


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**
**DOM**  
2014-02-25  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
13028-13  
Avdelning 2 Enhet 23

**SÖKANDE**

Medcore Sweden AB, 556592-3710  
Box 6065  
164 06 Kista

Ombud: Advokat Maria Lindegård Eiderholm  
Advokatfirman Lindberg & Saxon AB  
Cardellgatan 1  
114 36 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Rikard Teréus  
Advokatfirman Lindberg & Saxon  
Cardellgatan 1  
114 36 Stockholm

**MOTPART**

Västra Götalands läns landsting  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

Ombud: Linda Stalfors  
c/o Västra Götalandsregionen  
Regionkansliet  
Residenset, Torget  
462 80 Vänersborg

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

**KONKURRENSVERKET**

2014-02-25

Avd

Dnr

KSnr

Aktbil

Dok.Id 250516

Postadress  
Box 53197  
400 15 Göteborg

Besöksadress  
Sten Sturegatan 14

Telefon  
031 - 732 70 00

Telefax  
031 - 711 78 59

E-post: [forvaltningsrattenigoteborg@dom.se](mailto:forvaltningsrattenigoteborg@dom.se)

Expeditionstid  
måndag - fredag  
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

13028-13

**BAKGRUND**

Västra Götalands läns landsting (landstinget) har genom förenklat förfarande genomfört en offentlig upphandling av mikrovågsutrustning för tumörablation till Buk-kärl-sektionen, Radiologi, Sahlgrenska Universitetssjukhuset, dnr SN 171-2013. Med uttrycket utrustning avsågs ett lån av generator/elektronikenhet samt köp av engångsprober/applikator. Av tilldelningsbeslutet från den 22 november 2013 framgår att det endast lämnades ett anbud i upphandlingen, vilket även tilldelades avtalet.

**YRKANDEN M.M.**Ansökan om överprövning

Medcore Sweden AB (Medcore) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om och anför i huvudsak att förfrågningsunderlaget med tillhörande kravspecifikation är utformade i strid med principerna i 1 kap. 9 § LOU.

I första hand görs gällande att landstinget genom att ställa upp samtliga ekonomiska förutsättningar och konkurrensmöjligheter som skall-krav begränsat kraven för att passa endast en aktör i strid med likabehandlingsprincipen. Uppställningen är också i strid med proportionalitetsprincipen då kraven är utformade på ett oskäligt hårt vis i förhållande till syftet med upphandlingen. Kraven utgör ett direkt konkurrenshinder mot Medcore Sweden AB som annars torde ha kunnat erbjuda den ekonomiskt mest fördelaktiga produkten i förhållande till uppställda funktionskrav. Landstingets kravspecifikation är utformat på så sätt att samtliga ekonomiska konkurrensmöjligheter, under rubrikerna kommersiella villkor och anbudspriser, utgör skall-krav. Detta gäller punkterna 8,15,17-18 och 58. Brukligt sett bedöms de ekonomiska faktorerna i anbudsvärderingen och inte som obligatoriska krav som kan leda till uteslutning. Landstinget har dock i

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

13028-13

stället utformat de olika ekonomiska kraven på ett väldigt begränsande sätt där det endast är tillåtet att ha en kostnad på en av biprodukterna, applikatorn. Landstinget har genom sitt förfarande begränsat möjliga anbudsgivare genom att det bara var en enda anbudsgivare, som även vann upphandlingen, som kunde erbjuda applikatorn till ett så lågt pris att skall-kravet är uppfyllt. Genom att bestämma att endast en kostnad får finnas för applikatorn finns risk att leverantörer utesluts som visserligen kan ge ett bud som ger en betydligt lägre totalkostnad, men där denna hänför sig till en annan del av den upphandlade produkten. Konkurrensmöjligheten i förhållande till de leverantörer som inte uppfyller de ekonomiska skall-kraven och därmed utesluts, men som skulle ha presterat väl i övriga kategorier, försvinner således när de ekonomiska kraven görs obligatoriska. Följden blir att det vinnande anbudet i slutändan inte behöver vara det mest ekonomiskt fördelaktiga för landstinget. Hade de ekonomiska kravspecifikationen i stället utformats som bör-krav hade en aktör som under övriga kravkategorier, som funktion och utbildning, kunnat erbjuda en bättre produkt fortfarande varit med i utvärderingen.

