



KLAGANDE

Gambro Lundia AB, 556057-7594

Ombud: Advokaten Per-Owe Arfwedson
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 16 december 2013 i mål nr 10670-13, se bilaga A

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014 -06- 0 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och beslutar, med ändring av förvaltningsrättens dom, att Västra Götalandsregionens upphandling avseende förbrukningsmaterial för dialys, diariernr SN 391-2011, när det gäller produktgrupperna 6 och 7 ska göras om.

Kammarrättens interimistiska beslut den 25 februari 2014 upphör därmed att gälla.

YRKANDEN M.M.

Gambro Lundia AB (Gambro) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, beslutar att upphandlingen görs om avseende

produktgrupperna 6 och 7. Till stöd för sin talan anför Gambro följande. Såsom kravställningen inledningsvis var utformad kunde Gambro inte delta i upphandlingen, utan det blev aktuellt först i ett sent skede av upphandlingen, när Västra Götalandsregionen (VGR) meddelade att kraven på viss filterstorlek och prestanda respektive att ett filter fick offereras endast en gång inte längre skulle gälla. Vidare angavs att filterstorlek och prestanda behövde uppfyllas endast ungefärligen. Anbudsförutsättningarna har därmed inte varit likartade, eftersom den anbudsgivare som hela tiden uppfyllt de krav som ställts med sex veckors försprång haft möjlighet att förbereda och anpassa sitt anbud till förfrågningsunderlagets krav. Gambro har därmed lidit skada. Att anbudstiden förlängts läker inte bristen på likabehandling av anbudsgivarna.

Förvaltningsrättens slutsats att VGR:s förändring av kravställningen endast innebar att VGR öppnat upp för alternativa anbud är inte rimlig. Den tolkning som ligger närmast till hands är istället, givet de frågor som ställdes och besvarades av VGR, att VGR valde att, i syfte att öppna upphandlingen för konkurrens, frånfalla sina tidigare krav på viss filterstorlek och prestanda respektive antalet gånger som ett filter fick offereras. Därtill kommer att alternativa anbud kan medges endast om det angetts i upphandlingsannonsen, vilket inte skett här.

Om kammarrätten skulle finna att kravställningen har den innebörd som VGR gör gällande har lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, ändå åsidosatts, dels då VGR genom att öppna upp för alternativa anbud väsentligt ändrat anbudsförutsättningarna, dels eftersom kravställningen är oproportionerlig.

VGR anser att överklagandet ska avslås och anför följande. Eftersom samtliga anbudsgivare fått del av samma information vid samma tidpunkt har anbudsgivarna haft samma förutsättningar att lämna anbud. VGR har således inte överträtt likabehandlingsprincipen. Detta gäller trots att

Gambro enligt egen uppgift inte har tillgång till de filter som VGR efterfrågat. Gambro har gjort en felaktig tolkning av VGR:s uppdatering av förfrågningsunderlaget, då avsikten var att ge anbudsgivarna möjlighet att lämna alternativa lösningar. VGR har inte eftergett de krav som uppställts avseende filterstorlek. För att kunna säkerställa en så bra vård som möjligt för varje enskild patient har VGR identifierat ett behov av dialysfilter av fem olika storlekar avseende produktgrupp 6 och en storlek avseende produktgrupp 7. Gambro har offererat tre olika filterstorlekar för produktgrupp 6, varav ett uppfyller de uppställda kraven. Eftersom Gambro inte kommit in med någon alternativ lösning har det för att uppfylla kraven haft att offerera fem olika filter. Den omständigheten att VGR eftergett kravet att en produkt endast får offereras vid ett tillfälle innebär inte att VGR eftergett de produktspecifika kraven avseende produktgrupperna 6 och 7. Gambro har, även om justeringen vore att bedöma som väsentlig, inte lidit eller kunnat komma att lida skada av den påstådda överträdelsen.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Bakgrund

I förfrågningsunderlaget avseende den aktuella upphandlingen, som gäller förbrukningsmaterial för dialys, har de efterfrågade produkterna, däribland s.k. dialysfilter, indelats i olika produktgrupper, bestående av ett antal positioner som anger krav på produkterna. Kammarrättens prövning omfattar produktgrupperna 6 och 7. När det gäller produktgrupp 6 efterfrågades i upphandlingen ursprungligen fem olika filterstorlekar; 1,4 kvm, 1,8 kvm, 2,0 kvm, 2,2 kvm och 2,3 kvm. I produktgrupp 7 efterfrågades, så som förfrågningsunderlaget ursprungligen utformats, en specifik filterstorlek; 1,8 kvm.

