet i vad som avses, utan att upphandlingen måste göras om. Huruvida kraven i Läkemedelsverkets dokument är



att jämställa med ett kombinationsavtal är irrelevant ur ett upphandlingsrättsligt perspektiv. Den upphandlande myndigheten är fri att ställa de krav myndigheten vill, så länge de gemenskapsrättsliga principerna inte träds förnär. Landstinget har i förfrågningsunderlaget angivit att kraven i Läke-  
medelsverkets dokument är tillräckliga. HD Rehab ska därför, i de fall kombinationsavtal saknas, säkerställa att bolagets offererade produkter uppfyller kraven i Läkemedelsverkets dokument. Bolaget har däremot ingen anledning att fundera över om kraven är tillräckliga för att kunna bedöma säkerheten i en kombination av produkter, det är landstingets ansvar att avgöra.

#### Oproportionerliga krav på vissa kombinationsmöjligheter

Landstingets hjälpmedelshantering omfattar en stor användning av begagnade hjälpmedel vilket måste beaktas även vid nyinköp. Det är därför, såväl av ekonomiska skäl som ur ett samhällsperspektiv, nödvändigt att kunna montera äldre utrustning på nyinköpta rullstolar för att hjälpmedelshanteringen ska fungera så effektivt som möjligt. Eftersom landstinget tidigare har upphandlat det aktuella aggregatet och nu har ett stort lager av sådana finns det avgörande ekonomiska skäl för att dessa aggregat måste gå att använda tillsammans med nya rullstolar. Landstinget bestrider att kravet på förenlighet med drivaggregatet LV 2000 skulle vara ett hinder för andra leverantörer än den som tillverkar aggregatet. Aggregatet är inte svårt att kombinera med rullstolar av andra tillverkare och i de fall det behövs kan monterings-satser tillhandahållas för att underlätta kompatibiliteten. Kravet på proportionalitet innebär att kravet ska vara kopplat till upphandlingen och att kravet inte får gå utöver vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet. Landstinget måste använda begagnade hjälpmedel för att leva upp till de ekonomiska krav som hantering av skattemedel innebär. Om landstinget inte skulle få ställa krav på att nya varor ska kunna användas med redan befintligt material skulle landstinget inte kunna leva upp till sitt ekonomiska åtagande. Det råder ingen tvekan om att kravet har ett na-

turligt samband med det som upphandlas och dessutom ligger i linje med det behov landstinget redan har idag. Kravet på att de offererade rullstolarna ska kunna användas tillsammans med befintliga aggregat är därmed relevant. Till detta ska läggas att rättspraxis visar att den upphandlande myndigheten dessutom har ett utrymme som den kan agera inom i förhållande till proportionalitetsprincipen. Något brott mot proportionalitetsprincipen föreligger därför inte och det saknas grund för ingripande enligt LOU. HD Rehab har anfört att landstinget inte får begära att anbuderna ska innehålla leverantör och artikelnummer på en syrgasbehållare. Det är svårt att förstå hur HD Rehab resonerar kring detta. Den anbudsgivare som väljer att lämna anbud till en offentlig myndighet måste acceptera att offentlighetsprincipen gäller. En upphandlande myndighet kan inte undvika att ställa krav på uppgifter som är av betydelse för föremålet för upphandlingen, oavsett om uppgifterna skulle röra sådant som är känslig information för anbudsgivaren. Om anbudsgivaren ändå anser att uppgifter i det egna anbudet måste skyddas har anbudsgivaren alla möjligheter att begära sekretess för känsliga uppgifter. Vad HD Rehab anför i denna del ska lämnas utan avseende.

Missbruk av möjlighet att avropa enligt ”annan fördelningsnyckel”

Den aktuella upphandlingen rör upphandling av hjälpmedel, vilka omfattas av Hälso- och sjukvårdslagen. Vård och behandling ska därmed, så långt det är möjligt, utformas och genomföras i samråd med patienten. Landstinget har därigenom svårt att formulera sitt behov i varje enskilt fall och därigenom också det totala behovet, såväl i omfattning som i utförande. Särskilt svårt att avgöra är behovet hos brukare som har ett permanent behov av sin rullstol och som använder den på ett aktivt sätt, vilket är fallet med övervägande delen av barn och vuxna som använder sin rullstol mycket utan hjälp av andra. Behoven för användarna i dessa grupper är generellt så personliga att landstinget måste kunna erbjuda en modell av rullstol som utöver de vanliga kraven också tillgodoser det individuella