I andra hand görs gällande att Landstinget genom att i punkt 89 i kravspecifikationen ställa upp krav på att "utrustningen bör finnas i klinisk drift på universitetsklinik i Sverige, med goda driftserfarenheter" handlat i strid mot såväl proportionalitetsprincipen som principen om ickediskriminering. Landstinget har genom detta krav begränsat urvalet till det fåtal aktörer som tillhandahåller utrustningen i klinisk drift på svenska universitetskliniker. Kravet är geografiskt begränsande utan saklig grund. Det finns inget som tyder på att kostnaden skulle ha blivit högre för en undersökning på till exempel ett norskt eller danskt sjukhus än i till exempel Umeå. Genom sitt handlande har landstinget begränsat urvalet till två aktörer, Medcore och det vinnande anbudet.

I tredje hand görs gällande att utformningen av förfrågningsunderlag och kravspecifikation gör att det är omöjligt för en leverantör att förutse vad

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

13028-13

som kommer att tillmätas betydelse vid en anbudsvärdering och hur den kommer att genomföras. Detta leder till att utformningen strider mot principerna om transparens och förutsebarhet. Kriterierna för poängtilldelning vid utvärderingen är inte tydliga. Samtliga börkrav i punkterna 40 till 47 innehåller godtyckliga bedömningar. Det framgår varken av förfrågningsunderlag eller kravspecifikation hur en leverantör ska kunna visa att produkterna uppfyller de ovan redovisade kraven. Utan närmare beskrivning är det omöjligt för en leverantör att på förhand veta något överhuvudtaget om hur landstinger kommer att bedöma om en applikator har t.ex. god funktion, om en generator är lätt att flytta eller om en kabel är lätt och flexibel. Det går därmed inte att förutse hur poängtilldelningen görs eller vad som krävs för att få maxpoäng för varje krav. Det framgår inte ens om det kan utdelas andra poäng än maxpoäng under respektive krav. Det framgår inte heller hur landstinget ska utvärdera produkterna och om de tänkt utvärdera på egen hand eller förlita sig på leverantörernas egenkontroller. Det har inte heller redovisats hur den faktiska utvärderingen gått till eller om det vinnande anbudet faktiskt uppfyllde kravet på en uppfyllnadsgrad om minst 50 procent. Punkt 35 saknar vidare maxpoäng. Vid en utvärdering av den egna produkten och det vinnande anbudet skulle Medcores anbud ha varit det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet om inte Medcore hindrats från att delta i utvärderingen, detta visas av bifogat underlag.

Landstingets agerande och tilldelningsbeslut innebär att Medcore lidit skada då Medcore genom förfrågningsunderlagets och kravspecifikationens rättsstridiga utformning inte haft möjlighet att vinna upphandlingen. På grund av kravet på en högsta kostnad för applikatorn har Medcore inte kunnat lämna ett anbud. De skulle annars ha kunnat lämna det vinnande anbudet. Eftersom Landstingets upphandling är felaktigt utförd ska den göras om. Enligt EU-domstolspraxis att ett prövningsförfarande ska kunna återopas av "var och en som har haft intresse av att tilldelas ett visst of-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

13028-13

fentligt kontrakt". Det finns således inget krav på att en leverantör ska ha deltagit i anbudsprocessen för att kunna ansöka om överprövning.

Landstingets inställning

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Det stämmer att landstinget valt att ställa vissa ekonomiska krav som skallkrav. Upphandlingen var utformad på så sätt att landstinget efterfrågade ett kostnadsfritt lån av generator och ett köp av varje använd applikator. Kostnaden för applikatorn angavs med ett pristak på maximalt 10 000 kr styck. Upphandlingen utformades så för att markera landstingets budget för den aktuella upphandlingen. Genom att utforma upphandlingen på så sätt är det möjligt att få ett fördelaktigt sätt finna en positiv affärsuppgörelse för både leverantörer och landstinget. Då det är landstingets budget som styr tillgängliga resurser kan ett så kallat pristak för upphandlingens kostnad inte anses vara i strid med proportionalitetsprincipen. Genom att lägga pristaket som ett skallkrav i kvalificeringsfasen vet anbudsgivarna vilka ekonomiska ramar som gäller och vilka krav som nödvändigt måste uppfyllas. Det kan inte heller anses stå i strid med likabehandlingsprincipen då pristak inte på något sätt utesluter eller pekar ut någon specifik anbudsgivare. Det utgör inte något konkurrenshinder för någon anbudsgivare. Det finns inte något som hindrar att anbudsgivarna lägger ett lägre pris än det pristak som angetts. Det stämmer därmed inte att samtliga ekonomiska konkurrensmöjligheter utgör skallkrav. Landstinget har inte heller valt att utesluta någon anbudsgivare utan anbudsgivarna har haft möjlighet att konkurrera både ifråga om pris och funktion.

