



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Avdelning 33

DOM
 2017-03-24
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 27013-16

SÖKANDE

ViTri Medical AB, 556677-6679

Ombud:

1. Advokat Linus Jonson
 2. Advokat Einar Wanhainen
- Advokatfirma DLA Piper Sweden KB
 Box 7315
 103 90 Stockholm

MOTPART

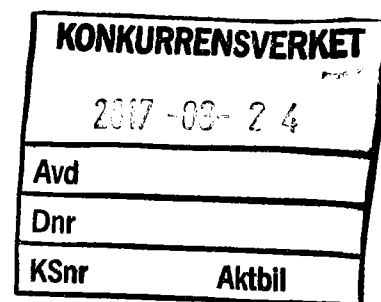
Stockholms läns landsting

Ombud:

Landstingsjuristen Johan Johansson
 Box 22550
 104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 821610

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag–fredag 08:00-16:30
		E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se www.domstol.se/forvaltningsratt		

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting genomför i ett öppet förfarande en upphandling av förbandsartiklar till landstingets verksamheter (SLL570). Anbud kan lämnas på hela eller delar av sortimentet. Upphandlingen är uppdelad i flera olika produktgrupper (positionsgrupper) och anbud ska lämnas för samtliga positioner i en och samma grupp. ViTri Medical AB har lämnat anbud på bl.a. Produktgrupp 19, som avser filmförband av olika storlekar, men anbudet har förkastats av landstinget.

ViTri Medical AB (ViTri) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen avseende Produktgrupp 19 får avslutas först efter rättelse genom att bolagets anbud utvärderas. I andra hand yrkas att upphandlingen avseende Produktgrupp 19 ska göras om. Som grund för ansökan anförs bl.a. följande. Bolagets anbud uppfyller samtliga ska-krav och borde ha utvärderats. Det är oklart vilka ska-krav som landstinget menar att produkten inte uppfyller. Bolaget har levererat den aktuella produkten till landstinget under närmare fyra år och i princip samma krav uppställdes då i förfrågningsunderlaget. Bolaget har också tilldelats kontrakt avseende leverans av produkten i flera andra landsting där motsvarande krav ställts. Det har inte redovisats vilka tester den grupp som utförde utvärderingen gjort eller hur utvärderingen gått till. Om ett förband har god vidhäftningsförmåga och är lätt att ta bort kan prövas systematiskt och utifrån vetenskaplig metod på grundval av objektiva uppställda kriterier. Landstinget har inte angivit vilka bedömningskriterier som skulle komma att tillämpas vilket strider mot kravet på förutsebarhet. Landstinget har därför inte prövat bolagets anbud på ett objektiva, förutsebart och transparent sätt och landstinget har därigenom brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU. Ska-kraven i förfrågningsunderlaget och bedömningskriterierna har vidare varit både oförutsägbara och icke-transparenta vilket är i strid mot LOU.

Exempelvis är kravet att produkten ska ”vara enkel att hantera” generellt angivet och hur kravet ska förstås, uppfyllas och utvärderas har landstinget inte närmare angivit. Det framgår inte heller hur landstinget genomfört prövningen av anbudens kravuppfyllelse vilket är i strid med principen om transparens. Hade inte landstinget felaktigt förkastat bolagets anbud och istället utvärderat det hade ViTri varit den anbudsgivare som erbjudit det lägsta priset och tilldelats kontraktet. Landstinget har dessutom utvärderat produktens kravuppfyllelse utifrån en tolkning av kraven som varken varit förutsebar eller transparent varför bolagets anbud felaktigt förkastats. Därför har bolaget lidit skada.

