



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 14

DOM
2015-02-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
26359-14

Sida 1 (9)

SÖKANDE

Vygon Sverige AB, 556573-8027

Ombud: Advokat Peder Oxhammar
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB
Box 180
101 23 Stockholm

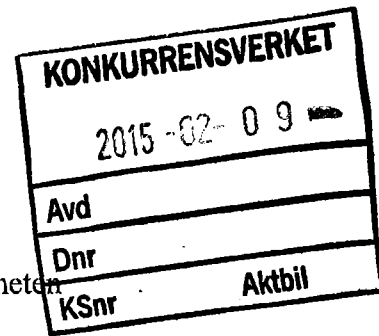
MOTPARTER

1. Stockholms läns landsting, Upphandlingsenheten
Box 22550
104 22 Stockholm

2. Codan Triplus AB
Smörhålevägen 11
434 42 Kungsbacka

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller Vygon Sverige AB:s ansökan och förordnar att upphandlingen, såvitt avser position 68, inte får avslutas innan en ny utvärdering har gjorts. Vid denna utvärdering ska Codan Triplus AB:s anbud inte beaktas.

Dok.Id 552335

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av injektion- och infusionsartiklar (SLL470). SLL använder sig av ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och tilldelning sker till anbud med lägst pris. SLL har i tilldelningsbeslut av den 20 oktober 2014 beslutat att teckna avtal med Codan Triplus AB (Codan) avseende position 68.

Vygon Sverige AB (Vygon) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen får avslutas först när rättelse har gjorts. Rättelsen ska bestå i att Vygon tilldelas position 68 vid en ny utvärdering. Till stöd för sin talan anför Vygon bl.a. följande. Den produkt som Codan har offererat uppfyller inte ställda skall-krav för position 68. Landstinget har felaktigt tilldelat Codan positionen. I andra hand åberopas att Codan inte uppfyller övriga skall-krav i upphandlingen.

SLL bestrider Vygons yrkande och hemställer att förvaltningsrätten avslår Vygons ansökan om överprövning.

Codan, som har getts tillfälle att yttra sig i målet, bestrider bifall till Vygons ansökan och ansluter sig till vad SLL anför.

VAD PARTERNA HAR ANFÖRT

Vygon

I kravspecifikationen för avsnitt 5.2 för position 68 och 69 framgår kraven för injektionsmembran, det anges sju skall-krav. Kraven är angivna som påstående varvid anbudsgivare ska bekräfta uppfyllelse av samtliga krav. SLL har specifikt begärt att injektionsmembranet ska vara neutralt, det anges att produkten "Ska vara neutral bolus". Detta innebär att katetern och

eventuell förlängningsslang inte behöver stängas av med slangklämma innan sprutan eller infusionsaggregat kopplas ifrån den nålfria konnektorn. Om produkten inte har ett neutralt avslut så kommer en viss mängd blod att sugas tillbaka i spetsen på katetern vilket avsevärt ökar riskerna för att ett koagel bildas vilket kan leda till att katetern blir obrukbar.

Av sammanställningen "Avtalade produkter" framgår att Codan har offererat produkten Swan-Lock för position 68. Swan-Lock uppfyller dock inte skall-kravet neutral bolus. Via ett oberoende testinstitut "Nelson Laboratories" har jämförande tester utförts gällande neutralt avslut vilket bekräftar att Swan-Lock har ett negativt avslut. Den av Codan offererade produkten har ett negativt avslut motsvarande 0,02 ml, vilket tydligt angivits i Codans engelska produktblad; "negative pressure aspiration 0,02". Vygon har kännedom om att Swan-Lock offererats i andra upphandlingar som en negativ produkt. Codan synes alltså själva vara av uppfattningen att produkten har negativ bolus men har trots detta uppgett att de uppfyller skall-kravet neutral bolus.

SLL har i frågor och svar under fråga 3 förtydligat att med "neutral bolus" avses att ingen vätskevolym flyttas efter avslutad infusion. Det är uppenbart att en inte försumbar mängd vätska flyttas vid användning av Swan-Lock eftersom det anges i Codans produktblad att den har "negative pressure aspiration 0,2". Skillnaden mellan neutral, positiv och negativ bolus har såväl medicinsk som teknisk betydelse.

Sammanfattningsvis uppfyller inte Codan samtliga krav i kravspecifikationen för position 68 och dess anbud skulle därmed inte ha beaktats vid utvärderingen. SLL har på felaktiga grunder tilldelat Codan en position som rätteligen skulle ha tilldelats Vygon. Detta följer av att Vygon uppfyller samtliga aktuella krav och har offererat lägsta priset för position 68.