Det strider inte heller mot proportionalitetsprincipen att kräva att en utrustning bör finnas i klinisk drift på universitetsklinik i Sverige med goda driftserfarenheter. Att begära att en efterfrågad produkt ska finnas för någon form av undersökning är både till fördel för regionen som kan behöva komplettera vad som angetts i anbudet och för anbudsgivare som vill visa

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG

## DOM

13028-13

upp sin offererade produkt. Det är inget omöjligt krav att uppfylla och är dessutom endast ett bör-krav som utgör totalt 20 poäng av maximalt 515 poäng i utvärderingen. Kravet kan inte anses vara diskriminerande då möjligheten att visa sin utrustning på sjukhus utanför Sveriges gränser vore oskäligt i förhållande till kravets värde och den kostnad det skulle medföra. Kravet innebär inte att endast svenska leverantörer kan lämna anbud, vilket framgår tydligt av att avtalet tilldelades en dansk leverantör. Det kan inte heller i förhållande till kravets låga betydelse anses försvarbart att med skattemedel förflytta sig till annat sjukhus utanför Sverige med de kostnader en sådan resa medför. Medcore har även anfört att de uppfyllt det ifrågavarande kravet, varför det inte har inneburit något problem.

Vad gäller anbudsvärderingarna är det visst möjligt för en leverantör att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse. Anbudsvärderingen bygger på kunskap och erfarenhet samt följer förutbestämda krav, vilka framgår av kravspecifikationen. Detaljerade uppgifter om vad som krävs för att uppnå högsta poäng är inte möjligt med hänsyn till den totala bedömningen av både anbud och eventuell undersökning av offererad produkt. Det skulle innebära en begränsning för anbudsgivare med alternativa produkter med då det finns flera olika produkter på marknaden. Vad gäller punkt 35 så är detta inte något utvärderingskriterium, vilket framgår tydligt av bilagan för utvärderingen där poäng tilldelas först från och med punkt 40.

Medcore har valt att inte lämna anbud, varför de inte har kunnat utvärderas. Det finns därför inte någon möjlighet för landstinget att uttala sig om påståendet att Medcore skulle ha kunnat lämna det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. De kan därmed inte heller visa att de lidit skada. De har inte heller visat på vilket sätt de anser sig ha varit förhindrade att lämna anbud eller på vilket sätt landstinget handlat i strid med LOU. Tvärtom har de gett in en egen beräkning av sitt potentiella anbud som bygger på det aktuella förfrågningsunderlaget. Av den egna beräkningen framgår även att det vinnande anbudet uppnår en uppfyllnadsgrad på mer än 80 procent av

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG****DOM**

13028-3

7

bör-kraven. Inga andra leverantörer har påpekat några oklarheter i den aktuella upphandlingen.

**DOMSKÄL***Tillämpliga bestämmelser*

11 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 skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iaktas.

Av 16 kap. 5 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrättens prövning avser om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten genom utformningen av förfrågningsunderlaget har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU. I prövningen ska endast de grunder som sökanden har framfört i målet beaktas (Högsta Förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är om upphandlingen genomförts i strid med likabehandlings- och proportionalitetsprincipen genom att vissa ekonomiska förutsättningar är uppställda som skall-krav, bl.a. i form av pristak. Medcore gör gällande att detta även utgör ett konkurrenshinder och att pristaket i punkt 15 förhindrat dem från att lämna ett

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG

## DOM

13028-3

anbud i upphandlingen. Av punkt 15 framgår att kostnaden för en applikator inkl. frakt inte ska överstiga 10 000 kr styck.

