



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2016-06-23
Meddelad i
Linköping

Mål nr
4229-16

SÖKANDE

Sterisol AB, 556058-0432
c/o Sterisol AB
Box 149
592 23 Vadstena

Ombud: Advokaten Stefan Brandt
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Region Östergötland
581 91 Linköping

Ombud: Advokaten Walter Sköldstam
ANNOT Advokatbyrå AB
G:a Rådstugugatan 30
602 24 Norrköping

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2016-06-23	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 254536

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

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Region Östergötland (Regionen) genomför en upphandling benämnd *Kemisk-tekniska produkter*, dnr UC-2014-136. Upphandlingen är indelad i ett antal produktområden som i sin tur är indelade i tilldelningsgrupper. Utvärderingen sker per tilldelningsgrupp. Avseende tilldelningsgruppen 3.2.8 *Handdesinfektionsmedel etanolbaserat 700 ml påse* (Tilldelningsgruppen) meddelade Regionen den 7 maj 2015 ett beslut att avbryta upphandlingen med motiveringen att inkomna anbud inte uppfyllde ställda skall-krav.

Sterisol AB (Bolaget) har ansökt om överprövning av upphandlingen vad avser Tilldelningsgruppen och yrkat i första hand rättelse och i andra hand upphävande av beslutet att avbryta upphandlingen för Tilldelningsgruppen.

Regionen anser att ansökan om överprövning av beslutet att avbryta upphandlingen ska avslås och att Bolagets yrkande om rättelse saknar laglig grund för att prövas på det sätt det är formulerat och därför ska avvisas.

Detta mål har återförvisats från Kamrarrätten i Jönköping den 21 mars 2016 (mål 3146-15) för prövning av nämnda avbrytandebeslut.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

Bolaget

Det saknas sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen för Tilldelningsgruppen

I tilldelningsbeslutet anges att upphandlingen för Tilldelningsgruppen är avbruten "på grund av ej uppfyllda skallkrav". Att i efterhand ändra grunderna för beslutet genom att göra gällande att det "inte varit möjligt att i

tillräcklig utsträckning tillvarata konkurrensen”, samt hävda “förändrat behov” och “brister i förfrågningsunderlaget” låter sig inte göras och strider mot bl.a. principen om öppenhet. Dessutom finns det i förfrågningsunderlaget inte något förbehåll om att om enbart ett anbud inges i en tilldelningsgrupp så skulle detta inte “tillvarata konkurrensen”. Det finns heller inget förbehåll i förfrågningsunderlaget om att upphandlingen skulle avse ramavtal med minst tre leverantörer. I tilldelningsbeslutet beträffande samtliga grupper där tilldelning beslutats gäller tilldelningen endast en leverantör. Regionen har dessutom meddelat tilldelningsbeslut för 13 andra tilldelningsgrupper där det bara fanns en anbudsgivare. Att tillämpa kriteriet “tillvarata konkurrensen” för endast Bolaget och ingen annan anbudsgivare strider därför mot likabehandlingsprincipen samt är oproportionerligt.

Bolaget bestrider också att det skulle finnas något “ändrat behov” eller att det skulle finnas några “brister i förfrågningsunderlaget”. Det är fråga om uppenbara efterhandskonstruktioner för att försöka rättfärdiga ett felaktigt och helt godtyckligt beslut. Regionens behov av handdesinfektionsmedel är givetvis detsamma nu som när upphandlingen startade. Dessutom har Regionen knappast helt plötsligt fått ett nytt helt annorlunda behov än övriga andra landsting. I förfrågningsunderlaget är standarden EN 1500 ett skallkrav och den innebär just två doseringar/tvättar. Beträffande vad Regionen påstått kring brister i förfrågningsunderlaget avseende ”ej optimal metod för applicering av medlen” är detta alltför otydligt för att vara ett sakligt godtagbart skäl för avbrytande.

Bolaget uppfyller samtliga skallkrav rörande Tilldelningsgruppen

Det skallkrav som Regionen påstår att Bolaget inte har uppfyllt är det generella kravet på att produkten ska vara testad och godkänd enligt EN 1500. Bolagets produkt är dock testad och godkänd enligt EN 1500 och testprotokollet bifogades anbudet. Regionens inställning att den användningen som

anges i produktbladet skulle medföra att produkten inte skulle vara testad och godkänd enligt EN 1500 är fel. Att diskvalificera Bolaget från upphandlingen till följd av en av Regionen uppfattad otydlighet i ett produktblad, som inte omfattas av skallkravet rörande EN 1500 och som ingen annan tidigare ansett vara för handen, är därmed oproportionerligt och oföretsberbart och inte i överensstämmelse med LOU.

