



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
 Allmänna avdelningen

**DOM**  
 2010-09-03  
 Meddelad i  
 Stockholm

Mål nr  
 33918-10  
 Enhet 14

**SÖKANDE**

HARTMANN-ScandiCare AB, 556366-9828  
 Box 24  
 334 21 Anderstorp

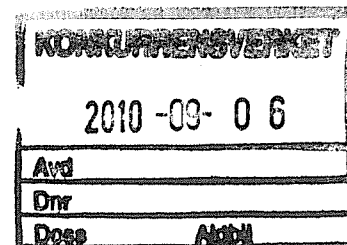
**MOTPART**

Stockholms läns landsting  
 Upphandlingsenheten  
 Box 6401  
 113 82 Stockholm

Ombud: Carina Sandin och Robert Larsson  
 Landstingsstyrelsens förvaltning  
 Box 22550  
 104 22 Stockholm

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut av den 28 juni 2010 upphör härigenom att gälla.

Dok.Id 43414

Postadress  
 115 76 Stockholm

Besöksadress  
 Tegelhuddsvägen 1

Telefon  
 08-561 680 00  
 E-post:  
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax  
 08-561 680 01

Expeditionstid  
 måndag – fredag  
 09:00-15:00

## BAKGRUND

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling av pappers- och plastvaror (dnr LS 0909-0775 SLL 760) omfattande ett flertal olika positioner. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande med övergång till ett förhandlat förfarande avseende vissa positioner.

I tilldelningsbeslut avsänt den 18 juni 2010 har SLL bl.a. beslutat att anta anbud från Mediplast AB (Mediplast) avseende positionerna 62 och 63.

HARTMANN-ScandiCare AB (Hartmann) har ansökt om överprövning. Förvaltningsrätten har den 28 juni 2010, med stöd av 16 kap. 2 § LOU, förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas i de delar som avser positionerna 62 och 63.

## YRKANDEN OCH GRUNDER

**Hartmann** ansöker om överprövning enligt LOU i de delar som avser positionerna 62 och 63 och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om avseende dessa positioner.

Till stöd för sin talan anför Hartmann bl.a. följande. I SLL:s produktspecifika krav på kräkpåsen ingick att den ska vara graderad. Hartmann ifrågasatte detta krav under upphandlingen och fick till svar att det var ett behov i verksamheten. Det finns endast en leverantör, Mediplast, som har gradering på sin påse. Då Hartmann vet att det är svårt att åstadkomma en korrekt gradering har man undersökt Mediplasts påse och kommit fram till att graderingen är felaktig och inte kan anses som en gradering, utan enbart streck. Därför borde inte Mediplasts påse gått vidare i utvärderingen. Mediplast uppfyller således inte skallkravet på att påsen ska vara graderad.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

I förfrågningsunderlaget finns en medföljande miljöbilaga som ska fyllas i och bifogas anbudet. Detta har Mediplast inte gjort och SLL borde inte ha utvärderat anbudet. SLL skriver vidare i sin anbudsinbjudan att anbudsförfarandet inte medger förhandling och att det är av stor vikt att alla krav och villkor följs. Trots det har SLL hänvisat till 4 kap. 5 § 1 LOU och övergått till förhandlat förfarande. Dessutom har SLL ändrat förutsättningarna för kontraktet väsentligt genom att förhandla med Mediplast då dessa inte uppfyllde det nämnda skallkravet.

SLL bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. SLL har inte på något sätt brutit mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. Hartman lider inte någon skada. För position 63 har SLL ställt som krav att kräkpåsen ska vara graderad. Gradering har efterfrågats av verksamheten då volymer dokumenteras för att kontrollera patientens vätskebalans. En ”korrekt” gradering har dock inte efterfrågats då det i det första skedet räcker med en ungefärlig volym. Om ytterligare exakthet/noggrannhet önskas töms påsen över till ett mätglas. Avsikten med graderingen av påsen är att användaren lättare ska kunna uppskatta volymen av innehållet i påsen. Det rör sig om en uppskattning, inte en mätning. Påsen är mjuk vilket medför att noggranna mätningar inte är möjliga i denna typ av produkt.

Anbudet uppfyllde först inte samtliga skallkrav på så sätt att den i förfrågningsunderlaget ingående miljöbilagan inte ifyllts och bifogats anbudet. SLL övergick därför till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering och begärde in miljöbilagan. Mediplast inkom därefter med en ifylld miljöbilaga och SLL kunde konstatera att bolaget därmed uppfyllde samtliga skallkrav. Mot bakgrund av att endast ett anbud inkom, som inte uppfyllde alla skallkrav, uppstod en situation då det inte fanns möjlighet att tilldela kontrakt på dessa positioner. För den uppkomna situationen möjliggör LOU en övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering.