Landstinget, är den part som bäst vet vilka ekonomiska förutsättningar myndigheten har för denna typ av utrustning. Av RÅ 2009 ref. 43 framgår bl.a. att en upphandlande myndighet har rätt att avbryta en upphandling om utvärderingen visar att budgeten skulle överskridas. Om en myndighet vet att man har stora kostnader för en viss typ av tjänst eller vara och har en viss fastställd budget att hålla sig till, torde det vara bättre att redan i förfrågningsunderlaget uppställa takpriser än att riskera att behöva avbryta en upphandling på grund av att budgeten överskrids.

Förvaltningsrätten finner således inte skäl att ifrågasätta landstingets syfte med det uppställda högsta priset per applikator. Med hänsyn till syftet med upphandlingen och den begränsade budget landstinget haft anser förvaltningsrätten inte att förfarandet strider mot proportionalitetsprincipen. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte kommit fram något som tyder på att det inte skulle vara möjligt att konkurrera under det angivna takpriset. Eftersom det inte heller är visat på vilket sätt skall-kraven skulle kunna anses gynna vissa leverantörer i förhållande till andra anser förvaltningsrätten inte heller att det strider mot likabehandlingsprincipen.

Eftersom Medcore inte heller har lämnat något eget anbud med ett eget prisförslag går det inte heller att se att de på annat sätt kunnat hålla ned kostnaderna på så sätt som landstingets budget erfordrat. Det har inte heller kommit fram att de åberopade skall-kraven, enskilt eller tillsammans, utgör ett hinder för anbudsgivare att gå med skäligen vinst. Skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att skall-kraven i punkterna 8, 15, 17-18 samt 58 i förfrågningsunderlaget strider mot principerna enligt LOU saknas därför.



FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG

## DOM

13028-3

Härefter har förvaltningsrätten att ta ställning till om punkt 89 i kravspecifikationen om att "utrustningen bör finnas i klinisk drift på universitetsklinik i Sverige, med goda driftserfarenheter" strider mot proportionalitetsprincipen. Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt i målet att Medcore, för det fall att anbud skulle ha lämnats, skulle ha uppfyllt denna punkt i kravspecifikationen. Medcore kan därmed, oavsett bör-kravets förenligheten med principerna i 1 kap. 9 § LOU, inte anses ha lidit skada till följd därav.

Vad gäller kriterierna för poängtilldelning gör Medcore gällande att bedömningen av punkterna 40 till 47 i kravspecifikationen är godtycklig och oförutsebar, varför de strider mot transparens- och förutsebarhetsprincipen. Bolaget anför vidare att landstinget inte visat att vinnande anbudsgivare uppfyllt kravet på en uppfyllnadsgrad om minst 50 procent.

En anbudsprövning består av två faser: kvalificeringsfasen, varvid anbudsgivarnas lämplighet kontrolleras utifrån kriterierna avseende ekonomisk och finansiell ställning samt teknisk kapacitet. De anbudsgivare som uppfyller minimikraven går vidare till utvärderings- eller tilldelningsfasen, där tilldelning sker i enlighet med kriteriet lägsta pris eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Medcore har som tidigare konstaterats inte lämnat något anbud i den aktuella upphandlingen och har inte visat att de sannolikt skulle ha gått vidare från kvalificeringsfasen till utvärderingsfasen om de hade gjort så. Medcore har uppgett att orsaken till att de valt att inte lämna ett anbud var de ekonomiska skall-kraven i förfrågningsunderlaget och har således inte gjort gällande att även utvärderingskriterierna haft denna åverkan. Det har inte heller framkommit skäl att ifrågasätta att det vinnande anbudet uppfyllt kravet på en uppfyllnadsgrad om minst 50 procent enligt förvaltningsrättens mening. Mot den angivna bakgrunden har det inte visats att Medcore lidit skada eller kan komma att lida skada till följd av de uppgivna bristerna i förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier. Överklagandet ska därför avslås.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG

DOM

13028-3

10

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



María Jolfors Detert

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Gabriella Fossum.



## 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 mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 kapitler i de ovan angivna lagarna.

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