



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen
 Enhet 16

DOM
 2014-06-13
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 7887-14

SÖKANDE

Nutricia Nordica Aktiebolag, 556242-0348

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Nike Berlin
 Hamilton Advokatbyrå
 Box 715
 101 33 Stockholm

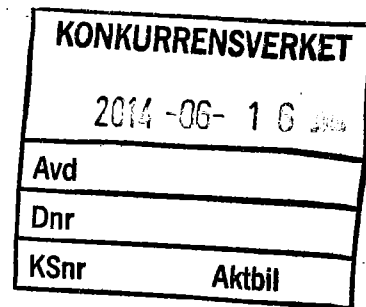
MÖTPART

Stockholms läns landsting
 Box 22550
 104 22 Stockholm

Ombud: Landstingsjurist Carina Sandin
 Adress som ovan

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår Nutricia Nordica Aktiebolags ansökan om överprövning.

Dok.Id 493596

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegelluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:30

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (landstinget) genomför en upphandling av ramavtal för enterala nutritionspumpar, aggregat och enterala sprutpumpar till Stockholms läns landstings förvaltningar, bolag och stiftelser, dnr SLL981. Upphandlingen är indelad i två delar, del ett består av enterala nutritionspumpar samt aggregat och del två består av enterala sprutpumpar. Tilldelning av kontrakt sker till en leverantör per del. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Nutricia Nordica Aktiebolag (Nutricia) har ansökt om överprövning av upphandlingen avseende del ett, enterala nutritionspumpar med aggregat. Nutricias anbud har förkastats eftersom landstinget bedömt att bolaget inte uppfyller det ovillkorliga kravet 1.2.4 i Svarsbilagan att utskrivna text ska vara på svenska och kravet 1.5.4 enligt vilket gällande desinfektionsanvisningar ska bifogas.

YRKANDEN M.M.

Nutricia yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, avseende del ett (enterala nutritionspumpar samt aggregat) får avslutas först sedan rättelse skett, bestående i att en ny utvärdering genomförs, varvid anbudet från Nutricia ska anses kvalificerat för utvärdering. Nutricia yrkar i andra hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen avseende del ett får avslutas först sedan rättelse skett, bestående i att en ny utvärdering genomförs, varvid anbudet från Fresenius Kabi AB (Fresenius) inte ska beaktas. Nutricia yrkar i tredje hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen avseende del ett ska göras om.

Som grund anger Nutricia att displayen på den pump som Nutricia offererat i upphandlingen, Flocare Infinity, endast innehåller internationellt vedertagna uttryck. Nutricia uppfyller därmed krav 1.2.4 i Svarsbilagan. Landstingets åtgärd att diskvalificera Nutricias anbud med hänvisning till kravet strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Nutricias anbud innehåller desinfektionsanvisningar för Flocare Infinity och uppfyller således krav 1.5.4 i Svarsbilagan. Landstingets åtgärd att diskvalificera Nutricias anbud med hänvisning till kravet strider mot likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Nutricia riskerara att lida skada eftersom vid en korrekt genomförd bedömning av Nutricias anbud hade Nutricia kvalificerats för utvärdering och kunnat antas i upphandlingen.

Om inte Nutricia ska anses uppfylla krav 1.2.4 i Svarsbilagan kan Fresenius omöjliggen uppfylla detta krav. Vid sådant förhållande skulle Fresenius anbud rätteligen ha förkastats från utvärderingen i upphandlingen. Då så inte skett har landstinget agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Nutricia har riskerat att lida skada oavsett om Nutricias anbud rätteligen diskvalificerats eftersom Fresenius anbud är det enda kvarvarande anbudet i del ett av upphandlingen.

Om krav 1.2.4 i Svarsbilagan ska tolkas som att inga ord/ingen text i displayen får vara på engelska strider kravet mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Landstinget bestrider bifall till bolagets ansökan och yrkar att ansökan om överprövning avslås i sin helhet. Som grund anger landstinget att upphandlingen har gjorts på ett korrekt sätt. Landstinget har inte på något sätt brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Nutricia lider

inte eller riskerar att lida någon skada. Det föreligger därför inte skäl att besluta om åtgärder enligt 16 kap. LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för bedömningen

De grundläggande principer som ska iaktas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grund av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU.