Under upphandlingens gång justerade VGR förfrågningsunderlaget med anledning av frågor från anbudsgivarna. Beträffande de nu aktuella

produktgrupperna framgår av utredningen att följande fråga ställts ”Är filterytan ett absolut ska-krav? I så fall anser vi detta som konkurrensbegränsande då det endast speglar nuvarande leverantörs sortiment. Vår uppfattning är att det är prestanda som är de viktigaste parametrarna och inte om filterytan skulle variera någon tiondel i storlek.”

Med anledning av frågan svarade VGR den 16 januari 2013 och ändrade förfrågningsunderlaget enligt följande: ”Förtydligande: Förfrågningsunderlaget är uppdaterat i punkt ”5.2 Utvärdering av anbud” med följande: ”Samtliga angivna värden och/eller mått på artiklar som anges i Anbudsmall samt Kravspecifikation är ungefärliga. Anbud och anbudsprov med alternativa lösningar kommer att utvärderas av den av VGR utsedda projektgruppen utifrån de ställda kraven.”

Vidare tog VGR från punkten 4.2 i förfrågningsunderlaget – gällande anbudets form, innehåll samt avlämnande – den 1 februari 2013 bort följande mening. ”De av er offererade produkter får endast offereras vid ett tillfälle i Anbudsspecifikationen, varför vi ber er vara noggranna med att offerera rätt produkt under rätt position.”

VGR förlängde den 1 februari 2013 anbudstidens utgång från den 8 februari 2013 till den 22 februari 2013.

Det av Gambro lämnade anbudet utvärderades inte beträffande produktgrupperna 6 och 7, eftersom VGR bedömde att de filter Gambro offererat inte uppfyllde de produktspecifika kraven.

Kammarrättens bedömning

En upphandlande myndighet har enligt praxis stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna i 1 kap. 9 § LOU (HFD 2012 ref. 48).

En av dessa principer är transparensprincipen, som bl.a. innebär att ett förfrågningsunderlag ska vara klart och tydligt. Den information som ges i en upphandling måste vara av sådan omfattning och kvalitet att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt (jfr. EU-domstolens dom den 18 oktober 2001 i mål C-19/00).

VGR har på en direkt fråga om huruvida filterytan beträffande bl.a. de aktuella produktgrupperna är ett absolut ska-krav svarat att samtliga angivna värden och/eller mått på artiklar som anges i förfrågningsunderlaget är ungefärliga. Anbudsgivarna har därigenom haft anledning att utgå från att det inte funnits några exakta krav avseende storleken på offererade filter. Den omständigheten att VGR i efterföljande mening i sitt svar angett att anbud och anbudsprov med alternativa lösningar kommer att utvärderas utifrån de ställda kraven ändrar inte den bedömningen.

När det gäller VGR:s invändning om att fem olika filterstorlekar krävts avseende produktgrupp 6, medan Gambro offererat filter i endast tre olika storlekar, konstaterar kammarrätten att något krav på ett visst antal storlekar inte framgått av förfrågningsunderlaget sedan VGR justerat detsamma så att det dels varit tillräckligt att storlekarna på offererade filter varit ungefärliga med de angivna, dels varit möjligt att offerera samma produkt vid mer än ett tillfälle.

Mot bakgrund av hur justeringarna i förfrågningsunderlaget formulerats kan det inte anses förenligt med transparensprincipen att ge förfrågningsunderlaget en sådan innebörd som VGR gjort, vilket inneburit att Gambros anbud avseende produktgrupperna 6 och 7 förkastats. Gambro har till följd av detta lidit skada. Det finns därmed förutsättningar för ingripande mot upphandlingen. Eftersom fråga är om brist som är hänförlig till den konkurrensuppsökande delen av upphandlingen finner

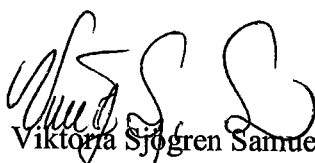
kammarrätten att upphandlingen ska göras om beträffande produktgrupperna 6 och 7.

Vid denna bedömning saknas anledning att pröva Gambros invändningar om att VGR genom sina justeringar väsentligt ändrat anbudsförutsättningarna och att justeringarna strider mot likabehandlingsprincipen samt att kravställningen varit oproportionerlig.


HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)
Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.



