

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING****DOM**
2015-10-15
Meddelad i
LinköpingMål nr
4400-15**SÖKANDE**Ecolab AB, 556062-9486
Box 164
125 24 ÄlvsjöOmbud: Advokat Stefan Brandt
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm**MOTPART**Region Östergötland
581 91 Linköping**SAKEN**

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDEFörvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen *Kemisk-tekniska produkter*, referensnummer UC-2014-136 avseende tilldelningsgrupp 3.3.3.

Dok.Id 221928

Postadress
Box 406
581 04 Linköping**Besöksadress**
Brigadgatan 3**Telefon**
013-25 11 00**E-post:**
forvaltningsrattenilinkoping@dom.se**Telefax**
013-25 11 40**Expeditionstid**
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Östergötland (regionen) genomför en upphandling benämnd *Kemisk-tekniska produkter*, referensnummer UC-2014-136. Upphandlingen genomförs som öppet förfarande och tilldelningsgrunden är lägsta pris. Upphandlingen är indelad i ett antal produktområden som i sin tur är indelade i tilldelningsgrupper. Utvärdering sker per tilldelningsgrupp. Genom beslut den 16 juni 2015 avbröts upphandlingen av tilldelningsgruppen 3.3.3 Handdesinfektionsmedel Preoperativt Etanolbaserad 500-600 ml flaska med pump eftersom inkomna anbud ej uppfyllde skall-kraven.

Ecolab AB (bolaget) ansöker om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen avseende tilldelningsgrupp 3.3.3. Bolaget yrkar att avbrytandebeslutet ska ogiltigförklaras/upphävas samt att regionen ska åläggas att fortsätta den avbrutna upphandlingen.

Regionen motsätter sig bifall till bolagets ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT*Bolaget*

Det saknas sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen. Bolaget har lämnat ett giltigt anbud och uppfyller samtliga skallkrav rörande den aktuella tilldelningsgruppen och ska därför tilldelas kontrakt. Regionen har via e-post den 16 juni 2015 meddelat att upphandlingen avbröts gällande tilldelningsgruppen för att inget giltigt anbud har lämnats. Först efter bolagets begäran har regionen redovisat vilka omständigheter som ska ha legat till grund för beslutet, grunden är att regionen har genomfört tester. Av e-post den 16 juni 2015 från regionen till bolaget framgår att bolagets produkt har testats av nio användare under en tvåveckorsperiod. Enligt region-

en visar testresultatet att produkten inte uppfyller skallkraven gällande att medlet ska vara återfettande samt inte ge klibbiga eller sträva händer vid upprepad användning. Hur utvärderingen av produkterna ska gå till regleras uteslutande av förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att några tester inte ska ske. Det framgår inte heller att utvärderingen ska baseras på testresultat.

Regionen har senare anfört att det funnits brister i förfrågningsunderlaget. Detta utgör inte en giltig grund för att avbryta upphandlingen i detta skede. Förfrågningsunderlaget har inte varit bristande – det har tvärtom varit tydligt i att inga tester av produkterna ska ske. Regionen har i den aktuella upphandlingen meddelat ett femtiotal tilldelningsbeslut utan att några tester rörande skallkrav har utförts. Om förfrågningsunderlaget är bristfälligt, vilket bestrids, så är det bristfälligt avseende hela upphandlingen, inklusive de tilldelningsbeslut som redan meddelats. Det kan inte anses vara godtagbart att hävda att det funnits brister i förfrågningsunderlaget, när det inte fanns någonting i förfrågningsunderlaget som ens antydde att produkterna skulle komma att testas eller hur dessa tester skulle se ut.

Regionen har även anfört att bristande konkurrens har utgjort skäl för avbrytandebeslutet. Det fanns inget förbehåll om detta i förfrågningsunderlaget, och denna grund framgick inte heller på något sätt i det ursprungliga beslutet om avbrytande, som överklagas av bolaget. Det skulle strida mot principerna om förutsebarhet och transparens att en myndighet i efterhand, och först när ett beslut överprövas, skulle kunna göra gällande andra grunder för beslutet än de som ursprungligen redovisats, och därmed konstruera ett godtagbart skäl för att avbryta en upphandling.

Därmed strider avbrytandebeslutet mot LOU:s grundläggande principer om likabehandling, icke-diskriminering, öppenhet och proportionalitet. Därtill ska framhållas att regionen inte har utfört tester rörande några andra till-

delningsgrupper samt att de utförda testerna inte uppfyller grundläggande krav på testprotokoll, antal försökspersoner, objektiva och professionella undersökningar före, under och efter testerna av försökspersonerna. Regionens tester avviker markant från det fastställda och etablerade protokollet för testning av användarnas tolerans av alkoholbaserade handdesinfektionsmedel.

Det bör noteras att bolagets produkt innehåller tre hudvårdande ingredienser, vitamin E, glycerin och panthenol. I förfrågningsunderlaget anges att referensprodukt för tilldelningsgruppen är ”Derma preop”. Denna produkt innehåller endast en hudvårdande ingrediens, glycerin.

Bolaget har till följd av regionens agerande lidit eller kan komma att lida skada.