Förfrågningsunderlagets utformning

Nutricia har gjort gällande att om krav 1.2.4 i Svarsbilagan ska tolkas som att inga ord/ingen text i displayen får vara på engelska strider kravet mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Anbudsgivare måste kunna lita på att internationellt vedertagna uttryck i displayen godtas då detta anges i krav 1.2.4 i Svarsbilagan. Landstinget har anfört att det aktuella kravet inte ska tolkas, och har inte tolkats, så att alla tecken i displayen måste vara på svenska. Det är tydligt angivet att förkortningar och enstaka ord får vara på engelska. Däremot ska eventuell utskriven text vara på svenska.

I förfrågningsunderlagets Svarsbilaga produktspecifika krav 1.2.4 anges följande.

Displayen ska omfatta standardinformation såsom ocklusion, maxvolym, infunderad volym etc. Enhetsangivelser enligt SI-standard accepteras. Vidare accepteras internationellt vedertagna uttryck eller symboler. Eventuellt utskriven text ska vara på svenska.

Förvaltningsrätten anser att det klart och tydligt framgår av förfrågningsunderlaget att internationellt vedertagna uttryck kan accepteras.

Förfrågningsunderlaget måste tolkas på så sätt att engelska uttryck kan accepteras av landstinget under förutsättning att de är internationellt vedertagna. Det framgår också klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att utskriven text ska vara på svenska. Med utskriven text måste enligt vanligt språkbruk avses en följd av ord. Engelska ord accepteras således enligt förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten prövar därför inte om krav 1.2.4 i Svarsbilagan strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Kravuppfyllnad

Nutricias anbud

Av upphandlingsrapporten framgår att Nutricias anbud förkastats eftersom bolaget bl.a. inte uppfyller kravet att utskriven text ska vara på svenska.

Som ovan nämnts så anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget på ett klart och tydligt sätt anger att eventuell utskriven text på displayen ska vara på svenska. Med utskriven text måste avses en följd av ord. Av handlingarna i målet framgår att Nutricias offererade pump, Flocare Infinity, har utskriven text på displayen och att denna text är på engelska. Som exempel kan nämnas ”end of dose”. Nutricia har i målet anfört att informationen som visas i displayen på pumpen består av enstaka ord och uttryck samt förkortningar. Nutricia har anfört att uttrycken är ”indikationer” som är kopplade till instruktioner i bruksanvisning och snabbguide. Förvaltningsrätten anser att displayen innehåller utskriven text på engelska, det kan inte vara fråga om några uttryck eller indikationer. Nutricia har i målet inte visat att de engelska orden som används på displayen skulle vara sådana internationellt vedertagna uttryck vilka accepteras enligt förfrågningsunderlaget.

Att Nutricias pump uppfyller andra krav som ställs av EU har inte ifrågasatts av landstinget och är inte föremål för förvaltningsrättens prövning varför det lämnas därhän.

Förvaltningsrätten finner alltså att landstinget haft fog för sitt beslut att förkasta Nutricias anbud från upphandlingen redan på den grunden att bolagets anbud inte uppfyller kravet på att utskriven text ska vara på svenska. Mot den bakgrunden saknar förvaltningsrätten skäl att pröva om Nutricias anbud uppfyller kraven gällande desinfektion.

En anbudsgivare som rätteligen har förkastats i kvalificeringsfasen riskerar normalt inte att lida skada av att upphandlande myndigheten inte har beaktat att även annan anbudsgivare borde ha uteslutits. Anbudsgivaren kan emellertid riskera att lida skada i det fall att även alla de övriga anbuden borde ha förkastats (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 3 februari 2014 i mål nr 6928-13).

I del 1 i den aktuella upphandlingen, fanns det endast tre anbudsgivare, varav två har förkastats i kvalificeringsfasen. Förvaltningsrätten prövar därför Nutricias invändningar att Fresenius anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven.