behovet hos varje brukare. Landstinget har därför valt att teckna ramavtal med samtliga leverantörer som uppfyller de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget för dessa grupper. Av skäl som anges ovan är det dock förenat med särskilda svårigheter att kräva att samtliga avrop ska ske utifrån en given rangordning. En upphandlande myndighet har i detta fall, med stöd av propositionen (2006/07:1208 s.174 ff) möjlighet att använda en annan fördelningsnyckel än den sedvanliga rangordningen, om det finns särskilda skäl. Av förfrågningsunderlaget framgår att avrop ska ske utifrån patientens rätt att påverka valet av vård/produkt. När utvärderingen väl är gjord ska avrop ske utifrån en princip som bygger på att patientens önskemål och behov styr avropen. Det är också tydligt i förfrågningsunderlaget att det inte kan lämnas någon garanti om avrop av viss volym eller vissa värden, vilket är en naturlig följd av att det är svårt för den upphandlande myndigheten att i förväg beskriva det kommande behovet, eftersom det är beroende av parametrar som inte myndigheten styr över eller överhuvudtaget kan förutse. Det är därmed tydligt i förfrågningsunderlaget att det slutliga valet till stor del görs av patienterna. Det bästa anbudet blir därmed den leverantörs anbud som bäst uppfyller patientens behov i varje enskilt fall. Såsom Kammarrätten i Stockholm funnit i mål 7433-09 är det i detta fall förenat med påtagliga nackdelar att kräva att de enskilda avropen ska ske utifrån en given rangordning. Landstingets val att endast anta en leverantör för vissa grupper och flera leverantörer för andra grupper har framgått redan av förfrågningsunderlaget. Ett sådant val baseras enbart på landstingets bedömning av behovet och kan aldrig resultera i en fråga om godtycklighet. Landstinget tillbakavisar därför påståendet om att fördelningsnyckel på något sätt blir godtycklig eller på annat sätt strider mot principerna i 1 kap. 9 § LOU. Skäl för ingripande saknas.

#### Sammanläggning och samutvärdering av upphandlingsgrupper

Landstinget motsätter sig att det på ett oskäligt sätt skulle begränsa konkurrensen att efterfråga samma leverantör för standardkomfortstolar som för

komfortrullstolar för tyngre vuxna. Skillnaden mellan dessa stolar är i princip sittbredden samt stabiliteten. Det är därför fullt möjligt och logiskt att ha båda dessa typer av stolar i sitt sortiment och det finns redan flera leverantörer på marknaden som också levererar de båda typerna av stol, inte minst HD Rehab själv. Det finns även flera tillverkare som kan tillhandahålla en och samma produkt för båda typerna av komfortstolar varför kravet varken kan sägas vara omotiverat eller oproportionerligt. För landstinget är det väsentligt att få en kostnadseffektiv hantering av hjälpmedel, där ett sätt är att undvika för många olika typer av tillbehör. Många av tillbehören till de två typerna av komfortstolar är desamma, vilket framgår av kravspecifikationen för tillbehör till komfortstolar. Det finns därmed högst rimliga skäl till att hantera de båda stolarna i samma grupp. Det innebär dock inte att samma tillbehör måste passa på standardkomfortrullstolen och komfortrullstolen för tyngre brukare. I kravspecifikationen kan man tydligt utläsa att anbudsgivarna har haft möjlighet att offerera olika tillbehör för standardrullstolen respektive den för tyngre brukare i de fall det krävs, genom att ange olika artiklar för respektive stolsbredd. Det är den upphandlande myndigheten som avgör vad som ska upphandlas och, med beaktande av LOU och de gemenskapsrättsliga principerna, hur upphandlingen ska genomföras. Landstinget har valt att upphandla komfortrullstolarna i en och samma grupp och det saknas upphandlingsrättsliga hinder mot detta. Att HD Rehab har en annan uppfattning om det lämpligaste sättet saknar relevans.