Regionen

Tilldelningsgruppen är en av de tilldelningsgrupper som avbröts på grund av att inkomna anbud, bl.a. Bolagets, inte uppfyllde samtliga obligatoriska krav, vilket också angavs som skäl. Detta innebär att skälet för avbrytande består i att det i upphandlingen inte varit möjligt att i tillräcklig utsträckning tillvarata konkurrensen såvitt avser aktuell tilldelningsgrupp. Om det enbart återstår ett anbud eller inga anbud som uppfyller kraven i en upphandling är det fastslaget i praxis att det utgör sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen.

Regionen anser inte att det varit en felaktig bedömning att Bolaget inte uppfyllt alla obligatoriska krav i upphandlingen. Om rätten skulle finna att Bolaget rätteligen bort ha uppfyllt alla krav, föreligger ändå en rätt för Regionen att avbryta upphandlingen.

Bolaget är av den uppfattningen att Regionen inte har tagit hänsyn till av Bolaget i sin ansökan bifogat testprotokoll, som visar att Bolagets produkt uppfyller kravet i punkt 3.2.2 i förfrågningsunderlaget. Enligt kravet ska handdesinfektionsmedlet vara testat och godkänt enligt standarden EN 1500. Bolaget har till sitt anbud bifogat instruktion för användning av handdesinfektionsmedel. Bolaget har även bifogat ett testprotokoll till sitt anbud. Vid en jämförelse mellan Bolagets instruktion för användning och testprotokoll framgår att Bolagets handdesinfektionsmedel inte är testat enligt de anvis-

ningar Bolaget ger i sin instruktion för användning. Enligt EN 1500 ska testprodukten alltså appliceras i enlighet med leverantörens anvisningar för användning av produkten. Bolaget uppfyller inte kraven i EN 1500 i och med att deras handdesinfektionsmedel inte är testat enligt de anvisningar Bolaget ger i sin instruktion för användning. Regionen kan därmed inte veta vilken effekt mediet har när det appliceras enligt Bolagets instruktion för användning.

Med anledning av att Bolagets testprotokoll och anvisningarna för användning skilde sig åt begärde Regionen efter anbudsinlämnandet in ett förtydligande av Bolaget. Bolaget bekräftar i sitt förtydligande att mängden medel och kontakttid inte är samma i testprotokollet som i instruktionen för användning. Bolaget har efter att tilldelningsbeslut meddelats skickat in en korrigerad instruktion för användning av vilken framgår att användare ska ta 3 ml handdesinfektion som ska gnidas in i 30 sekunder, vilket sedan ska upprepas. Detta överensstämmer med den volym och den kontakttid som var gällande vid testsituationen enligt testprotokollet, men skiljer sig från den instruktion för användande som skickades in i samband med anbudslämnande.

Regionen har valt att inte beakta den korrigerade instruktionen för användning. Denna skickades in efter att Regionen meddelat tilldelningsbeslut, varför Regionen inte ens hade kunnat beakta den vid tiden för tilldelning.

Flera olika positioner har organisatoriskt upphandlats i en och samma annons. Var del ska dock ses var för sig. Den självständiga position som Bolaget klagat på och som är föremål för prövning i målet är 3.2.8, varför det är utan betydelse hur andra delar bedömts. Oaktat detta så finns det andra positioner i upphandlingen som också har avbrutits och där det varit få eller inga inkomna anbud. Det finns inget samband med övriga positioner och avbrytandebeslutet. Det handlar om olika fall samt upphandlingsrättsligt om

olika "upphandlingar" och olika potentiella tilldelningsbeslut. Något brott mot likabehandlingsprincipen föreligger inte.