Petter Classon



Viktoria Sjögren Samuelsson
referent



Sonja Huldén



Elin Strand



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM
2013-12-16
Meddelad i
Göteborg

Bilaga A
ab 20
Mål nr
10670-13 E
Avdelning 3 Enhet 31

Sida 1 (15)

SÖKANDE

Gambro Lundia AB, 556057-7594
Box 10101
220 10 Lund

Ombud: Advokat Per-Owe Arfwedson
Advokatfirman Vinge KB
Box 1703
111 87 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT BESLUT

Västra Götalandsregionens beslut den 19 september 2013, diariernr SN391-2011

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att Västra Götalandsregionens upphandling avseende produktgrupp PG GA 1 får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen av de inkomna anbuden ska göras om i enlighet med vad bolaget påtalat och vad som i övrigt framkommer.

Förvaltningsrätten avslår ansökan i övrigt.

Dok.Id 241234

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört en upphandling avseende förbrukningsmaterial inom område Dialys, diarienummer SN391-2011. Upphandlingen har genomförts som en öppen upphandling. Anbud från elva leverantörer har kommit in, varav tio uppfyllt kvalificeringen och gått vidare till utvärderingen. Av tilldelningsbeslut den 19 september 2013 framgår att andra leverantörer än Gambro Lundia AB (bolaget) har vunnit upphandlingen avseende anbudsområdena PG 6 Högperm filter, PG 7 Låg permfilter och PG 10 koncentrat 300 L. Av tilldelningsbeslutet framgår vidare att ingen tilldelning har skett för anbudsområdena PG GA 1 Förfilter AK 96, PG GA 1 Förfilter Gambro, PG GA 1 Bikarbonat Gambro, PG GA 1 Koncentrat Gambro och PG GA 1 Vattenren. Sterilfilter.

YRKANDEN M.M.

Gambro Lundia AB

Bolaget begär överprövning av upphandlingen och anför i huvudsak följande. Bolaget yrkar att upphandlingen avseende PG 6 Högperm filter, PG 7 Låg permfilter och PG 10 koncentrat 300 L ska göras om. Bolaget yrkar vidare att upphandlingen avseende PG GA 1 Förfilter AK 96, PG GA 1 Förfilter Gambro, PG GA 1 Bikarbonat Gambro, PG GA 1 Koncentrat Gambro och PG GA 1 Vattenren. Sterilfilter ska rättas på så sätt att ny utvärdering genomförs. Upphandlingen har genomförts i strid mot transparens- och likabehandlingsprincipen genom att VGR inte tillsett att anbudsförutsättningarna varit likartade för anbudsgivarna (PG 6), frångått sina egna obligatoriska krav i samband med utvärderingen av anbuderna (PG 6 och PG 7) och tillämpat olika utvärderingsgrunder vid utvärderingen av anbuderna (PG 6), tillämpat oproportionerliga och därmed konkurrensbegränsande krav (PG 10), utvärderat leverantörerna olika vid utvärderingen

av anbudet (PG GA 1 Gambro) och vid utvärderingen tillämpat skall-krav som återkallats i frågor och svar, samt genomfört väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget (PG 6 och PG 7). Bristerna har fått till följd att bolaget lider skada.

Av kravspecifikationen flik PG 6 framgår att VGR uppställt en rad produktspecifika skall-krav på filterytans storlek för de olika positionerna. Enligt kravspecifikationen ska storleken på filterytan vara olika för de fem positionerna i PG 6: 1,4 m², 1,8 m², 2,0 m², 2,2 m² respektive 2,3 m². Av kravspecifikationen flik PG 7 framgår att produktområdet omfattar en position, som ska ha filterytan 1,8 m². De storlekar som efterfrågas motsvarar exakt de storlekar som tillhandahålls av den anbudsgivare som VGR utsett som leverantör för anbudsområde PG 6 och PG 7, och som är nuvarande leverantör. Bolaget och andra anbudsgivare har filter med motsvarande egenskaper och prestanda som de filter som efterfrågades, men i en annan filterstorlek. Något egentligt skäl att uppställa ett specifikt storlekskrav finns inte. Det enda skälet tycks vara att just matcha filterstorlekar och produktbredd med den vinnande anbudsgivaren. Skall-kravet avseende PG 6 är utformat så att bolaget inte kunde uppfylla det eftersom det endast kunde erbjuda filter i storlekarna 1,7 m², 2,1 m², 2,1 m² och 2,1 m². Likaså kunde bolaget visserligen erbjuda filter för PG 7 som var av storleken 1,7 m². Flera frågor angående det aktuella skall-kravet ställdes i frågor och svar. VGR har då ändrat så att samtliga värden och mått på artiklar som anges är ungefärliga samt att alternativa lösningar kommer utvärderas. Bolaget kunde dock inte lämna anbud på PG 6 eftersom en produkt endast fick offereras vid ett tillfälle. Detta krav är svårförståeligt då det ur ett funktions- och prestandaperspektiv är oväsentligt om ett filter offereras mer än en gång. VGR har på frågor kvarstått vid det aktuella kravet. Vid en senare fråga angående möjligheten att offerera samma dialys slangset artär/ven HD vuxen med och utan BVM har VGR uppdaterat förfrågningsunderlaget och tagit bort att de offererade produkterna endast får offereras