#### HD Rehab's skada

Landstinget konstaterar att HD Rehab inte har lämnat anbud i upphandlingen. HD Rehab har, som bolaget mycket riktigt påpekar, sedan många år levererat sina produkter till landstinget på ett förtjänstfullt sätt. Landstinget anser sig därmed ha ganska god kännedom om bolagets produkter. Landstingets uppfattning är att HD Rehab trots allt uppfyller de krav som bolaget nu ifrågasätter. Exempelvis har HD Rehab kombinationsavtal både för syr-

gashållare och för aggregatet LV 2000 vilket framgår av HD Rehabs hemsida. HD Rehab levererar vidare redan idag såväl standardkomfortrullstolar som komfortstolar för tyngre användare. Landstinget delar därför inte HD Rehabs uppfattning om att bolaget inte har kunnat lämna ett giltigt anbud. HD Rehab har inte heller utnyttjat sin möjlighet att ställa frågor, om bolaget har upplevt att något i underlaget behövt förtydligas. Eftersom HD Rehab inte har lämnat ett anbud, trots att det inte funnits några hinder för bolaget att göra detta, har bolaget under alla förhållanden inte lidit någon skada.

**HD Rehab** har härefter tillagt bl.a. följande. När det gäller kravet på förenlighet med drivaggregatet LV 2000 har landstinget angett att aggregatet inte är svårt att kombinera med rullstolar från andra tillverkare än den som tillverkar aggregatet. Det borde därför saknas skäl för att landstinget alls skulle behöva ställa upp ett krav om förenlighet. Kombinationskravet riskerar att vara oproportionerligt samt lämnar utrymme för favorisering av tillverkaren av aggregatet eftersom denne även tillverkar rullstolar och är en potentiell leverantör. När det gäller förhållandet att en rullstol är godkänd för att kombineras med syrgashållare innebär inte det i sig att rullstolsleverantören kan få tillgång till syrgashållarens artikelnummer. Där artikelnumret inte lämnas ut blir leverantören förhindrad att kunna lämna anbud till följd av ett oproportionerligt krav.

När det gäller sammanläggning av upphandlingsgrupperna är det avgörande problemet för HD Rehab att tillbehören till dessa kategorier av stolar skiljer sig åt i betydelsefull utsträckning. Landstinget har i sitt yttrande tillfört målet uppgifter om vissa av HD Rehabs produkter. Uppgifterna avser äldre produkter som inte längre tillhandahålls i nya avtal på marknaden. HD Rehabs avsikt var att offerera sin nyutvecklade komfortrullstol med produktbeteckning HD Balance. Denna nya produkt saknar ännu vissa planerade kombinationsavtal. Landstinget har vidare invänt att det finns

flera tillverkare som kan tillhandahålla de tillbehör som efterfrågas där samma tillbehör passar till såväl standard- som tungviktsrullstolen. Av HD Rehab's erfarenhet torde det inte finnas något större antal potentiella anbudsgivare som kan uppfylla kravet. Detta beror på den ekonomiska realiteten att det är kostnadsmissigt ofördelaktigt att tillverka samtliga tillbehör efter de mer krävande specifikationer som gäller för tungviktsstolen. Totalt kostar en tungviktsstol 35 procent mer än en standardstol. Uppskattningsvis utgörs 95 procent av det totala antalet komfortstolar av standardstolar och endast fem procent av tungviktsstolar. Det är svårt att tro att landstinget gör någon besparing på att endast köpa tillbehör som anpassats efter tungviktsrullstolens mer kostsamma krav. Däremot riskerar oproportionerliga krav att vara ägnade åt att påverka förutsättningarna att lämna anbud för viss eller vissa potentiella anbudsgivare. Det är därför som oproportionerliga krav i en upphandling ska anses stå i strid med de upphandlingsrättsliga principerna.

**Landstinget** har härefter tillagt bl.a. följande. Eftersom det inte är svårt att kombinera drivaggregatet med rullstolar från olika tillverkare gynnar kravet inte någon enskild leverantör. Kravet strider därmed inte mot likabehandlingsprincipen och är därmed tillåtet att ställa. Behovet av att kunna använda befintliga produkter tillsammans med nyinköp är inte kontroversiellt utan tvärtom ett logiskt och relevant krav. Förutom att man får utgå från att tillverkaren av en rullstol måste känna till vilken syrgashållare den egna rullstolen kan kombineras med finns det inte skäl för leverantörer att hemlighålla sina artikelnummer. Tvärtom måste det ligga i en leverantörs intresse att ge även nya kunder möjlighet att beställa rätt varor.