Regionen överväger nu hur behovet ska kunna täckas med handdesinfektionsmedel och har även upptäckt att förfrågningsunderlaget brister vad kommer an på krav på hur lång tid det ska ta för vårdpersonalen att appliceras medlet. Regionen ser att den metod med två tvättar om 30 sek som offererats inte kommer att kunna upprätthållas i vården i praktiken. Regionen behöver alltså, utifrån vad som är lämpligaste behov, se över hur krav ställs upp för applicering beträffande mängd, tid och olika eventuella intervall. Detta innebär att förfrågningsunderlaget inte täcker in det behov som verksamheten har, vilket utöver bristande konkurrens är ytterligare ett sakligt godtagbart skäl för att avbryta upphandlingen.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har inledningsvis att pröva om det funnits sakligt godtagbara skäl för Regionens att avbryta upphandlingen. Det är Regionens som har bevisbördan för att så är fallet (jfr RÅ 2009 ref. 43 och Kammarrätten i Stockholms dom den 23 januari 2013 i mål nr 4691-12).

I sitt avbrytandebeslut har Regionens som grund anfört att inget av de inkomna anbuden för den aktuella tilldelningsgruppen uppfyller samtliga ställda obligatoriska krav. Vad beträffar Bolagets anbud för den aktuella tilldelningsgruppen har den brist som påtalats i upphandlingsprotokollet till beslutet bestått av att Bolagets anbud inte uppfyller kravet avseende standardtestprotokoll för EN 1500.

Under överprövningsprocessen har Regionens framfört ytterligare skäl för att avbryta upphandlingen. Beträffande möjligheten att pröva omständigheter som åberopas först under överprövningsprocessen kan följande framföras.

Vare sig förvaltningsprocesslagen (1971:291) eller bestämmelserna i LOU innehåller något krav på att de omständigheter som anförs till grund för parternas talan ska vara slutligt bestämda innan ansökningsfristens utgång eller vid någon särskild tidpunkt under prövningen i förvaltningsrätten. Upphandlande myndighet ska förvisso ange skälen för ett avbrytandebeslut, men några krav på att myndigheten i avbrytandebeslutet uttömmande ska ange alla omständigheter som ligger till grund för beslutet finns inte (jfr t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom den 6 mars 2012 i mål nr 93-12). Med beaktande av de effektivitetshänsyn som bör råda i mål av detta slag samt med hänsyn tagen till att rättssäkerheten för Bolaget tillgodosetts genom den kommunicering som skett i målet, finner förvaltningsrätten, att övervägande skäl talar för att förvaltningsrätten har möjlighet att beakta även de under domstolsprocessen tillkommande skälen för Regionens beslut att avbryta upphandlingen (jfr även HFD 2013 ref 5).

En upphandlande myndighet har rätt att själv avgöra när det finns förutsättningar för att inleda en upphandling och när en inledd upphandling behöver avbrytas (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref.43). Någon skyldighet för en upphandlande myndighet att fullfölja en påbörjad upphandling finns inte, utan myndigheten har rätt att avbryta en upphandling fram till dess ett upphandlingskontrakt föreligger (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 17 februari 2009 i mål nr 3226-08). Ett beslut om avbrytande måste emellertid vila på sakligt godtagbara skäl och får inte vara godtyckligt. Möjligheten att avbryta en upphandling är dock inte begränsad till situationer där det föreligger allvarliga eller tungt vägande skäl, men en förutsättning är att den upphandlande myndigheten följer de grundläggande reglerna i fördraget (se bl.a. mål C-92/00 HI).

Bristande konkurrens har i praxis i ett flertal fall godtagits som sakliga skäl för att avbryta en upphandling i de fall då endast en lämplig anbudsgivare återstår (se t.ex. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2008 ref.

35, Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 4464-12 samt Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 3226-08 och nr 1236-09). Av ovan redovisad praxis framgår vidare att detta gäller oberoende av om den upphandlande myndigheten tidigare accepterat inkomna anbud och först under pågående överprövning avbrutit upphandlingen.

Mot bakgrund av det ovan angivna finner förvaltningsrätten att - oavsett om Regionen haft eller saknat skäl för att bedöma att Bolagets anbud uppfyller ställda obligatoriska krav – Regionen haft sakligt godtagbara skäl för att avbryta upphandlingen med hänvisning till bristande konkurrens vid i målet aktuella förhållanden. Vid denna bedömning saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva de övriga grunder och invändningar som parterna framfört i målet. Ansökan om överprövning av avbrytandebeslutet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur domen kan överklagas finns i bilaga 1 (DV 3109/1D-LOU).

Mats Edsgården

Rådman

Föredragande har varit Stefka Bokmark.



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.