**Hartmann** genmäler bl.a. följande. SLL:s krav på gradering har uteslutit flera möjliga anbudsgivare, däribland Hartmann, från att delta i upphandlingen. Hartmann anser att kravet på gradering strider mot 1 kap. 9 § LOU när det gäller proportionalitet. SLL gör gällande att det inte är frågan om mätning utan uppskattning. Om mätning ska göras hålls innehållet över till ett mätglas. Dessutom anser Hartmann att en uppskattning kan göras av SLL:s erfarna personal utan en missvisande gradering på påsen. SLL gör gällande att eftersom påsen är mjuk medför det att noggranna mätningar inte är möjliga. Om SLL vet om detta ifrågasätter Hartmann kravet på gradering som inte står i proportion till det upphandlade. Utan gradering hade SLL uppnått samma effekt men med konkurrensutsättning av produkten.

SLL skriver i anbudsinbjudan att:

Förfarandet medger inte förhandling varför det är av stor vikt att alla krav och villkor enligt detta förfrågningsunderlag följs och att bästa villkor lämnas i anbudet. Anbud kommer att antas utan föregående förhandling.

Hartmann anser att SLL brutit mot detta genom att övergå till förhandlat förfarande och hänvisa till 4 kap. 5 § 1 LOU. Det finns möjlighet att enligt 4 kap. 5 § övergå till förhandlat förfarande men då SLL uttryckligen skriver att anbud kommer att antas utan föregående förhandling måste man som möjlig anbudsgivare anta att så är fallet.

SLL genmäler bl.a. följande. Den av Hartmann angivna metoden för exakt mätning av innehållet i påsen där hela påsen sätts ned i mätglas är inte bruklig i verksamheten. Även om det skulle finnas mätglas som möjliggör mätning med den metod Hartmann angett medför ett sådant förfarande ändå ett extra arbetsmoment i de fall där det endast behövs hjälp att utföra en uppskattning. En gradering medför att man minimerar då gånger som hantering av maginnehåll till mätglas måste ske. Därmed uppnås en stor

fördel med tanke på bl.a. den minskade smittorisken. Skallkravet är därmed proportionerligt.

**Hartmann** genmäler härefter bl.a. följande. I Läkemedelsverkets författningssamling 2003:11, bilaga 1 punkt 10.1, anges följande.

Produkter som har en mätfunktion ska vara konstruerad och tillverkad på ett sådant sätt att mätresultaten blir tillräckligt noggranna och tillförlitliga och inom toleranser som är rimliga med tanke på produktens avsedda ändamål. Toleranser avseende noggrannhet anges av tillverkaren.

Av mätresultaten framgår att differensen i graderingen hos den av SLL valda kräkpåsen är väldigt stor och torde enligt Hartmanns bedömningar falla utanför vad som är rimligt. SLL har i sitt förfrågningsunderlag ej beskrivit hur graderingen ska vara utformad eller skrivit att den endast ska användas som uppskattning. Skallkravet avseende gradering på kräkpåsen uppfyller inte kraven på öppenhet och transparens.

SLL genmäler härefter bl.a. följande. Läkemedelsverkets författningssamling är inte relevant, då aktuell kräkpåse inte är en medicinteknisk produkt med mätfunktion enligt definitionen i regelverket. Bolagets mätresultat saknar relevans då skallkravet enbart avser gradering för uppskattning och inte mätning.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse.  
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.

4 kap. 5 § första stycket 1. LOU har följande tillämplig lydelse.  
En upphandlande myndighet får använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtrepren-

der, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt.

16 kap. 2 § första stycket LOU har följande tillämplig lydelse. 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

#### *Handlingarna i målet*

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande under rubriken "Anbudsinbjudan/Administrativa krav".

##### 0.1.Anvisningar.

[...]

Utöver ifyllda delmoment skall även bilagor och annat material som efterfrågas i förfrågningsunderlaget bifogas.

##### 0.2.9. Upphandlingsförfarande

Denna upphandling genomförs som öppet förfarande enligt LOU. Förfarandet medger ej förhandling varför det är av stor vikt att alla krav och villkor enligt detta förfrågningsunderlag följs och att bästa villkor lämnas i anbudet. Anbud kommer att antas utan föregående förhandling.

I förfrågningsunderlagets produktlista med upphandlade produkter och specifikationer kan bl.a. följande utläsas.

Position 62, kräkpåsar: Tilläggsinfo / egenskaper: hållare till kräkpåse, vägganordning, metall

Position 63, kräkpåsar: Tilläggsinfo / egenskaper: kräkpåse, minst 1,5 liter, graderad, med förslutningsmöjligheter.

