



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-05-09
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1641-16

SÖKANDE

OneMed Sverige AB, 556764-4140
Box 50
401 20 Göteborg

Ombud: Advokaten Ulf Yxklinten
MAQS Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2016-11-02	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPART

Kriminalvården
Slottsgatan 78
601 80 Norrköping

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 248082

Postadress
Box 406
581 04 Linköping

Besöksadress
Brigadgatan 3

Telefon
013-25 11 00

E-post:
forvaltningsratten@linkoping.dom.se

www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se

Telefax
013-25 11 40

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Kriminalvården genomför en upphandling avseende sjukvårdsmaterial, dnr 2015-016931. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU och tilldelningsgrund är lägsta pris. Vid anbudstidens utgång hade två anbudsgivare inkommit med anbud. Kriminalvården meddelade den 22 februari 2016 beslut att tilldela kontrakt i upphandlingen till den enda anbudsgivaren som kvalificerats OneMed Sverige AB (Bolaget). Den 2 mars 2016 meddelade Kriminalvården att tilldelningsbeslutet återtas då Bolagets anbud gällande vissa produkter inte bedöms uppfylla ställda krav. I en skrivelse till Bolaget har Kriminalvården förtydligat att de krav som Bolagets anbud inte har uppfyllt är de produktspecifika kraven om viss elasticitet enligt punkter 3.1, 3.2 och 3.3 i anbudsformuläret.

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten i första hand ska upphäva Kriminalvårdens beslut att återta sitt tilldelningsbeslut från den 22 februari 2016 och förpliktiga Kriminalvården att vidta rättelse genom att fullfölja beslutet från den 22 februari 2016. I andra hand, för det fall återtagandebeslutet likställs med beslut att avbryta upphandlingen, yrkar Bolaget att förvaltningsrätten upphäver detta beslut och förordnar om rättelse på så sätt att upphandlingen ska återupptas och slutföras i enlighet med tilldelningsbeslutet från den 22 februari 2016.

Kriminalvården begär att ansökan avslås.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Av Kriminalvårdens beslut den 2 mars 2016 framgår att Kriminalvården har fattat ett beslut att återta sitt tilldelningsbeslut. Om det samtidigt innebär att

att upphandlingen har avbrutits är inte klart. Mot den bakgrunden ska ansökan om överprövning avse såväl överprövning av Kriminalvårdens återtagandebeslut som beslutet att avbryta upphandlingen.

Tilldelningsbeslutet från den 22 februari 2016 är korrekt. Kriminalvården har i upphandlingsrapport till beslutet funnit att Bolagets anbud var kvalificerat för utvärdering samt uppfyllde de ställda utvärderingskriterierna. Av skäl som inte är kända för Bolaget har Kriminalvården därefter valt att ompröva sitt ställningstagande.

Av punkt 2.3.1.1 i anbudsformuläret framgår att det i punkten 2.3.2 finns vissa produktspecifika *ska-krav* som gäller utöver de *krav* som finns i Bilaga 1 prisformulär (prisformuläret), samt att Kriminalvården i upphandlingen inte ställer krav på specifik producent/artikelnummer utan beskriver produkt och behov/krav.

Av det ovan sagda framgår att det i anbudsformuläret inte uppställs några *ska-krav* avseende elastisk korttids/engångsbinda, att de krav som anges i prisformuläret inte utgör *ska-krav* och att beskrivningarna av efterfrågade produkter i prisformuläret istället endast beskriver ett behov/krav, dvs. en funktion under rubriken ”Benämning” genom uppgiften ”Binda 130 %. Elastisk korttids/engångsbinda”.

Funktionen av en fixeringsbinda är att fixera underliggande förband. Viktiga funktioner för bindan kan vara materialsammansättning. Vanligt förekommande material är bomull, viskos och polyester, antingen i ren form eller i en blandning av nämnda material. I de flesta fall krävs också att produkten ska vara latexfri av miljö- och allergiskäl. Det är också väsentligt om produkten är kräppad eller inte då en kräppad binda inte glider lika lätt på patienten och har därmed betydelse för funktionaliteten och stabiliteten. Avseende elasticiteten på en fixeringsbinda skiljer det sig marginellt mellan

130 och 120 procent, till och med så lite att det går inom en felmarginal när bindan tillverkas. Elasticitet mellan 120 och 130 procent påverkar därmed inte funktionaliteten.

