



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Eak Ståhl

DOM
2014-09-15
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1617-14

KONKURRENSVERKET	
2014 -09- 1 8	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Baxter Medical AB, 556171-0657
Box 63
164 94 Kista

Ombud: Advokat Pernilla Norman
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Blekinge län
371 81 Karlskrona

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att upphandlingen avseende tilldelningsgrupp 7 inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering av anbuden företas, varvid anbudet från Baxter Medical AB beaktas.

Dok.Id 92988

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN M.M.

Landstinget Blekinge (landstinget) genomför en upphandling av läkemedel. Upphandlingen sker genom ett öppet förfarande enligt LOU. Tilldelningsbeslutet fattades den 29 april 2014.

Baxter Medical AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen vad avser tilldelningsgrupp 7 och yrkar att upphandlingen i denna del inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att utvärderingen görs om varvid deras anbud tas med till utvärdering. Bolaget anför bl.a. följande. Landstinget har handlat i strid med de grundläggande principerna om transparens, förutsebarhet, likabehandling samt proportionalitet när man diskvalificerat deras anbud och inte tagit med det till utvärdering. Detta trots att anbudet uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget uppställda ska-krav. Landstinget har diskvalificerat deras anbud med hänvisning till bristande uppfyllelse av ska-kravet angående läckage i händelse av att infusionsaggregatet avlägsnas från infusionsvätskepåsen. Enligt vad som framgår av förfrågningsunderlaget ska anbudsgivarens ska-kravsuppfyllelse vad avser punkten 7.1.1 bekräftas genom att detta anges på avsedd plats i kravspecifikationsdokumentet. Leverantören ska således fylla i kravspecifikationsdokumentet och ge in detta som en del av sitt anbud. Bolaget har fyllt i kravspecifikationsdokumentet och därvid angivit att det uppfyller det uppställda ska-kravet. Vidare har bolaget även på förfrågan från landstinget bekräftat att man uppfyller ska-kravet. Någon tveksamhet om deras ska-kravsuppfyllelse kan därmed inte föreligga för upphandlingen. Trots detta har landstinget diskvalificerat deras anbud på grund av bristande ska-kravsuppfyllelse. – Av bilagan till upphandlingsbeslutet anges följande. *”Nej, läcker vid test och vid tidigare praktisk användning”*. Av formuleringen framgår att landstinget i sin ska-kravsbedömning har gjort andra bedömningar och tagit hänsyn till andra omständigheter än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Landstinget synes således ha gjort någon

form av test av ska-kravsuppfyllelsen. Det framgår emellertid inte i upphandlingen när testet har gjorts, hur testet har gjorts etc. Landstingen har inte heller begärt in några påsar (varuprover) i samband med upphandlingen. Med hänsyn härtill kan inte testet ha gjorts som en del i upphandlingen och det framgår inte heller av förfrågningsunderlaget att ska-kravsuppfyllelsen vid anbudsutvärderingen skulle säkerställas genom tester. Det ska även framhållas att bolaget under 2012 började sälja en ny produkt med backventil, vilken är den produkt som har offererats i upphandlingen. De otillåtna tester som landstinget utfört kan således avse tester med annan produkt än den som bolaget har offererat. Vidare har landstinget använt sig av egenreferenser vid utvärderingen av deras anbud. Det framgår emellertid inte någonstans i förfrågningsunderlaget att landstinget skulle komma att använda sig av referenser, varken externa eller egenreferenser. Med hänsyn härtill har landstinget tagit ovidkommande hänsyn då landstinget ska-kravsprövat något annat än vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Sammanfattningsvis framgår av förfrågningsunderlaget att det enda som eventuellt, och efter anmodan från landstinget, skulle komma att tillmätas betydelse i ska-kravsprövningen var inskickad dokumentation och/eller varuprover. – Landstinget har mot bakgrund av ovan anförda handlat i strid med LOU och upphandlingsrätten i övrigt. Detta har lett till att bolaget riskerar att lida skada då bolaget riskerar att gå miste om möjligheten till försäljning, vilken uppgår till ett omfattande belopp. Mot bakgrund av ovan anförda föreligger grund för förvaltningsrätten att förordna om att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits på så sätt att deras anbud tas med till utvärdering.