vid ett tillfälle i Anbudsspecifikationen. Först vid detta tillfälle har bolaget kunna konstatera att det är möjligt att lämna ett anbud på anbudsområdena PG 6. Anbudsförutsättningarna har inte varit likartade för anbudsgivarna när det gäller PG6. Den vinnande anbudsgivaren, som hela tiden uppfyllt de krav som VGR ställt, har sedan upphandlingen annonserades haft möjlighet att förbereda och anpassa sitt anbud till förfrågningsunderlagets krav. Bolaget och övriga anbudsgivare har först sex veckor senare haft att påbörja arbetet med sitt anbud. Att anbudstiden förlängts kan knappast läka bristen på likabehandling mellan anbudsgivarna. Anbudstiden har i praktiken understigit de anbudsfrister som anges i 8 kap. LOU, vilket har påverkat bolagets möjligheter att offerera ett konkurrenskraftigt anbud. Om förvaltningsrätten skulle finna att VGR inte förändrat kraven på det sätt som anförts ovan får kraven avseende viss filterstorlek och prestandavärden anses som oproportionerliga. Det är den upphandlande myndigheten som har att visa att kraven är nödvändiga för att uppnå syftet med kraven och att detta inte kan uppnås på något mindre ingripande sätt (se t.ex. Kammarrätten i Stockholms dom den 27 oktober 2009 i mål nr 3477-09). Bolaget lider därmed skada i upphandlingsrättslig mening. Eftersom bristen är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om.

De förändringar av förfrågningsunderlaget som VGR kommunicerat genom frågor och svar, och som medgav anbudsgivare att offerera filter som inte helt uppfyllde kraven vad gäller storlek på filter och de värden som skulle uppfyllas enligt de produktspecifika kraven samt möjlighet att offerera samma produkt mer än en gång, har inte upprätthållits i utvärderingen av anbuden. Bolaget anbud har inte utvärderats avseende PG 6 och PG 7. Av den kravspecifikation där VGR:s utvärdering framgår följer att bolagets offererade filter inte accepteras samt att de produktspecifika kraven inte uppnåtts avseende PG 6. För PG 7 tycks bristen bestå i att det offererats en filterstorlek som inte motsvarar 1,8 m². Bolagets offererade filter har sådan storlek att dessa måste godkännas i och med att de filtermått som angetts i

kravspecifikationen är ungefärliga. En annan bedömning innebär att VGR avviker från sitt eget förfrågningsunderlag, vilket inkluderar den information som angetts i frågor och svar. VGR har även felaktigt angivit att bolaget inte uppfyller de produktspecifika kraven i PG 6. Detta är dock inte riktigt eftersom VGR vid sin bedömning utgått från en s.k. Highflux HD-behandling vid utvärderingen av bolagets filter. Den anbudsgivare som har tilldelats kontrakt i PG 6 har utvärderats med en annan behandlingsmetod, s.k. HDF. Detta innebär att bolagets och den vinnande anbudsgivarens filter utvärderats på helt olika grunder. VGR har förklarat att de produktspecifika kraven för PG 6 ska uppnås vid HDF/HF- och HD-behandling. Den vinnande anbudsgivarens anbud har inte uppfyllt samtliga produktspecifika krav och borde således även ha uteslutits, varpå upphandlingen avseende PG 6 skulle göras om. De anförda bristerna medför att utvärderingen avviker från förfrågningsunderlaget samt att utvärderingen skett på ett icke likvärdigt sätt. Detta förfarande strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. Eftersom bolagets anbud inte har utvärderats till följd av bristerna lider bolaget skada i upphandlingsrättslig mening. Bristerna är att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet, varför det ligger närmast till hands att upphandlingen görs om.