Med anledning av vad som ovan redogjorts för har Vygon lidit skada på så sätt som anges i 16 kap. 4 § LOU. Vygon har uppfyllt samtliga skall-krav och offererat det lägsta priset. Om SLL hade förfarit i enlighet med LOU hade Codan inte tilldelats position 68 utan denna hade istället tilldelats Vygon.

SLL

Upphandlingen avseende position 68 har gjorts på ett korrekt sätt och SLL har inte på något sätt brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Vygon lider inte eller riskerar inte att lida någon skada.

SLL erhöll anbud från fyra anbudsgivare för position 68. Vid utvärderingen av inkomna anbud fann SLL att Codans anbud uppfyllde samtliga skall-krav i förfrågningsunderlaget samt att det var det anbud som hade det lägsta priset. Av kravspecifikationen avsnitt 5.2 framgår att anbudsgivarna för den aktuella positionen bland annat ska offerera injektionsmembran med neutral bolus. Det finns dock inte en på marknaden vedertagen definition för vad som avses med neutral bolus och hur gränsdragningen mellan neutral och negativ bolus konkret bör göras. Det finns därmed ingen officiellt accepterad standard som fastslår att skall-kravet neutral bolus ska likställas med flödesreduktion på exakt 0,00 ml. Vygons åberopade bilagor ger inte heller stöd för att en sådan vedertagen definition eller standard föreligger. Det är därför upp till varje beställare att avgöra var gränsen ska dras. Bolagets åberopade bilaga från Nelson Laboratories föranleder ingen annan bedömning eftersom en extern bedömning inte kan anses ge uttryck för någon allmänt accepterad branschstandard.

Vad gäller SLL:s svar under fråga 3 i "Frågor och svar! Måste det, i enlighet med Vygons egen uppfattning av SLL:s svar, ses mot bakgrund av att neutral bolus inneburit ett krav på att en inte försumbar mängd vätska flytt-

tas vid användning av produkten. Codan har i anbudet angivit samt vidhållit och förklarat att deras produkt uppfyller detta skall-krav. SLL:s expertgrupp, som besitter hög kompetens, professionalitet och erfarenhet inom det aktuella området har även bedömt att en negativ flödesreduktion på 0,02 ml innebär att enbart en försumbar mängd vätska flyttas och att denna avvikelse är för liten för att produkten ska betraktas som negativ. Det kan inte anses ha framkommit skäl att ifrågasätta Codans produkt och SLL har inte haft grund för att utesluta Codans anbud. SLL har således inte åsidosatt de grundläggande principerna på så sätt att det föreligger skäl för rättelse.

Slutligen framgår det inte av Vygons eget produktblad huruvida flödesreduktionen hos Vygons offererade produkt är negativ, neutral eller positiv. Eftersom neutral bolus är ett uttryckligt skall-krav innebär det att skallkravet ska ha varit uppfyllt redan vid anbudets inlämnande. Det finns följaktligen ingen möjlighet för Vygon att i efterhand uppfylla det aktuella skall-kravet avseende position 68 vid en senare tidpunkt. Vygons anbud kan därmed inte anses uppfylla samtliga skall-krav som ställs för position 68. Det skulle därför vara i strid med de för upphandling grundläggande principerna att tillåta Vygons anbud till anbudsutvärdering för den aktuella positionen. Vygon har inte lidit eller riskerar inte att lida skada.

Vygon

Vygon har genmält och i huvudsak anfört följande. Vygon har aldrig påstått att flödesreduktionen skall vara exakt 0,00 ml vid neutral bolus, men som framgår av "Nelson Labs Bionector" så är den fackmannamässiga uppfattningen att Vygons produkt är neutral medan Swan-Lock är negativ. SLL gör därmed gällande att skall-kravet på neutral bolus ska tolkas i strid med ordalydelsen och det förtydligande som SLL gett i "Frågor och svar", samt även med den fackmannamässiga bedömningen som gjorts i Nelson

Labs Report. Med SLL:s inställning så har förfrågningsunderlaget således öppnat för en alltför godtycklig bedömning som inte kunnat förutses av presumtiva leverantörer. För det fall att förfrågningsunderlaget varit transparent och SLL:s nuvarande inställning till neutral bolus varit känd så hade Vygon kunnat offerera en alternativ produkt, med ett negativt avslut, till ett betydligt lägre pris. Eftersom SLL valde att efterfråga neutral bolus så valde Vygon att offerera den något dyrare produkten Bionector då den är neutral i den bemärkelse som SLL efterfrågat.

SLL:s påstående att Vygon inte bort kvalificera sig i upphandlingen och därmed inte kan anses ha lidit skada är fullständigt felaktigt. I Vygons produktblad framgår visserligen inget om neutralt avslut, men däremot så framgår det klart av den produktbroschyr som lämnades i samband med anbudet.

