

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2009-05-19
Meddelad i Stockholm

Mål nr
7856-09
Rotel 554

SÖKANDE

Bröderna Berner Handels Aktiebolag, 556065-3031
Box 50132
202 11 Malmö

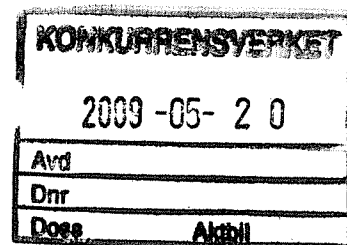
Ombud: Advokat Mats Björkenfeldt
Hjalmar Petris Advokatbyrå HB
Box 17156
104 62 Stockholm

MOTPART

Stockholms läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 6401
113 82 Stockholm

SAKEN

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

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 17 april 2009 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 424740

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00 E-post: lansrattenistockholm@dom.se	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00

BAKGRUND, YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (landstinget) har genomfört en upphandling av Operations- och undersökningshandskar m.m., SLL 471.

I tilldelningsbeslut fattat den 7 april 2009 beslutade landstinget att anta annat anbud än anbudet från Bröderna Berner Handels Aktiebolag (bolaget).

Bolaget ansöker hos länsrätten om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om alternativt att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande. Bolaget anser sig ha lidit skada eller i vart fall att det kan komma att lida skada genom att landstinget har brutit mot grundläggande upphandlingsprinciper. Landstinget har i förfrågningsunderlaget angett ska-kravet att Operationshandske, latex, dubbel, ska vara förpackad om två par per förpackning. Nämnade ska-krav innebär att endast vinnande anbudsgivare Mölnlycke Health Care AB kunnat uppfylla kravet då övriga konkurrenter, inklusive bolaget, levererar separata under- och överhandskar. Vinnande anbudsgivares handskar är 47 procent dyrare än bolagets handskar. Någon skillnad i kvalitet mellan handskarna finns inte, vilket framgår av att bolaget vunnit en upphandling hos ett annat landsting. Mot denna bakgrund är syftet med upphandlingen, det vill säga att ”uppnå en optimal kombination av pris och kvalitet”, inte uppfyllt. Så kallat ska-krav får uppställas under förutsättning att kravet är relevant för upphandlingen och tillämpningen i det enskilda fallet inte strider mot EG-rättsliga principer. En sådan princip är proportionalitetsprincipen. Vidare följer av likabehandlingsprincipen att alla leverantörer ska behandlas lika, det vill säga ges lika förutsättningar (jfr Kammarrättens i Sundsvall dom den 4 oktober 2007 i mål nr 1885-07). Det aktuella ska-kravet strider mot dessa principer. Kravet gynnar på ett otillbörligt sätt vinnande anbudsgivare, som är den

enda anbudsgivare som kunnat uppfylla det onödiga ska-kravet. Det får inte i ett förfrågningsunderlag hänvisas till en särskild vara på ett sådant sätt att vissa företag gynnas (se Kammarrättens i Stockholm dom den 28 november 2006 i mål 6163-06). I förevarande fall försöker landstinget kringgå denna princip genom att uppställa ett oproportionellt villkor och hänvisa indirekt till en särskild vara, det vill säga vinnande anbudsgivares handskar. I brev till landstinget den 14 januari 2009 påtalade bolaget att det ansåg sig bli diskriminerat i och med det uppställda ska-kravet och hänvisade därvid till Regeringsrättens dom den 18 juni 2008 i mål 7679-06, att det fanns godtagbara skäl för den upphandlande enheten att avbryta upphandlingen då endast en anbudsgivare fanns som kunde uppfylla ska-kravet. Landstinget tog dock ingen notis om bolagets påpekande.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför till stöd för sin inställning bland annat följande. Upphandlingen har utförts på ett korrekt sätt och landstinget har inte brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Bolaget lider ingen skada. Det föreligger således inte skäl att besluta om åtgärder enligt 16 kap. LOU. I kravspecifikationen anges att Operationshandske Dubbel ska vara förpackad i två par per förpackning (kravet gäller för positionsnummer 1-8). De överväganden som legat till grund för detta ska-krav är att en sådan förpackning underlättar och spar tid då läkare, operationssköterskor och annan personal som opererar eller assisterar vid operation behöver två par handskar, ett par underhandskar och ett par överhandskar. Om handskarna är förpackade i ett par per förpackning innebär det att det för varje person som ska stå steril i operationssåret, dvs. 2-6 personer, måste öppnas två förpackningar i stället för en. Tidsbesparingen med dubbelförpackade handskar är särskilt viktig vid akuta operationer. Ska-kravet är därmed inte såsom bolaget anført onödigt. Det är ett för landstinget relevant och sakligt krav i upphandlingen. Landstinget har inte genom kravet hänvisat till en särskild vara. Skälet till att positionsnummer 9-16, som utgörs av överhandskar med ett par per förpackning, utvärderas