VGR har i PG 10, som avser dialyskoncentrat, uppställt krav på att produkten ska levereras i volym om 300 liter. Bolaget kan endast leverera dialyskoncentrat i volym om 500 liter och anbudet har av denna anledning inte utvärderats. Eftersom det relativt sent i upphandlingen stod klart att bolaget kunde lämna anbud på PG 6, har det inte funnits tid att hitta ett alternativ om 300 liter att offerera. Kravet på dialyskoncentrat i 300 liters volym är oproportionerligt och konkurrensbegränsande. Såvitt bolaget känner till är detta krav uppställt eftersom vissa enheter inom VGR av utrymmesskäl kan ha svårt att hantera en volym över 300 liter. Det är dock endast ett mindre antal enheter inom VGR som har dessa svårigheter. Ett mindre ingripande sätt vore att göra ett särskilt anbudsområde som avser de övriga

enheter som kan hantera större volymer. Ett krav liknande det av VGR uppställda avseende 300 liters förpackningar kan vara oproportionerligt eftersom syftet med upphandlingen kan uppfyllas på ett sätt som bättre tillvaratar konkurrensen (se t.ex. Kamrarrätten i Göteborgs dom den 24 januari 2011 i mål nr 3952-10). Eftersom kravet är oproportionerligt, och som dessutom erbjuds av den befintliga leverantören, samtidigt som kravet hindrar bolaget från att lämna anbud ska upphandlingen avseende PG 10 göras om. I vart fall ska upphandlingen göras om av det skälet att bolaget till följd av de utestängande skall-kraven inte fått tillräckligt med tid att hitta en alternativ lösning till VGR. Genom att bolaget förhindras lämna anbud lider det skada i upphandlingsrättsligt hänseende.

När det gäller PG GA 1 Förfilter AK 96, PG GA 1 Förfilter Gambro, PG GA 1 Bikarbonat Gambro, PG GA 1 koncentrat Gambro och PG GA 1 Vattenren. Sterilfilter uppställdes som krav att produkterna skulle vara sterila genom att det skulle finnas en viss steriliseringsmetod för produkterna. VGR besvarade flera frågor med anledning av det uppställda kravet på sterila produkter och tog bort kravet. Vid utvärderingen har VGR valt att inte utvärdera bolagets anbud för PG GA 1 Förfilter AK 96, PG GA 1 Förfilter Gambro, PG GA 1 Bikarbonat Gambro, PG GA 1 Koncentrat Gambro och PG GA 1 Vattenren. Sterilfilter. Orsaken till detta är enligt VGR att bolaget för PG GA 1 Förfilter Gambro, PG GA 1 Bikarbonat Gambro och PG GA 1 Koncentrat Gambro inte erbjudit produkter som är sterila. Det är inte möjligt att utesluta anbud på den grunden att vissa produkter inte är sterila då VGR otvetydigt i frågor och svar angett att man frångår kravet. Eftersom bolaget uppfyller de skall-krav som uppställts i produktgruppen och är den enda anbudsgivaren för produktområdet lider bolaget skada i upphandlingsrättsligt hänseende till följd av VGR:s agerande. Det är dock tillräckligt att det förordnas om rättelse genom att en ny utvärdering genomförs avseende de aktuella produktgrupperna.

De förändringar som genomfördes den 16 januari och den 1 februari 2013 innebar att VGR ändrade betydelsen av uppställda skall-krav i ett sent skede under anbudstiden. Dessa förändringar innebär att förfrågningsunderlaget väsentligen kommit att förändras. Sådana förändringar i skallkraven kan normalt inte accepteras (se t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 28 augusti 2008 i mål nr 2016-08). Att VGR förlängt anbudsfristen förändrar inte heller det faktum att det ursprungliga förfrågningsunderlaget inte överensstämmer med den information som senare har delgetts inom ramen för frågor och svar, samt att anbudsförutsättningarna därigenom successivt kommit att förändras radikalt. Det kan därmed inte uteslutas att denna brist, förutom att påverka bolagets möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, även påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. Även detta utgör således skäl till att upphandlingen ska göras om avseende PG 6 och PG 7.

Västra Götalandsregionen

VGR bestrider bolagets yrkande om att upphandlingen ska göras om avseende produktgrupperna PG 6, PG 7 och PG 10 samt medger att upphandlingen ska rättas på så sätt att ny utvärdering ska genomföras avseende produktgrupp PG GA 1. VGR anför i huvudsak följande. Bolaget har felaktigt uteslutits från utvärdering trots att anbudet uppfyllt de produktspecifika kraven avseende produktområde PG GA 1. I övrigt har upphandlingen inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU, som inneburit att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