#### *Förvaltningsrättens bedömning*

Hartmann har ifrågasatt att Mediplast uppfyller kravet avseende gradering och huruvida det funnits förutsättningar för SLL att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Vidare har Hartman anfört att kravet på gradering är oproportionerligt.

### Skallkravet

Av förfrågningsunderlaget framgår endast att produkten ska vara graderad. Av kravet kan inte utläsas att graderingen måste vara exakt för att anses vara en gradering. Det har inte ifrågasatts i målet att Mediplasts produkt inte har en gradering överhuvudtaget. Mediplasts produkt får därmed anses uppfylla kravet på gradering.

### Förhandlat förfarande

I vissa fall får en upphandlande myndighet övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering. Förutsättningar för detta regleras i 4 kap. LOU. En sådan övergång är ett undantag och enligt praxis från EU-domstolen är det den som åberopar ett undantag som har att visa att förutsättningar för att tillämpa det föreligger. Undantag ska även tillämpas restriktivt.

SLL har åberopat att det endast inkommit ett anbud avseende de aktuella produkterna och att detta inte uppfyllde alla krav. Dessa uppgifter har inte bestridits av Hartmann. SLL har därmed gjort sannolikt att det inte inkommit några lämpliga anbud. Därmed har förutsättningar för en övergång till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering förelegat.

Det är ostridigt i målet att Mediplast fått inkomma med en miljöbilaga till sitt anbud. Under ett förhandlat förfarande ingår anpassningar av anbuden till ställda krav. Detta innebär, enligt förvaltningsrättens mening, att det är förenligt med ett förhandlat förfarande att låta en anbudsgivare inkomma med en saknad bilaga på det sätt som nu skett.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM  
Allmänna avdelningen

DOM

Hartmann har dock även anfört att SLL har förfarit felaktigt när SLL övergick till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering eftersom SLL angett i förfrågningsunderlaget att anbud kommer att antas utan föregående förhandling.

Fråga är då om en upphandlande myndighet kan i förfrågningsunderlaget förbinda sig att inte använda de möjligheter som LOU medger samt i så fall om SLL kan anses ha gjort en sådan utfästelse.

Reglerna i 4 kap. LOU avseende övergång till förhandlat förfarande utgör en möjlighet för den upphandlande myndigheten. Myndigheten har således, i en situation som den nu uppkomna, ett val att antingen tillämpa reglerna i 4 kap. LOU eller att inleda ett nytt öppet förfarande. Det torde därmed vara möjligt för en upphandlande myndighet att redan i förfrågningsunderlaget ange att möjligheten till förhandlat förfarande enligt 4 kap. LOU inte kommer att användas. För det fall en sådan angivelse föreligger den upphandlande myndigheten och likväl väljer att övergå till ett förhandlat förfarande kan detta strida mot principen om transparens och förutsebarhet.

SLL har angett i förfrågningsunderlaget att "...anbud kommer att antas utan föregående förhandling". Detta är, enligt förvaltningsrättens mening, att betrakta som att SLL inte avser använda möjligheten till förhandlat förfarande. Att så har skett strider således mot principen om transparens och förutsebarhet.

I och med att Hartmann inte lämnat något anbud på de i detta mål aktuella produkterna har detta fel dock inte påverkat Hartmanns möjligheter att tilldelas kontraktet. Hartmann har därmed inte lidit skada av den aktuella överträdelsen och denna invändning föranleder således inte ett ingripande enligt LOU.



Proportionalitet

Hartmann har ifrågasatt att kravet på gradering är proportionerligt om det endast är ett hjälpmedel för en bedömning samt har, obestritt i målet, uppgett att det enbart finns en leverantör som kan leverera en produkt som uppfyller det aktuella kravet. SLL har anfört att gradering är ett önskemål från verksamheten och att det är en hjälp för att uppskatta volymen samt att man därigenom uppnår en minskad smittorisk.

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i ett upphandlingsärende. Friheten är dock inte obegränsad. Kraven får t.ex. inte vara utformade så att väsentliga gemenskapsrättsliga principer kränks och kraven måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen. Förvaltningsrätten anser att SLL:s krav på att kräkpåsarna ska vara graderade får anses ha ett naturligt samband med och stå i rimlig proportion till det som upphandlats. Det faktum att endast ett av de ingivna anbudena uppfyllt kravet på gradering medför inte någon annan bedömning, eftersom kravet varit känt för alla anbudsgivare. Kravet strider därmed inte mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Hartmann har anfört inte utgör skäl för att besluta att upphandlingen ska rättas eller göras om. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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

  
Ulrika Melin

Föredragande har varit Erica Nyström



# 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. 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 ska 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 var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

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

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.