tillsammans med positionsnummer 1-8 är att det vid operationer händer att överhandsken går sönder och behöver bytas ut till en överhandske som har samma utförande som underhandsken. Bolaget hänvisar till en upphandling av ett annat landsting, där bolaget har antagits som leverantör. Den i målet aktuella upphandlingen är en annan upphandling, med andra ska-krav. Landstinget har ställt proportionella krav utifrån de behov som finns och har därvid funnit att vinnande anbudsgivare lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Den omständigheten att endast ett anbud innehåller samtliga positioner (1-16) inom positionsgrupp 1 innebär inte att landstinget skulle vara förpliktigt enligt LOU att avbryta upphandlingen. Frågan i den av bolaget åberopade domen av Regeringsrätten var om det förelåg förutsättningar att avbryta upphandlingen, det vill säga om den upphandlande enheten haft rätt att avbryta upphandlingen.

Bolaget har i genmäle anfört bland annat följande. Syftet bakom upphandlingen var att spara pengar, vilket inte uppfylls då vinnande anbudsgivares handskar ostridigt är dyrare än bolagets. Funktionen på handskarna är ostridigt likvärdig. Landstingets åberopande om tidsbesparing är ett svepskäl. Det torde endast ta några sekunder längre tid att öppna två förpackningar istället för en. Vid byte av överhandske då en gått sönder har både vinnande anbudsgivare och bolaget sina handskar i en separat förpackning, varför det inte finns någon tidsvinst att göra. Tidsbesparing anges vidare inte som ett av syftena bakom upphandlingen. Att ta hänsyn till denna parameter strider därför mot upphandlingens syfte.

Länsrätten har den 17 april 2009 interimistiskt förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU gäller följande. En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

Under punkt 1.16 (Prövning och utvärdering av anbud) i förfrågningsunderlaget anges bland annat följande. De anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven, se punkt 1.14-1.15, och accepterar kraven i kravspecifikationen samt avtalet går vidare för prövning och utvärdering av anbud.

I förfrågningsunderlagets kravspecifikation under punkt 2.3 (Kvalitetskrav) anges bland annat följande. Operationshandske Dubbel ska vara förpackad två par per förpackning (positionsnummer 1-8 samt 33-40). Operationshandske ska vara förpackad ett par per förpackning (positionsnummer 9-32 samt 41-72).

Länsrättens bedömning

Landstinget har vid den aktuella upphandlingen uppställt ett krav på att Operationshandske Dubbel ska vara förpackad två par per förpackning avseende bland annat positionsnummer 1-8. Bolaget har gjort gällande att kravet är oproportionellt och strider mot likabehandlingsprincipen då det indirekt hänvisar till vinnande anbudsgivares handskar. Landstinget har anfört att kravet syftar till att underlätta för personalen samt att spara tid, vilket är särskilt viktigt vid akuta operationer.

Upphandlande myndigheter ska vid upphandlingar enligt LOU bland annat iaktta proportionalitetsprincipen. Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att en bedömning av om proportionalitetsprincipen åsidosatts består av tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. EG-domstolen har i skilda sammanhang uttalat att reglerna ska tolkas i ”funktionella termer”, det vill säga att det är den praktiska tillämpningen och åtgärdens effekter vid den enskilda upphandlingen som ska bedömas.

Länsrätten finner att kravet att de aktuella operationshandskarna ska förpackas om två par per förpackning får anses utgöra en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det av landstinget angivna syftet att underlätta för personalen samt att spara tid. Något mindre ingripande alternativ för att uppnå nämnda syfte har inte framkommit. Det har inte åberopats eller i övrigt framkommit att det skulle vara omöjligt eller förenat med betydande kostnader eller svårigheter för leverantörer som idag inte förpackar handskar på

angivet sätt att efterkomma kravet. Med hänsyn härtill och vid en samman-
tagen bedömning finner länsrätten inte att den negativa effekt som åtgärden
får är opropotionerlig eller överdriven jämförd med det eftersträvade syf-
tet.

Mot bakgrund härav, och då det aktuella kravet inte heller kan anses strida
mot likabehandlingsprincipen eller någon av de övriga principer som ligger
bakom LOU, finner länsrätten inte att det i målet är visat att landstinget vid
upphandlingen har agerat i strid mot LOU. Ansökan ska med hänsyn härtill
avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)



Hans L Larsson

Rådman

Föredragande har varit Sara Thelin.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