I upphandlingen har det uppställts en rad produktspecifika krav avseende PG 6 och PG 7 med avseende på filterytans storlek. Det är ostridigt att de svar som publicerats under anbudstiden är bindande. Bolaget menar att de uppställda kraven har ändrats genom de svar som getts under frågor och

svar. Syftet med uppdateringen i anbudsinvitan var att göra det möjligt för anbudsgivarna att offerera alternativa lösningar i upphandlingen. Svaret kan inte anses innebära att de uppställda kraven avseende storleken på filter har eftergetts. Tvärtom framgår det av svaret att inkomna anbud kommer att utvärderas utifrån de [i förfrågningsunderlaget] ställda kraven. De inkomna anbuden har utvärderats i enlighet med de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget och förutsättningarna att lämna anbud har varit lika för samtliga potentiella anbudsgivare. De produktspecifika kraven har utformats utifrån verksamhetens behov och arbetsmetod. En av de faktorer som påverkar valet av filterstorlek vid vård och behandling är patientens kroppsytta. Det är vidare vanligt förekommande att det initialt används ett litet dialysfilter, men att storleken på filtret successivt ökas över tid. Det finns således ett behov av dialysfilter av flera olika storlekar. Det måste stå den upphandlande myndigheten fritt att fastställa vad som ska upphandlas. De av bolaget offererade filtren har inte uppfyllt kraven avseende de efterfrågade storlekarna. Bolaget har inte heller inkommit med något alternativt anbud, i vilket anbudsgivaren visat på att de uppställda skall-kraven är uppfyllda. Den vidtagna förändringen med möjlighet att inkomma med alternativa anbud avseende PG 6 och PG 7 har inte medfört en skyldighet att avbryta och annonsera den aktuella upphandlingen på nytt. Förfarandet innebär inte att myndigheten har brutit mot likabehandlingsprincipen, proportionalitetsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU.

I upphandlingen uppställdes ursprungligen ett krav på att de av anbudsgivarna offererade produkterna endast fick offereras vid ett tillfälle i anbudsspecifikationen. Under anbudstiden har den aktuella skrivningen tagits bort från förfrågningsunderlaget. Ändringen i förfrågningsunderlaget offentliggjordes den 1 februari 2013 och anbudstiden förlängdes till den 22 februari samma år. Detta har inte inneburit ett brott mot likabehandlingsprincipen. Samtliga potentiella anbudsgivare har fått samma information vid samma tidpunkt. De inkomna anbuden har vidare utvärderats i enlighet med för-

frågningsunderlaget, med beaktande av den gjorda justeringen. Samtliga anbudsgivare har således haft lika förutsättningar att lämna anbud och att tilldelas kontrakt. Den gjorda justeringen innebär inte en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget, som medför att myndigheten varit skyldig att annonsera upphandlingen på nytt. Även om justeringen skulle bedömas som en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget har det inte varit möjligt att bortse från produktspecifika krav för respektive produktgrupp och/eller position i utvärderingen. Bolagets offererade produkter har inte uppfyllt de produktspecifika kraven avseende respektive produktgrupp. Anbudet hade således inte kunnat antas oavsett den påstådda överträdelsen av LOU. Det framgår vidare att bolaget offererat samma filter på tre utav fem positioner avseende PG 6. Bolaget har inte uteslutits på den grunden att det offererat samma produkter flera gånger. Bolaget kan därmed inte anses ha lidit skada av den påstådda överträdelsen.

De obligatoriska kraven har inte frångåtts vid utvärderingen av upphandlingen. Tillägget i förfrågningsunderlaget har inte inneburit en förändring av de produktspecifika kraven i PG 6 eller PG 7. Det framgår vidare av anbudsinvjudan att samtliga positioner inom respektive produktgrupp ska offereras för att kunna bedömas och utvärderas som en produktgrupp. Eftersom bolagets anbud inte uppfyllt kraven på filtrens storlek avseende samtliga positioner i PG 6 eller PG 7 har bolagets anbud inte utvärderats i dessa delar. Bolagets anbud har därmed utvärderats i enlighet med de produktspecifika kraven i kravspecifikationen. Bolaget har även anfört att det vid bedömningen av de produktspecifika kraven felaktigt utgått från en s.k. Higflux HD-behandling. Bolaget har dock inte kunnat uppge vilka av uppgifterna i anbudet som bedömningen ska grundas på. Under sådana omständigheter kan bolaget inte anses ha uppfyllt de kravspecifika kraven. Av kravspecifikationen framgår att de produktspecifika kraven avseende PG 6 ska gälla vid HDF/HF- och HD-behandlingar. Eftersom den offererade produkten inte uppfyller kraven vid HD-behandling har bolaget således