Kammarrätten i Jönköping avgjorde den 3 december 2014 ett målet 1667-14 mellan Vygon och Landstinget i Östergötland. Kammarrätten konstaterar vad gäller neutral bolus, som i det målet benämns som "neutral injektionsport", att Brauns produkt inte uppfyller det obligatoriska kravet neutral. Målet rör produkten Safeflow från Braun vilken är identisk med Codans produkt Swan-Lock.

Vygon har som skriftlig bevisning åberopat bl.a. en rapport från Nelson Laboratories, "Fluid Displacement Test", en publikation av Canadian Vasclar Access Association, "Occlusion Management Guideline for Central Venous Access Devices", en artikel publicerad i Infection Control Today, "Choosing the best design for Intravenous Needleless Connectors to Prevent Bloodstream Infections", produktblad avseende Swan-Lock, produktbroschyr avseende Bionector, dom i mål nr 1667-14 från Kammarrätten i Jönköping meddelad den 3 december 2014 samt en film som visar en demonstration av injektionsportar av olika slag.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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. Likabehandlingsprincipen innebär bl.a. att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav.

Av 16 kap. 6 § LOU första stycket framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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.

Uppfyller Codans anbud samtliga skall-krav avseende position 68?

SLL har beslutat att teckna avtal med Codan avseende position 68. Codan har för den aktuella positionen offererat en produkt benämnd Swan-Lock. Vygon har i förevarande mål bl.a. gjort gällande att Codans offererade produkt inte uppfyller skall-kravet avseende position 68 på "neutral bolus". Vygon har bl.a. åberopat ett produktblad som getts ut av Codan av vilket framgår att produkten har en negativ flödesreduktion om 0,02 ml.

Enligt förvaltningsrättens mening framgår av utredningen i målet att det finns skillnader mellan positivt, neutralt och negativt bolus. Av kravspecifikationen framgår att SLL avseende den aktuella positionen har uppställt ett krav på att produkten "Ska vara neutral bolus". Detta är således ett obligatoriskt krav. Av utredningen i målet framgår vidare att SLL under anbuds tiden på en publik fråga i "Frågor och Svar" förtydligat att neutral bolus innebär att "Ingen vätskevolym flyttas efter avslutad infusion".

SLL har bl.a. anfört att det på marknaden inte finns en vedertagen definition för vad som avses med neutral bolus och hur gränsdragningen mellan neutral och negativ bolus ska göras samt att det inte finns någon officiellt accepterad standard som fastslår att skall-kravet neutral bolus ska likställas med flödesreduktion på exakt 0,00 ml. Förvaltningsrätten anser dock att SLL, genom utformningen av det obligatoriska kravet i förfrågningsunderlaget på att produkten ska vara neutral bolus har begränsat sig till produkter som anses vara och marknadsförs som sådana. Av Codans produktblad för den offererade produkten Swan-Lock framgår att produkten har en "negativ flödesreduktion". Det har inte i övrigt framkommit skäl att betrakta Swan-Lock som en produkt med neutral bolus.

Mot bakgrund av ovan har det enligt förvaltningsrättens mening inte funnits utrymme för SLL att avseende den aktuella positionen välja Codans offererade produkt. SLL har därmed handlat i strid med likabehandlingsprincipen genom att låta Codans anbud gå vidare.

Uppfyller Vygons anbud samtliga skall-krav avseende position 68?

SLL har anfört att det inte framgår av Vygons eget produktblad huruvida flödesreduktionen hos Vygons offererade produkt är neutral, negativ eller positiv, att Vygons anbud därmed inte kan anses uppfylla samtliga skallkrav för den aktuella positionen och att Vygon därmed inte lidit eller riskerar att lida någon skada. Förvaltningsrätten konstaterar att Vygons offererade produkt bionector, i produktbroschyr som bifogats anbudet, anges ha "Neutralt avslut". Vygons offererade produkt marknadsförs således som en produkt med neutralt avslut. Det har inte framkommit annat än att det är ostridigt att innebörden av "neutralt avslut" och "neutral bolus" är densamma. Det har inte heller i övrigt framkommit någon omständighet till styrkande av att Vygons produkt inte skulle uppfylla det aktuella kravet.

Slutsats

Den produkt som Codan offererade under position 68 uppfyller inte det obligatoriska kravet på neutral bolus och Codans anbud i denna del borde därför rätteligen inte ha antagits av SLL. Att så ändå har gjorts strider mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU och Vygon har sannolikt lidit skada till följd av detta. Det finns därför grund för förvaltningsrätten att ingripa i upphandlingen. Det är enligt domstolens mening tillräckligt att förordna om rättelse.

Då Vygon har vunnit bifall redan på grund av vad som har anförts ovan, saknas det anledning för förvaltningsrätten att ta ställning till vad Vygon har anført i övrigt till stöd för sin talan.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

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



Robert Johansson

Rådman

Sara Rostamian 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.