Landstinget bestrider bifall till ViTris ansökan och anför bl.a. följande. Prövning och utvärdering av inkomna anbud har genomförts enligt annonserad modell i enlighet med de grundläggande unionsrättsliga principerna och LOU. Upphandlingen har genomförts av landstinget i samarbete med en expertgrupp med inriktning på särskild sårvård. Samtliga i gruppen har lång och beprövad erfarenhet av förband och produkter för sårbehandling. Utvärderingen har utförts på ett objektivt sätt. Det framgår av rättspraxis att en domstol endast bör ingripa mot bedömningar vid uppenbara fel som inskränker sig till principerna i 1 kap. 9 § LOU. Det ska även understrykas att en upphandlande myndighet har rätt till sina egna preferenser. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas så länge de inte strider mot LOU eller EU-rätten. Landstinget har i förfrågningsunderlaget tillräckligt tydligt visat på vilket sätt kvalificeringen och utvärderingen går till och förutsättningarna för att lämna anbud. Landstinget har inte handlat i strid med de upphandlingsrättsliga principerna och särskilt inte mot lika-behandlingsprincipens krav på ovidkommande hänsyn eller transparensprincipens krav på tydlighet och förutsägbarhet. Av de generella produktkraven framgår att produkten ska vara enkel att hantera i praktiken. Kravet är ställt för att säkerställa säker hantering under alla förhållanden. Vid expertgruppens tester har ViTris produkt inte uppfyllt de positionsspecifika

kraven för Produktgrupp 19 avseende att produkten ska ha god vidhäftningsförmåga och behålla funktionen under hela behandlingstiden. Expertgruppen anmärkte också på att kanten på det sterila förbandet är för smalt vilket kan leda till ökad risk för kontaminering och att produkten inte är enkel att hantera ute i verksamheterna. Vidare lider inte ViTri skada eller riskerar att lida skada i den mening som avses i LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Lagen (2007:1091) om offentlig upphandling har genom lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, som trädde i kraft den 1 januari 2017, upphävts. Av övergångsbestämmelser framgår dock att den upphävda lagen gäller för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades innan den 1 januari 2017 varför lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, är tillämplig.

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.

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

ViTris anbud

ViTri anför att deras anbud uppfyller samtliga ställda krav och att det är oklart vilka krav som landstinget anser att deras anbud inte uppfyller.

Bedömningen som landstingets testgrupp utfört har varit godtycklig. Landstinget har inte prövat ViTris anbud på ett objektivet, förutsebart och transparent sätt.

Landstinget har i yttrande till förvaltningsrätten anfört att ViTris produkt inte uppfyller det generella kravet att produkten ska vara enkel att hantera i praktiken eller kraven enligt kravspecifikationen för Produktgrupp 19 att produkten ska ha god vidhäftningsförmåga och behålla funktionen under hela behandlingstiden. De tester som landstingets expertgrupp genomfört visade att produkten hade för smala kanter samt att förbanden släppte ifrån huden i kanterna och inte behöll sin form under behandlingstiden.

ViTri har anfört att de tidigare har tilldelats kontrakt med landstinget för samma produkt och att det därför finns skäl att ifrågasätta landstingets bedömning av kravuppfyllelsen. Förvaltningsrätten konstaterar att varje upphandling är unik och förutsättningarna i varje upphandling är olika. Det som ViTri anfört i denna del medför inte att det finns skäl att ifrågasätta landstingets bedömning av produktens uppfyllande av ska-kraven (jfr. Kammarrätten i Göteborgs dom den 17 augusti 2009 i mål nr 3655-09).

I vissa fall måste ska-krav kunna bli föremål för en subjektiv bedömning. Det är då den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling som därför får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget (jmf. Kammarrätten i Stockholms dom den 5 september 2012 mål nr 2304-12). Eftersom ViTris produkt rullar upp sig går det att sluta sig till att kraven om att produkten ska ha mycket god vidhäftningsförmåga och behålla funktionen under hela behandlingstiden i kravspecifikationen för produktgrupp 19 därmed inte är uppfyllda. Förvaltningsrätten anser vidare att eftersom ViTris produkt är svår att ta av innebär det att kravet om att produkten ska vara enkel att hantera i praktiken i krav-

specifikationen, punkten 4 Produktspecifika krav, inte är uppfyllt. Det kan därmed fastläggas vilka krav som ViTris anbud inte uppfyller även om landstinget vid granskningen av anbuderna inte hänvisat till exakt vilket krav som åsyftats utan endast beskrivit produkternas brister.

Förvaltningsrätten anser att det inte framkommit skäl att ifrågasätta testgruppens bedömning av de generella och produktspecifika kraven för produktgrupp 19. Kraven har varit tillräckligt tydligt formulerade och det har därför gått att sluta sig till vilka tester som varit tvunget att göras för att kontrollera produkterna. Alla anbud har vidare prövats av samma testgrupp. Att ViTris produkt inte uppfyller alla ska-krav kan därmed inte ses som någon brist på transparens eller förutsebarhet. Ansökan om överprövning ska därför avslås i denna del.