Fresenius anbud

I förfrågningsunderlaget anges att internationellt vedertagna uttryck eller symboler accepteras i displayen (krav 1.2.4 i Svarsbilagan). Förfrågningsunderlaget måste enligt förvaltningsrättens mening förstås på så sätt att kravet på internationellt vedertaget gäller både för eventuella uttryck och för eventuella symboler i displayen. Av handlingarna i målet framgår att den av Fresenius offererade pumpen Amikas indikationer i displayen utgörs av symboler.

Enligt Kravspecifikation avseende enterala nutritionspumpar, vilken är en del av förfrågningsunderlaget, ska medicintekniska produkter uppfylla bl.a. de föreskrifter som Läkemedelsverket fastställer (LVFS 2003:11, konsoliderad, med bilagor). I Läkemedelverkets föreskrifter om medicintekniska produkter (LVFS 2003:11) bilaga 1 punkt 13.2 anges följande.

När det är lämpligt ska information från tillverkaren utformas som symboler. Varje symbol eller färg som används för identifiering ska överensstämma med de harmoniserade standarderna. Inom områdena för vilka inga standarder har fastställts ska symbolerna och färgerna beskrivas i de anvisningar som medföljer produkten.

Nutricia har i målet anfört att Fresenius symboler inte är internationellt vedertagna. Fresenius har även egna symboler i displayen vilka inte kan förstås utan att användare tolkar dem med stöd av bruksanvisningen, de är inte heller internationellt vedertagna eftersom de skapats av Fresenius själva. Landstinget bestrider att symbolerna på Fresenius pump inte är internationellt vedertagna. I dagsläget finns inte harmoniserade internationella symboler. Vissa symboler kan inte av samtliga användare förstås utan att man tolkar dessa med stöd av bruksanvisningen, vilket är meningen.

Som ovan nämnts så har landstinget anfört att det i dagsläget inte finns några harmoniserade internationella symboler. Nutricia har i målet inte påstått eller för den delen visat att det skulle finnas några sådana symboler. Förvaltningsrätten bedömer därför att det inte framkommit något skäl för ingripande enligt LOU på denna grund, det är i målet inte visat att Fresenius pumps symboler inte är internationellt vedertagna.

Nutricia har i målet även anfört att Fresenius pumps display innehåller engelska uttryck, bl.a. "software version" samt den engelska förkortningen "Err". Landstinget har anfört att det faktum att Fresenius display innehåller

en förkortning är i full överensstämmelse med hur kravet är utformat och tillämpat. Fresenius pump uppfyller de aktuella kraven.

I Nutricias yttrande den 12 maj 2013 finns en skärmdump över Fresenius pumps display (se förvaltningsrättens aktbilaga 14, sida 11). På displayen anges "Software version 2.0 e revision 3611". Enligt förvaltningsrättens mening måste denna text, vilken anger programvaruversion, inte vara avsedd för användaren av pumpen. Den engelska förkortningen "Err" är enligt förvaltningsrättens mening ett internationellt vedertaget uttryck vilket accepteras enligt förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten finner alltså att den argumentation som Nutricia för i målet i denna del inte ger anledning för förvaltningsrätten att besluta om ett ingripande enligt LOU. Inte heller på denna grund finns det skäl att bifalla ansökan om överprövning.

Proportionalitetsprincipen

Nutricia har anfört att landstingets tillämpning av krav 1.2.4 i Svarsbilagan strider mot proportionalitetsprincipen. Landstingets åtgärd att diskvalificera Nutricias anbud utgör varken en lämplig eller effektiv åtgärd för att uppnå syftet med kravet i punkten. Nutricia anser att proportionalitetsprincipen gör sig gällande på samma sätt oavsett om det gäller t.ex. ett krav i strikt mening eller om det gäller en bedömning av hur kravet ska tillämpas. Landstinget har anfört att den trestegsbedömning som Nutricia redogör för avser enligt praxis kravformuleringen som sådan – inte bedömningen av kravet. Nutricia har inte gjort gällande att kraven i upphandlingen är oproportionerliga.

Den första frågan förvaltningsrätten har att ta ställning till är således om proportionalitetsprincipen kan tillämpas på så sätt Nutricia gör gällande. Kamrätten har i ett mål prövat om förkastandet av en leverantörs anbud var en proportionerlig följd (jfr Kamrätten i Jönköpings dom den 17

februari 2014 i mål nr 2063-13). Mot bakgrund av denna praxis finner förvaltningsrätten inga hinder mot att pröva om landstingets tillämpning av krav 1.2.4 i Svarsbilagan, eller om landstingets åtgärd att diskvalificera Nutricias anbud, strider mot proportionalitetsprincipen.