inte uppfyllt de produktspecifika kraven. Vid utvärderingen har godtagits de uppgifter som vinnande anbudsgivare angett i sitt anbud. Någon ytterligare kontroll av de uppgifter som vinnande anbudsgivare eller någon annan anbudsgivare lämnat har inte vidtagits. Underlåtenheten att kontrollera de uppgifter som anbudsgivarna lämnat och bedömningen att utesluta bolaget till följd av att det aktuella skall-kravet inte är uppfyllt är inte två jämförbara situationer. Det har inte varit möjligt att utläsa vilka uppgifter som skulle ligga till grund för bedömningen av bolagets anbud. Bolaget har inte heller, trots upprepade förfrågningar, kunnat ge svar på vilka av de i anbudet uppgivna uppgifterna som myndigheten skulle beakta. Likabehandlingsprincipen innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att behandla lika situationer lika. Principen innebär dock inte en skyldighet att behandla olika situationer lika.

Av kravspecifikationen avseende PG 10 framgår att det efterfrågas dialyskoncentrat om 300 liter. Bolagets anbud har inte utvärderats eftersom det offererat dialyskoncentrat om 500 liter. Bolaget påstår att det inte funnits tid att offerera dialyskoncentrat om 300 liter. Riktigheten i detta påstående ifrågasätts eftersom uppgiften om att det efterfrågats 300 liter har funnits i det ursprungliga annonserade förfrågningsunderlaget. Kravet att dialyskoncentratet ska tillhandahållas i förpackningar om 300 liter är vidare inte oproportionerligt eller konkurrensbegränsande. Det är i huvudsak två skäl till detta krav. För det första har det inte ansetts rimligt ur arbetsmiljösynpunkt att personalen ska behöva hantera förpackningar med större volymer än 300 liter. För det andra har vissa enheter av utrymmesskäl svårigheter att hantera förpackningar med volymer som överstiger 300 liter. Det måste stå den upphandlande myndigheten fritt att bedöma vad som ska upphandlas för att tillgodose de definierade behoven under sådana omständigheter. Det kan inte heller krävas att den upphandlande myndigheten delar upp upphandlingen i mindre delar för att en leverantör ska ha möjlighet att sälja koncentrat med större volymer än vad verksamheten efterfrågar.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska 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 iakttagas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Utredningen i målet

I ifrågavarande förfrågningsunderlag anges bl.a. följande. Anbudet skulle ursprungligen vara VGR tillhanda senast den 8 februari 2013. Efter förlängning av anbudstiden den 1 februari 2013 sattes sista dagen för anbudsinlämning till den 22 februari 2013. - - - Vinnande anbud ska uppfylla de krav som anges för varan eller tjänsten i kravspecifikationen. Den anbudsgivare som har den lägsta fasta anbudssumman för uppdraget antas när det gäller produktgrupp 10. För produktgrupperna 6 och 7 antas den leverantören med det mest fördelaktiga anbudet. - - - Ett ursprungligt krav i förfrågningsunderlaget var att offererade produkter endast får offereras vid ett tillfälle i Anbudsspecifikationen. Detta krav togs bort den 1 februari 2013. - - - Av förtydligande den 16 januari 2013 är samtliga angivna värden och/eller mått på artiklar som anges i Anbudsmall samt Kravspecifikation ungefärliga. Anbud och anbudspröv med alternativa lösningar kommer utvärderas av den av VGR utsedda projektgruppen utifrån de ställda kra-

ven. - - - Av kravspecifikationerna framgår att VGR för produktgrupp 6 efterfrågar filter med filteryta om 1,4 m², 1,8 m², 2,0 m², 2,2 m² och 2,3 m² samt att de produktspecifika kraven ska gälla vid HDF/HF- och HD-behandlingar. För produktgrupp 7 efterfrågas filter med filteryta 1,8 m². När det gäller produktgrupp 10 efterfrågar VGR dialyskoncentrat om 300 liter. Kravet på sterila artiklar för produktgrupp GA 1 har tagits bort den 25 januari 2013.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Rätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69). För att grund för ingripande mot upphandlingen ska föreligga är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada, utan sökanden ska visa att han har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 1 juli 2013 i mål nr 96-13).

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Högsta förvaltningsdomstolen har även uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50).