Brister i förfrågningsunderlaget

ViTri anför att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmetoden varit både oförutsebara och icke-transparenta, i strid mot LOU. Ska-kraven i förfrågningsunderlaget och bedömningskriterierna avseende produktgrupp 19 är inte förutsebara och utformade i strid mot principen om transparens. Som exempel anför ViTri att kravet att produkten ska ”vara enkel att hantera” är generellt angivet och hur kravet ska förstås, uppfyllas och utvärderas har landstinget inte närmare angivit. Landstinget har vidare inte redovisat vilka tester som testgruppen genomfört, hur utvärderingen gått till eller angett vilka bedömningskriterier som tillämpats.

Vad gäller de av ViTri påstådda bristerna i förfrågningsunderlaget konstaterar förvaltningsrätten inledningsvis att rätten inte kan besluta om ingripande om inte sökanden på ett klart sätt anger på vilka omständigheter som talan grundas på (se RÅ 2009 ref. 69). Förvaltningsrätten kommer därför

endast pröva de ”exempel” som ViTri angivit som brister i förfrågningsunderlaget.

Av kravspecifikationen framgår under punkt 4.1, Generella produktkrav, en mängd olika krav på produkterna bl.a. att produkten ej ska fastna i sår, inte ge skada eller irritation, att samtliga produkter ska behålla form och funktionalitet under behandlingstiden, att samtliga produkter ska vara parfymfria och att produkten ska vara enkel att hantera i praktiken.

Transparensprincipen föreskriver att upphandlingen ska ske på ett öppet sätt. Den upphandlande myndighetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud (Jfr. kammarrätten i Göteborgs dom den 14 september 2010 i mål nr 1562-10). De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten anser visserligen att skrivningen att ”produkten ska vara enkel att hantera i praktiken” är något vag. Det går dock att sluta sig till vad kravet avser att uppnå avseende de aktuella produkterna. Sedd i sitt sammanhang, tillsammans med de övrigt angivna kraven, anser förvaltningsrätten att kravet är tillräckligt tydligt och att ViTri pga. kravet inte varit förhindrad att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Vad gäller frågan om huruvida landstinget borde ha redovisat vilka tester som testgruppen genomfört, hur utvärderingen gått till och vilka bedömningskriterier som tillämpats anför förvaltningsrätten följande.

Av anbudsinbjudan framgår under punkt 10.3 att där behov finns kommer tester att genomföras och SLL kan komma att begära in ytterligare produktprover. Av punkt 11.1 framgår vidare att utvärderingen börjar med den vara/grupp som har det lägsta priset. Därefter görs en kontroll om varan/gruppen uppfyller obligatoriska kraven i kravspecifikationen.

Landstinget har i yttrande till förvaltningsrätten förklarat att testgruppen har bestått av legitimerade sjuksköterskor med särskild inriktning på särskild sårvård. Samtliga i expertgruppen har lång och beprövad erfarenhet av förband och produkter för sårbehandling.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i den allmänna kravspecifikationen och kravspecifikationen för produktgrupp 19 tydligt framgår vilka krav som produkterna ska uppfylla. Det har även framgått att en utvärdering av produkterna med en testgrupp skulle kunna ske. Förvaltningsrätten anser att kraven varit tillräckligt tydligt formulerade och att det därför går att sluta sig till vilka tester som varit tvunget att göras för att kontrollera produkterna. Förvaltningsrätten har ingen invändning mot användandet av den expertgrupp som landstinget beskrivit, och anser att det inte heller framkommit skäl att ifrågasätta gruppens bedömning av de generella och produkt-specifika kraven för produktgrupp 19.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det saknas skäl för ingripande mot upphandlingen, eftersom det inte framkommit att landstinget överträtt LOU eller någon annan relevant regel eller princip på sätt som ViTri lidit skada av eller riskerar att lida skada av. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1A LOU).

Lisa Willman

Förvaltningsrättsfiskal

☉ Förvaltningsrättsnotarien Charlotta Fröhammar har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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.