Bolaget har offererat en binda med en elasticitet om 120 procent. Den offererade bindan har i alla avseenden likvärdig funktion som en binda med 130 procent elasticitet. Eftersom uppgiften om 130 procent i prisformuläret endast utgör en del av beskrivningen av den funktionalitet som efterfrågas av den kräppade korttids/engångsbindan uppfyller den av Bolaget offererade produkten den efterfrågade funktionaliteten. Tilldelningsbeslutet är därför korrekt och återtagandebeslutet felaktigt.

Kriminalvårdens påstående att det av prisformuläret framgår att elasticiteten ska vara 130 procent är felaktigt och saknar inte bara stöd i formuläret utan också i förfrågningsunderlaget i övrigt. Det är väsentligt att skilja på de begrepp och definitioner som Kriminalvården använt i sin kravställning. Av Kriminalvårdens argumentation framgår att myndigheten rör ihop ska-krav med (enkla) krav. Att det inte uppställts något ska-krav avseende elasticiteten framgår tydligt av förfrågningsunderlaget eftersom det däri inte återfinns något sådant ska-krav.

Elasticiteten 130 procent är ostridigt inte angiven som ett ska-krav i anbudsformulär 2.3.2 Produktspecifika krav. Däremot nämns kravet om 130 procent elasticitet i prisformuläret. Och i denna bilaga saknas helt ska-krav. Notera att ordet som används i hänvisningen till prisformuläret är "krav" och inte "ska-krav". Eftersom distinktionen i ordval återfinns i samma mening i underlaget måste en åtskillnad vara avsedd. Under alla förhållanden har Bolaget haft befogad anledning att utgå från att de anbudsförutsättningar som Kriminalvården anger i sitt underlag är korrekta och att det är skillnad på ska-krav och krav.

Bolaget bestrider Kriminalvårdens påstående att det utifrån antalet frågor och svar har stått klart för Bolaget att kraven i prisformuläret skulle utgöra ska-krav. Tvärtom gör Bolaget gällande att motsatsen framgår av svaren på frågorna i vilka avsteg från måttangivelser medges och efterfrågad funktion framhålls.

Proportionalitetsprincipen innebär att en upphandlande myndighet inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kriminalvården har genom återtagandebeslutet tillämpat kravet om viss elasticitet i strid med förfrågningsunderlaget, kravets syfte och i strid med proportionalitetsprincipen. Det saknas även av dessa skäl sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen.

En elasticitet om 120 procent för nu aktuella produkter/funktionalitet utgör standard inom svensk vård och även den andre anbudsgivaren har offererat bindor med 120 procents elasticitet (dock av annat fabrikat). Det är riktigt som Kriminalvården konstaterat att inte någon intressent ställt frågor avseende elasticiteten. Bolaget gör gällande att orsaken därtill är den att det varit så självklart för intressenter/anbudsgivarna att en elasticitet om 120 procent ger helt likvärdig funktion med den efterfrågade funktionen.

Kriminalvården har genom återtagandebeslutet tillämpat kravet om 130 procents elasticitet i strid med förfrågningsunderlagets lydelse och det uppställda kravets syfte. Kriminalvården har därigenom brutit mot proportionalitetsprincipen och mot transparensprincipen.

Kriminalvården

Av det meddelande som skickats elektroniskt till anbudsgivarna den 2 mars 2016 via upphandlingsverktyget TendSign framgår tydligt att Kriminalvår-

den beslutat att återta tilldelningsbeslutet och avbryta upphandlingen gällande sjukvårdsmaterial, då antagen anbudsgivares anbud gällande vissa produkter inte uppfyller ställda krav. Att fullfölja upphandlingen skulle därmed ha stått i strid mot de upphandlingsrättsliga principerna. Orsaken till avbrytandet av upphandlingen har även klargjorts för Bolaget vid ett telefonmöte den 4 mars 2016. Frågan i målet är därmed enligt Kriminalvårdens uppfattning huruvida beslutet att avbryta upphandlingen skett i enlighet med LOU.