Landstinget gör gällande att HD Rehab har haft möjlighet att lämna ett anbud som uppfyller ska-kraven. Detta har också bekräftats av HD Rehab som medger att bolaget har äldre produkter som hade kunnat offereras. Dessa produkter levereras fortfarande till landstinget, enligt pågående av-

tal. Det framkommer att HD Rehab nu vill föra in en ny produkt på marknaden. HD Rehab har alltså haft godkända produkter men inte velat offerera dessa. HD Rehabs invändningar mot upphandlingen baseras på att bolaget inte kan lämna det anbud som man vill vilket inte är samma sak som att bolaget inte kan lämna något anbud. HD Rehab har haft produkter som varit möjliga att offerera vilket också ger stöd för att kraven i förfrågningsunderlaget är möjliga att uppfylla. HD Rehab bekräftar att det är fullt möjligt att använda samma tillbehör på standardkomfortrullstolar och på komfortrullstolar för tyngre brukare. Landstinget använder idag tillbehör som är möjliga att kombinera med olika rullstolsmodeller. Att HD Rehab lägger ekonomiska aspekter på lönsamheten i detta saknar betydelse ur ett upphandlingsperspektiv. HD Rehabs argumentation visar att det är ekonomiska skäl som ligger bakom att bolaget har valt att inte lämna ett anbud.

## **DOMSKÄL**

### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Enligt 16 kap. 4 § LOU får efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada allmän förvaltningsdomstol överpröva 1. en upphandling, och 2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upp-

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 5 kap. 2 § LOU första stycket anges bland annat att kontrakt som grundar sig på ramavtal ska tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §§.

I 5 kap. 5 § LOU anges att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, ska dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget.

I 5 kap. 6 § LOU anges att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § får tilldelning som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

#### *Förfrågningsunderlaget*

I förfrågningsunderlaget anges under punkt 1.3.2 Helt eller delat anbud bl.a. följande.

Anbud kan lämnas för hela eller delar av efterfrågat sortiment. Avtal kan komma att träffas med flera leverantörer för specifika produkter eller produktgrupper.

Vid avrop enligt kommande avtal tillämpas ”annan fördelningsnyckel” utifrån patientens rätt att påverka valet av vård/produkt. Fördelningen vid avrop kommer därför att ske utifrån vilken avtalsleverantör som bäst kan tillgodose patientens behov och önskemål.

Ingen garanti lämnas om avrop av viss volym eller till vissa värden.

Den upphandlande myndigheten har rätt att anta lämnade anbud i sin helhet eller i delar



I kravspecifikationen manuella rullstolar (aktiv vxn) anges bl.a. följande.

Leverantören ska ha ett kombinationsavtal på angivna artiklar. Kombinationsavtal ska kunna visas efter anmodan. Om kombinationsavtal inte finns ska kraven i Läkemedelsverkets dokument "förhållningssätt till alternativa tillbehör" följas. Dokument som visar att kraven uppfylls ska kunna visas efter anmodan.

I kravspecifikationen anges vidare följande avseende upphandlingsgruppena manuella rullstolar "std vxn", "mkt lättk komf vxn" samt "Komf vxn tung".

Drivaggregat ska vara godkänt för att kombineras med drivaggregat LV 2000 (levereras av ETAC)

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

HD Rehab har som grund för sin ansökan anfört att landstinget handlat i strid med LOU i form av missbruk av möjlighet att avropa enligt "annan fördelningsnyckel", motstridiga ska-krav om kombinationsavtal, sammanläggning och samutvärdering av upphandlingsgrupper samt oproportionerliga krav på vissa kombinationsmöjligheter. Dessa grunder hänför sig till viss del till olika upphandlingsgrupper.

#### Missbruk av möjlighet att avropa enligt "annan fördelningsnyckel"

För upphandlingsgrupperna "aktiv vxn" och de fem grupper som avser manuella rullstolar för barn kommer ramavtal att tecknas med de leverantörer som uppfyller de grundläggande kraven i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget anges att det vid avrop enligt kommande avtal ska tillämpas en "annan fördelningsnyckel" utifrån patientens rätt att påverka valet av vård/produkt. HD Rehab har anfört att en sådan sporadisk användning av ramavtal utan rangordning av leverantörer strider mot de upphandlingsrättsliga principerna.

Landstinget har angett att anledningen till valet att endast anta en leverantör för vissa grupper och flera leverantörer för andra grupper har framgått redan av förfrågningsunderlaget och har baserats enbart på landstingets bedömning av behovet. Landstinget har vidare anfört att det är särskilt svårt att avgöra behovet hos brukare som har ett permanent behov av sin rullstol och som använder den på ett aktivt sätt, vilket är fallet med övervägande delen av barn och vuxna som använder sin rullstol mycket utan hjälp av andra. Behoven för användarna i dessa grupper är generellt så personliga att landstinget måste kunna erbjuda en modell av rullstol som utöver de vanliga kraven också tillgodoser det individuella behovet hos varje brukare.