För att upphandlingen ska uppfylla kravet på likabehandling ska leverantörer och de produkter som erbjuds behandlas lika. De förfaranden som används av en upphandlande myndighet ska tillämpas på samma sätt mot alla leverantörer som deltar i en upphandling. Skall-krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

Bolaget anbud har inte utvärderats avseende PG 6 och PG 7 eftersom bolagets offererade filter inte accepterats samt då de produktspecifika kraven inte ansetts uppfyllda av VGR. Bolaget har anfört att upphandlingen genomförts i strid mot transparens- och likabehandlingsprincipen. Av kravspecifikationen framgår att VGR efterfrågat fem olika filterstorlekar för produktgrupp 6 samt att de produktspecifika kraven ska gälla vid HDF/HF- och HD-behandlingar. VGR har vidare efterfrågat en specifik filterstorlek för produktgrupp 7. Även om VGR har förtydligat att samtliga angivna värden och/eller mått på artiklar är ungefärliga framgår det fortfarande att anbud och anbudsprov kommer utvärderas utifrån de ställda kraven. Enligt förvaltningsrätten innebär detta således att VGR inte eftergett de aktuella kraven, utan endast öppnat upp för alternativa anbud. Även om kravet att en offererad produkt endast får offereras vid ett tillfälle har tagits bort kan detta inte innebära att det är möjligt att offerera samma filterstorlek på flera positioner om det efterfrågas filter i olika storlekar. Av kravspecifikationen är det tydligt att VGR efterfrågar fem olika storlekar. De förtydliganden som gjorts i frågor och svar innebär inte heller att förfrågningsunderlaget väsentligen kommit att förändras.

Enligt förvaltningsrätten har det inte framkommit annat än att de inkomna anbudena har utvärderats i enlighet med de krav som uppställts i förfrågningsunderlaget och att förutsättningarna att lämna anbud har varit lika för samtliga anbudsgivare. Det har inte heller framkommit att VGR skulle ha frångått sina egna obligatoriska krav i samband med utvärderingen av anbudena eller att den vinnande anbudsgivaren inte skulle ha uppfyllt samtliga produktspecifika krav. Enligt förvaltningsrätten är det således inte visat att upphandlingen skulle ha genomförts i strid mot transparens- och likabehandlingsprincipen.

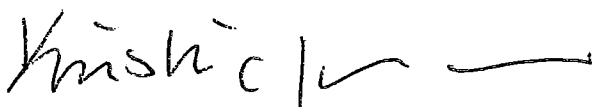
Bolaget har vidare framfört att de uppställda kraven för produktgrupperna 6, 7 och 10 skulle vara oproportionerliga och därmed konkurrensbegränsande. En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU (jfr RÅ 2010 ref. 78 och HFD 2012 ref. 48). Det är den upphandlande myndigheten som har att bedöma vilka skalkrav som är nödvändiga för att erhålla den produkt som efterfrågas, dock med de begränsningar som följer av LOU. För att proportionerligt måste kravet vara nödvändigt för att uppnå de eftersträlvade syftena, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. Det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att visa att något mindre ingripande alternativ inte finns (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 27 oktober 2009 i mål nr 3477-09). Enligt förvaltningsrättens meningar har VGR åberopat godtagbara skäl till att de aktuella kraven har utformats som de gjort. Kraven har vidare funnits med under hela upphandlingen och förutsättningarna att lämna anbud har varit lika för samtliga anbudsgivare. De aktuella kraven kan därmed inte anses vara oproportionerliga eller konkurrensbegränsande.

Vid utvärderingen har VGR valt att inte utvärdera bolagets anbud för produktgrupp GA 1 eftersom bolaget inte erbjudit produkter som är sterila.

När det gäller den aktuella produktgruppen uppställdes ursprungligen ett krav på att produkterna skulle vara sterila genom att det skulle finnas en viss steriliseringsmetod. Kravet på sterila artiklar för produktgruppen har dock under tiden för upphandlingen tagits bort. Bolaget har därmed felaktigt uteslutits från utvärdering trots att anbudet uppfyllt de produktspecifika kraven. Upphandlingen avseende produktgrupp PG GA 1 har således sådana brister att det finns skäl att ingripa mot i vart fall utvärderingen, varför bolagets ansökan ska bifallas i denna del och upphandlingen får avslutas först sedan ny anbudsutvärdering skett, varvid de av bolaget påpekade felaktigheter i anbudsutvärderingen rättats och rättelse även i övrigt skett av de felaktigheter som kan ha förekommit vid utvärderingen av övriga föreliggande anbud. Rättelserna och den nya utvärderingen ska naturligtvis omfatta samtliga anbud.

Förvaltningsrätten anser inte att bolaget inte har visat att upphandlingen i övrigt har sådana brister att det finns skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås i övriga delar.

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


Kristina Jarnevall
Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Simon Isaksson.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.