Den i målet aktuella upphandlingen har genomförts i form av ett öppet förfarande utan möjlighet till förhandling. Efter genomförd utvärdering av inkomna anbud fattades tilldelningsbeslut den 22 februari 2016, varvid Bolagets anbud antogs som det vinnande. Kriminalvården har emellertid därefter uppmärksammat att Bolagets anbud gällande produkten "Elastisk korttids/engångsbinda" inte uppfyller uppställt krav. Av prisformuläret framgår att elasticiteten ska vara 130 procent, medan de av Bolaget offererade bindorna endast har 120 procents elasticitet. Kriminalvården gjorde därför bedömningen att det skulle strida mot de krav på affärsmässighet och proportionalitet som framgår av 1 kap. 9 § LOU att fullfölja upphandlingen. Av denna anledning återkallades tilldelningsbeslutet.

Kriminalvården konstaterar att avsnitt 2.3 i förfrågningsunderlaget reglerar de produktkrav som Kriminalvården uppställt i upphandlingen. Av punkten 2.3.1.1 framgår följande. "Efterfrågade avtalsprodukter i rubricerad upphandling redovisas i bifogad Bilaga 1_prisformulär. Varuspecifikationen/prisformulären ska fyllas i av anbudsgivaren och bifogas anbudet i Excelformat." Vidare framgår att "I anbudsformulär 2.3.2 Produktspecifika krav, anges ska-krav som *utöver de krav* som finns i Bilaga 1_prisformulär ska uppfyllas för angiven position." Slutligen framgår av punkten 2.3.1.2 att "Leverantören ska kunna erbjuda hela den sortimentsbredd som efterfrågas i Bilaga 1_prisformulär, dvs. 100 procent av alla positioner ska vara ifyllda."

Mot bakgrund av ovanstående utgör de uppgifter som anbudsgivarna har instruerats att lämna i prisbilagan otvivelaktigt ska-krav i upphandlingen. Att det i punkten 2.3.1.1 även framgår att Kriminalvården inte krävt att anbudsgivaren ska ange en specifik produkt eller ett specifikt artikelnummer innebär inte att offererade produkter som inte uppfyller beskrivningen i prisbilagan kan accepteras. Att det under anbudstiden inkommit ett stort antal frågor och begäranden om förtydligande till Kriminalvården rörande uppfyllande av kraven i prisbilagan talar också för att detta måste ha stått klart för anbudsgivarna. Det kan i sammanhanget noteras att Bolaget ställde en fråga rörande om avvikande mått kunde accepteras avseende elastisk korttids/engångsbinda. Bolaget har dock inte ställt någon fråga angående elasticiteten av desamma.

Bolagets uppfattning att de krav som uppställts i prisformuläret, till skillnad från de krav som uppställts i avsnitt 2.3 i förfrågningsunderlaget, inte utgör obligatoriska utan (enkla) krav i upphandlingen tillbakavisas. Det skulle i så fall innebära att det står anbudsgivarna fritt att offerera valfri produkt, utan att de särskilda behov av varje enskild sjukvårdsprodukt som Kriminalvården identifierar är uppfyllda. En sådan tolkning framstår minst sagt som orimlig och står i strid med upphandlingens syfte enligt punkten 1.2.2 i förfrågningsunderlaget. En sådan tolkning skulle också innebära betydande gränsdragningsproblem när det gäller hur mycket offererade produkter i så fall får avvika från kraven i prisbilagan. Under alla förhållanden har detta inte varit myndighetens avsikt i upphandlingen. Kvalificeringen av de anbud som inkommit i upphandlingen har gjorts utifrån att de aktuella kraven varit obligatoriska. Att fullfölja upphandlingen under andra förutsättningar skulle därmed inte vara i överensstämmelse med bl.a. likabehandlingsprincipen. Snarare bör ett sådant ställningstagande vara ett uttryck för att det finns otydligheter i förfrågningsunderlaget och att det således funnits brister i upphandlingen. Den åtgärd som därmed bör komma i fråga är enligt Kriminalvårdens uppfattning att upphandlingen ska göras om, vilket även varit

syftet med beslutet att avbryta densamma.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Rättslig reglering

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

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.

En upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 43). Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling finns inte, utan myndigheten har rätt att avbryta en upphandling fram till dess ett upphandlingskontrakt föreligger (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 februari 2009 i mål nr 3226-08). Ett beslut om avbrytande måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Möjligheten att avbryta en upphandling är emellertid inte begränsad till situationer där det föreligger allvarliga eller tungt vägande skäl, men en förutsättning är att den upphandlande myndigheten följer de grundläggande reglerna i fördraget (se bl.a. mål C-92/00 HI).

Förvaltningsrättens bedömning

En huvudregel enligt upphandlingslagstiftningen är att de obligatoriska krav som anges i förfrågningsunderlaget normalt måste vara till fullo uppfyllda för att en upphandlande myndighet på grundval av ett anbud ska kunna tilldela viss anbudsgivare upphandlat kontrakt.

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att utforma förfrågningsunderlaget och ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot LOU eller unionsrättsliga principer. Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa vilka omständigheter som ligger till grund för talan.

Bolaget har i målet gjort gällande att uppgiften om 130 procent elasticitet i prisformuläret inte utgör ett obligatoriskt krav i upphandlingen utan endast en del av beskrivningen av den funktionalitet som efterfrågas av den kräppade korttids/engångsbindan och att den av Bolaget offererade produkten, som erbjuder en likvärdig funktion, därför uppfyller ställda krav och ska godtas. Bolaget har vidare gjort gällande att Kriminalvårdens tillämpning av det aktuella kravet står i strid med förfrågningsunderlaget, kravets syfte och proportionalitetsprincipen.

Det är förvaltningsrättens bedömning att förfrågningsunderlagets innehåll inte ger stöd för den tolkning som Bolaget angett avseende punkten 2.3.1.1 i förfrågningsunderlaget och dess koppling till relevant del av prisformuläret. Enligt förvaltningsrätten framgår det tydligt och klart att kravet på att de kräppade korttids/engångsbindorna ska ha en elasticitet på 130 procent är ett obligatoriskt krav i upphandlingen som måste vara uppfyllt för att ett anbud ska kunna upptas till slutlig anbudsutvärdering. Denna bedömning grundar förvaltningsrätten dels på det som framgår av lydelsen av punkten 2.3.1.1,

nämligen att både anbudsformulärets avsnitt 2.3.2 och prisformuläret innehåller krav som ”ska uppfyllas för angiven position”, dels på att själva uppgiften som sådan inte lämnar något utrymme för s.k. likvärdiga alternativ, till skillnad från t.ex. uppgiften om mått på samma binda, som Bolaget har begärt förtydligande om, som innehåller ordet ”cirka” som i sig öppnar upp för en viss skillnad mellan erbjudna prissatta produkter. Huruvida Kriminalvården använt begreppet ”ska-krav” för både kraven i anbudsformuläret och i prisformuläret har därvid inte, utifrån föreliggande omständigheter, någon betydelse för bedömningen om kravet ifråga är obligatoriskt eller inte. Det är vidare enligt förvaltningsrätten inte visat att Kriminalvården på sätt Bolaget påstått i förhållande till Bolagets anbud eller i övrigt på annat sätt har tillämpat ifrågasatt krav i strid med LOU med bl.a. dess grundläggande princip om proportionalitet.

Mot bakgrund av det anförda finner förvaltningsrätten att Bolagets anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet om viss elasticitet för de kräppade korttids/engångsbindorna som uppställts i upphandlingen. Kriminalvården har därför haft fog för sitt beslut att utesluta Bolagets anbud från slutlig anbudsutvärdering. Med beaktande av att inga godkända anbud därmed kvarstod i upphandlingen förelåg saklig grund att avbryta upphandlingen. Grund för att på av Bolaget angiven grund upphäva avbrytandebeslutet finns således inte varför ansökan om överprövning ska avslås.

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

Tomas Kjellgren

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag 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.