Landstinget motsätter sig bifall till bolagets ansökan om överprövning och anför bl.a. följande. Bolaget är landstingets nuvarande avtalsleverantör av infusionsvätskepåsar och landstinget har vid flera tillfällen under pågående avtalstid påpekat att bolagets produkter läcker vid avlägsnande av aggregatet. Det stämmer att bolaget sedan 2012 utvecklat en ny version av produk-

ten innehållande en backventil, dock har denna åtgärd inte löst produktens läckageproblem fullt ut. Det förekommer fortfarande läckage vid upprepat avlägsnande/återanslutande av aggregat och infusionsvätskepåsar, vilket gjort att landstinget blivit tvungna att beställa likvärdiga produkter från andra leverantörer. Detta medför högre kostnader för landstinget på sikt. Bolaget har försökt övertyga landstinget om att deras infusionspåsar inte längre läcker, men vid test tillsammans med deras affärsområdesschef framkom att påsarna fortfarande läcker vid anslutningsporten efter två till tre uttryckningar. – Bolagets talan om att förfrågningsunderlaget inte förutsäger prövning av anbudsgivarnas kravuppfyllnad stämmer inte. Som det framgår av förfrågningsunderlagets dokument ”Administrativa Föreskrifter, kapitel 3.2 – Prövning av obligatoriska krav” har landstinget föreskrivit att ”Kvalificerade anbudsgivare [...] prövas avseende redovisade obligatoriska krav på anbudet och efterfrågade produkter”. Även i förfrågningsunderlaget Bilaga 1 föreskriver landstinget att anbudsgivaren efter anmodan från landstinget ska översända dokumentation och varuprover för icke kliniskt bruk som underlag för utvärdering av den medicinska samt farmaceutiska ändamålsenligheten. Det var i skedet där anbudsgivaren fick svara ja eller nej på frågan om offererade produkter uppfyller ska-kraven som landstinget använde sig av egenreferenser. Detta eftersom beställningsstatistiken och tidigare erfarenheter visar att landstinget beställt ca tio procent av påsarna från andra leverantörer. Bolaget har inte bekräftat på förfrågan från landstinget att man uppfyller ska-kraven då landstinget inte begärt något förtydligande kring kravuppfyllnaden från bolaget, utan det enda begärda förtydligandet handlade om prisuppgift på en annan offererad produkt. – Enligt rättspraxis får en upphandlande myndighet, med beaktande av de unionsrättsliga principerna, inte åsidosätta brister i anbudsgivarens uppfyllande av ska-krav som har uppställts i förfrågningsunderlaget även om bristerna blir kända först i samband med en initierad överprövning. Landstinget har således rätteligen förkastat bolagets anbud även om bolaget svarat positivt på obligatoriska kravet under punkt 7.1.1 i kravspecifi-

kationen. – Landstingets bedömning är att det inom tilldelningsområde 7 har uppställts ett obligatoriskt krav som är oproportionerligt högt avseende upphandlade produktens normala ”användning”. Det obligatoriska kravet i 7.1.1 är sålunda oförenligt med LOU, varför Landstinget yrkar att upphandlingen ska göras om i den del som avser tilldelningsgrupp 7.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 2 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

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.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att prövningsramen i förevarande mål utgörs av de grunder som bolaget åberopat i sin ansökan om överprövning. Frågan i målet är således om bolagets anbud uppfyller samtliga i förfrågningsunderlaget ställda skall-krav. Vad landstinget anfört beträffande proportionaliteten i det omtvistade skall-kravet kan därför inte föranleda någon prövning inom ramen för detta mål.

I förfrågningsunderlagets kravspecifikationsdokument punkten 7.1.1 anges följande krav.

”Elektrolyter ska erbjudas i mjuk klar plast. Ska ha tättslutande backventil eller annan tättslutande lösning i aggregatporten så att läckage förhindras om aggregat plockas bort såväl liggande som hängande.”

Mot bakgrund av vad som föreskrivs i kravspecifikationsdokumentet punkten 7.1.1 gör förvaltningsrätten bedömningen att det inte varit ett krav att den offererade produkten ska ha en tättslutande backventil som förhindrar läckage vid upprepat avlägsnande/ditsättande av aggregatet. Huruvida offererad produkt läcker vid upprepat avlägsnande/ditsättande ska således inte tillmätas någon betydelse vid bedömningen av om produkten uppfyller ska-kraven i punkten 7.1.1.

Vid skriftväxlingen i målet har inte framkommit annat än att det synes vara ostridigt att den av bolaget offererade produkten har en tättslutande backventil som förhindrar läckage vid ett enstaka avlägsnande av aggregatet. Då ska-kravet enligt förvaltningsrättens mening endast avsett förevarande situation får det därmed anses stå klart att den av bolaget offererade produkten uppfyller ska-kravet 7.1.1 i kravspecifikationsdokumentet. Redan på grund härav får landstinget anses ha saknat skäl för att förkasta bolagets anbud. Eftersom bolaget har lämnat lägst pris beträffande den nu aktuella tilldelningsgruppen har bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada till följd av att deras anbud felaktigt förkastats. Det finns därför skäl för ingripande mot upphandlingen enligt LOU, varvid det får anses tillräckligt att en rättelse vidtas på så sätt att upphandlingen avseende tilldelningsgrupp 7 får avslutas först sedan en ny utvärdering har företagits varvid bolagets anbud beaktas. Vid denna utgång saknas skäl att pröva de ytterligare grunder som bolaget anfört till stöd för sin ansökan om överprövning.

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

Maria Dahlqvist



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 nå 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.