Som ovan nämnts så har förvaltningsrätten funnit att landstinget haft fog för sitt beslut att förkasta Nutricias anbud från upphandlingen på den grunden att bolagets anbud inte uppfyller kravet på att utskriven text ska vara på svenska. Ett anbud som inte uppfyller de obligatoriska kraven ska förkastas och förkastandet är under sådana förhållanden en proportionerlig åtgärd. Vidare bedömer förvaltningsrätten att den argumentation som Nutricia för i målet avseende landstingets tillämpning av krav 1.2.4 i Svarsbilagan inte ger anledning för förvaltningsrätten att besluta om ett ingripande enligt LOU. Landstinget har alltså inte varit förhindrad att förkasta Nutricias anbud på grund av proportionalitetsprincipen. Det har i målet inte heller visats att landstingets tillämpning av krav 1.2.4 i Svarsbilagan strider mot proportionalitetsprincipen.

Transparensprincipen och likabehandlingsprincipen

Nutricia har anfört att landstingets åtgärd att diskvalificera deras anbud med hänvisning till krav 1.2.4 i Svarsbilagan strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Nutricias och Fresenius displays system är uppbyggda på samma sätt, med indikationer som är kopplade till instruktioner i bruksanvisningen. Eftersom landstinget ansett att Fresenius pump uppfyller krav 1.2.4 i Svarsbilagan måste utgångspunkten vara att Nutricias pump även uppfyller kravet. Annan inställning är direkt eller indirekt diskriminerande mot Nutricia. Landstinget har anfört att eftersom Nutricia inte uppfyller samtliga skakrav är inte landstingets åtgärd i strid med transparensprincipen. Landstinget har tillämpat krav 1.2.4 i Svarsbilagan likadant gentemot anbudsgivarna och i enlighet med likabehandlingsprincipen. Nutricias och

Fresenius pumps displayer är olika, enligt etablerad praxis följer av likabehandlingsprincipen att lika fall ska behandlas lika.

Förvaltningsrätten bedömer att Nutricias och Fresenius pumps displayer till stora delar inte är lika. Nutricias pump har utskriven engelsk text.

Förvaltningsrätten har ovan bedömt att den engelska texten på Fresenius pump inte är att anse som uttryck eller indikationer, utan utskriven text.

Fresenius pump har symboler och ingen utskriven engelsk text i displayen.

Förvaltningsrätten bedömer att Nutricia i målet inte har visat att landstingets åtgärd att diskvalificera deras anbud med hänvisning till krav 1.2.4 i Svarsbilagan strider mot likabehandlingsprincipen. Av likabehandlingsprincipen följer att lika fall ska behandlas lika, bolagens displayer är som tidigare nämnts inte lika.

I Anbudsinbjudan avseende Enterala nutritionspumpar anges bl.a. följande.

10. Prövning och utvärdering av anbud

De anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven samt övriga administrativa krav i denna Anbudsinbjudan går vidare för prövning och utvärdering av anbud som sker i två steg:

1. Prövning av ska-krav på efterfrågade produkter enligt Kravspecifikationen och dess bilagor. Den anbudsgivare som uppfyller samtliga ska-krav går vidare till steg 2, utvärdering av anbudet.
2. Utvärdering sker enligt nedan angivna utvärderingskriterier.

Förvaltningsrätten har ovan funnit att landstinget haft fog för sitt beslut att förkasta Nutricias anbud från upphandlingen. Nutricia har inte uppfyllt samtliga ska-krav varför de inte gått vidare till utvärdering. Landstingets åtgärd i det fallet, att diskvalificera Nutricias anbud, följer av förfrågningsunderlaget och kan inte anses strida mot vare sig likabehandlings- eller transparensprincipen eller 1 kap. 9 § LOU. Nutricias ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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

Kaija Hultquist

Kaija Hultquist

Rådman

Sofie Larson 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 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 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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