Från ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett visst mått av förutsägbarhet så att leverantörer som är parter i ramavtal kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal. Ett ramavtal som innehåller samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt. En svårighet finns om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten ska tillhandahålla. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten ska kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll. I de fall det inte är möjligt att ha en fastlagd rangordning eller är förenat med påtagliga nackdelar bör avtalet innehålla andra grunder för i vilken ordning leverantörerna ska ha möjlighet att leverera. Dessa grunder måste tillgodose kraven på icke-diskriminering osv (se prop. 2006/07:128 s. 175 f).

I förfrågningsunderlaget anges på vilket sätt avrop från ramavtalet ska komma att ske. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av de skäl som landstinget framfört för att använda annan fördelningsnyckel samt de uttalanden som gjorts i förarbetena att de grunder för avrop som anges i förfrågningsunderlaget inte kan anses strida mot LOU. Landstingets val att endast använda ramavtal för vissa grupper bedöms inte heller som godtyckligt. Vad HD Rehab anfört i denna del medför således inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU.

#### Motstridiga ska-krav om kombinationsavtal

HD Rehab har gjort gällande att kravet om kombinationsavtal är utformat så att en leverantör inte kan förstå hur det ställda kravet kommer att utvärderas och att en potentiell anbudsgivare inte kan avgöra vad som gäller i detta avseende.

Av transparens- och likabehandlingsprincipen följer att den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Av kravspecifikationen framgår tydligt att om en leverantör inte har ett kombinationsavtal ska istället Läkemedelsverkets skrift följas. Förvaltningsrätten anser att kravet i sig är tillräckligt tydligt. Att landstinget i kravspecifikationen angett att Läkemedelsverkets skrift ska gälla i de fall kombinationsavtal saknas är dessutom inte ägnat att begränsa antalet potentiella anbudsgivare utan snarare utöka och ge möjlighet för flera att lämna anbud i upphandlingen. Kravet kan inte heller anses vara motstridigt i förhållande till kravet på att det ska finnas ett kombinationsavtal. Förvalt-

ningsrätten finner mot denna bakgrund att det HD Rehab anført i denna del inte innebär att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanläggning och samutvärdering av upphandlingsgrupper

I kravspecifikationen anges att en leverantör ska antas för upphandlingsgrupperna ”mkt lättk komf vxn”, ”komf vxn tung”, och ”tillbehör komfort-rullstolar”.

HD Rehab menar att det saknas objektiva skäl till att samma leverantör ska kunna erbjuda tillbehör till såväl standardkomfortrullstol som komfortrullstol för vuxna med minst 150 kg brukarvikt. HD Rehab har vidare anført att tillbehören till den ena gruppen rullstolar ofta inte passar till den andra gruppen eftersom en tungviktsrullstol normalt skiljer sig till sin konstruktion så pass mycket från en standardrullstol att det inte går att erbjuda tillbehör som passar till båda grupperna. HD Rehab menar att kravet är oproportionerligt och begränsar kretsen av anbudsgivare.

Landstinget har å sin sida anført att många av tillbehören till de två typerna av komfortrullstolar är desamma, vilket också framgår av kravspecifikationen för tillbehör till komfortrullstolar. Samma tillbehör ska kunna användas till två olika typer av rullstolar för att förhindra att det blir allt för många tillbehör. Det finns därmed högst rimliga skäl till att hantera de båda rullstolarna i samma grupp. Det innebär dock inte att samma tillbehör måste passa på standardkomfortrullstolen och komfortrullstolen för tyngre brukare. I kravspecifikationen kan man utläsa att anbudsgivarna har haft möjlighet att offerera olika tillbehör för standardstolen respektive den för tyngre brukare i de fall det krävs, genom att ange olika artiklar för respektive stolsbredd.

Det är den upphandlande enheten som har att identifiera sitt behov och utifrån detta står det myndigheten fritt att utforma förfrågningsunderlaget inför upphandlingen. Förfrågningsunderlaget måste dock stå i överensstämmelse med LOU och de gemenskapsrättsliga principer som ligger till grund för lagstiftningen.