Regionen

Det har förelegat sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen rörande den aktuella tilldelningsgruppen. Regionen har inte brutit mot LOU. Bolaget har inte lidit eller riskerat att lida skada. Tilldelningsbeslut meddelades den 7 maj 2015. Inför tilldelningsbeslutet hade det felaktigt, vilket uppdagades först senare, konstaterats att bolaget inte uppfyllde alla krav avseende leverantörskvalificeringen samt att den andra anbudsgivaren gått vidare till testning men där befunnits inte uppfylla alla krav. Efter påpekande från bolaget om att de visst uppfyllde det krav de först fällts på och efter kontroll återtogs tilldelningsbeslutet. Därefter testades bolagets produkter som då visade sig inte uppfylla alla krav, gällande att produkten ska vara tillräckligt återfettande samt inte ge klibbiga eller sträva händer vid upprepad användning. Därmed avbröts upphandlingen med hänsyn till att det inte fanns några giltiga anbud och därför inte tillräcklig konkurrens samt att härmed följer att upphandlingen kan komma att göras om. Avbry-

tandebeslutet togs den 16 juni 2015. Den 2 juli 2015 har regionen i meddelande till bolaget informerat om att – med anledning av bolagets överprövningsansökan och vad som därmed uppmärksammats - förfrågningsunderlaget har sådana brister att det enligt regionens uppfattning är lämpligast att upphandlingen görs om.

Regionen har tagit intryck av vad bolaget anfört, dvs. att formerna för testningen, kravens utformning och kravens förhållande till testning och metod är bristfälligt redogjorda för i denna tilldelningsgrupp. Bristerna måste ha inneburit klara svårigheter för anbudsgivarna att förstå hur detta skulle gå till och vad som tillmätts betydelse. Regionen kommer därmed till slutsatsen att bristerna i förfrågningsunderlaget är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet och upphandlingen bör göras om med ett tydligare omarbetat förfrågningsunderlag. Sammanfattningsvis råder bristande konkurrens i upphandlingen och det föreligger brister i förfrågningsunderlaget, vilket utgör sakligt godtagbara skäl för avbrytande av upphandlingen.

UTREDNING

Av e-postmeddelande daterat den 2 juli 2015 skickat från regionen till bolaget framgår bl.a. följande. Regionen har funnit att det föreligger brister i hur testningen har skett. Förfrågningsunderlaget anger att produkterna kan komma att testas av köparen. Förfrågningsunderlaget beskriver dock inte hur denna testning kommer att gå till, vilket är oförutsebart för en anbudsgivare. Förfrågningsunderlaget riskerar att strida mot transparensprincipen och även mot likabehandlingsprincipen. Regionen ser därför anledning att komplettera det tidigare meddelade avbrytandebeslutet med ytterligare grund för avbrytande; ”brister i förfrågningsunderlaget”. För att åtgärda dessa brister behöver förfrågningsunderlaget arbetas om innan upphandlingen kan göras om.

I förfrågningsunderlaget, punkt 3.1.13 anges bl.a. följande:

”I de fall köparen önskar testa offererade produkter i större skala utses testavdelningar av köparen. Testerna genomförs i den omfattning som köparen anser vara tillräcklig. Avdelningarna betalar för produkterna enligt anbudspris, dock ej mer än för den produkt som idag används. Produktbedömning kan även baseras på tidigare erfarenhet.”

Av förfrågningsunderlaget, punkt 3.3.2, framgår att handdesinfektionsmedel ska ha återfettande effekt och ej ge klibbiga eller sträva händer vid upprepad användning.

Av e-postmeddelande den 16 juni 2015 från regionen framgår att bolagets produkt har testats på två operationsavdelningar av nio personer under två veckor. Testpersonerna har använt medlet vid samtliga arbetspass. Av testresultatet framgår att produkten inte uppfyller skallkraven på att ha återfettande effekt och inte ge klibbiga eller sträva händer vid upprepad användning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 1 kap 9 § LOU framgår följande. Upphandlande myndigheter skall 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 iakttas.

Enligt 9 kap 9 § LOU ska en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslutar som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om

skälen för besluten. En sådan underrättelse ska lämnas även när en upphandlande myndighet beslutar att avbryta en upphandling för vilken det gått ut inbjudan att lämna anbud samt vid beslut att göra om upphandlingen.

Förvaltningsrättens bedömning

Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling finns inte. Ett beslut om avbrytande måste dock 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 enheten följer de grundläggande reglerna i fördraget i allmänhet och principen mot förbud mot diskriminering på grund av nationalitet i synnerhet. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det föreligger sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande. (se EU-domstolens domar C-92/00, *HI* och C-27/98, *Fracasso och Leitschutz* och RÅ 2008 ref. 35, RÅ 2009 ref. 43 samt Kammarrättens i Stockholm dom den 23 januari 2013 i mål nr 4691-12). Regionen har som skäl för avbrytande anfört att bolaget inte uppfyller alla skallkrav, att det då inte funnits något giltigt anbud och därmed inte heller tillräcklig konkurrens. Därtill anförs att det funnits brister i förfrågningsunderlaget som medför att upphandlingen bör göras om.

Av det aktuella förfrågningsunderlaget framgår att köparen kan komma att testa produkterna samt att testerna genomförs i den omfattning som köparen anser vara tillräcklig. Regionen har utfört tester och funnit att den offererade produkten inte uppfyller skallkraven om att vara återfettande samt inte ge sträva eller klibbiga händer efter upprepad användning. Härvid anser förvaltningsrätten att regionen haft fog för sin bedömning att bolagets anbud inte uppfyller skallkraven. Det har inte funnits något annat anbud

som bedömts uppfylla skullkraven. Vid detta förhållande har regionen haft sakligt godtagbara skäl att avbryta upphandlingen för den aktuella tilldelningsgruppen. Vad bolaget åberopar visar inte att regionen brutit mot de grundläggande principerna i LOU genom att avbryta upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Sofia Blomkvist

Föredragande har varit Ulrika Bjurö.



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 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.