Förvaltningsrätten anser att det faktum att vissa tillbehör ska kunna användas till flera olika typer av rullstolar inte innebär att landstinget har ställt högre krav än vad som var nödvändigt för att uppnå syftet med kravet. Inte heller kan kravet anses ha begränsat kretsen av anbudsgivare. Det aktuella kravet strider således inte mot proportionalitetsprincipen och det saknas därför grund för ingripande enligt LOU i denna del.

#### Oproportionerliga krav på vissa kombinationsmöjligheter

Landstinget har i kravspecifikationen angett att de manuella rullstolarna ("std vvn", "mkt lättk komf vxn" och "komf vxn tung") som offereras ska vara godkända för att kunna kombineras med drivaggregat LV 2000, som levereras av ETAC.

Förvaltningsrätten konstaterar att landstinget i denna del har ställt upp ett krav på att dessa rullstolar ska vara godkända att kombineras med ett drivaggregat av ett specifikt märke från en specifik leverantör. Landstinget har anfört att aggregatet inte är svårt att kombinera med rullstolar från andra tillverkare och i de fall det behövs kan landstinget tillhandahålla monteringsatser för att underlätta kompatibiliteten. Landstinget har vidare anfört att det inte är ovanligt att krav ställs på att föremålet för upphandlingen ska vara kompatibelt med den upphandlande myndighetens befintliga utrustning.

Landstinget har ställt upp kravet för att kunna använda tidigare upphandlad utrustning som det finns ett stort lager av. Det är således ekonomiska skäl för att dessa aggregat måste kunna användas även tillsammans med nya rullstolar. Det har inte framkommit något som ger anledning att ifrågasätta detta motiv.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja vad man vill upphandla och vilka krav som ska ställas på det som upphandlas. Proportionalitetsprincipen förutsätter dock att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas.

I kravspecifikationen framkommer inte att aggregatet som levereras av ETAC enkelt kan kombineras med rullstolar av andra tillverkare och inte heller att en monteringsatts kan tillhandahållas för att underlätta kompatibiliteten.

Förvaltningsrätten anser att det aktuella kravet är utformat på ett sådant sätt att det kan ha inneburit ett hinder för anbudsgivare och kan ha lett till att anbudsgivare har avstått från att lämna anbud avseende dessa upphandlingsgrupper. Vidare kan det enligt förvaltningsrättens mening uppfattas som att leverantören av aggregatet, ETAC, i strid med likabehandlingsprincipen, otillbörligt har gynnats då ETAC förutom aggregatet även levererar rullstolar. Förvaltningsrätten gör mot denna bakgrund bedömningen att kravet är oproportionerligt och att det strider mot LOU. När det gäller angivande av syrgashållarens artikelnummer i anbudet anser förvaltningsrätten inte att det finns skäl för ingripande enligt LOU.


För att det ska föreligga förutsättningar för ingripande enligt LOU krävs, vid sidan av en överträdelse av någon bestämmelse i LOU, även att sökanden lidit eller kan komma att lida skada av åtgärden.

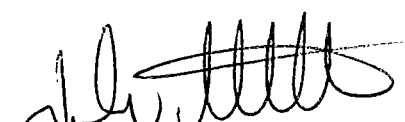
Förvaltningsrätten konstaterar att HD Rehab inte lämnat anbud i upphandlingen. Det kan vara svårt för en leverantör som inte lämnat anbud att kunna visa att han skadats eller riskerar att skadas på grund av tilldelningen (jfr EU-domstolens dom C-230/02, Grossman Air Service, punkt 27). Den leverantör som då valt att inte lämna anbud står också risken för att inte lyckas fullgöra detta beviskrav.

Landstinget har anfört att HD Rehab inte riskerat att lida skada då bolaget haft produkter som kunnat offereras men inte velat offerera dessa. Förvaltningsrätten finner dock, med hänsyn till att HD Rehab genom de aktuella kraven har kunnat förlora möjligheten att lämna vad bolaget anser vara sitt bästa bud i upphandlingen, att bolaget i vart fall riskerat att lida skada.

Förvaltningsrätten finner således att det föreligger skäl för ingripande enligt LOU i de delar som avser standard rullstol vuxen (std vxn), mycket lättkörd komfortrullstol för vuxna (mkt lättk komf vxn), komfortrullstol för vuxna med minst 150 kg brukarvikt (komf vxn tung). Förvaltningsrätten finner, då kravet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet, att upphandlingen i dessa delar ska göras om.

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

  
Jan Källman

  
Johan Nordström

