



**KLAGANDE**

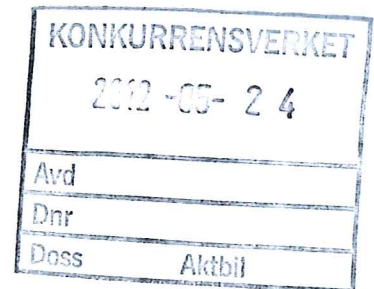
VWR International AB, 556124-8153

Ombud: Advokat Jenny Lindgren och advokat Hugo Norlén  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 1203  
751 42 Uppsala

**MOTPARTER**

1. Region Halland  
Box 517  
301 80 Halmstad

2. Nordic Biolabs AB, 556443-6789  
Box 7293  
187 14 Täby



**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 14 februari 2012 i mål nr 7663-11, se bilaga A

**SAKEN**

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

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens interimistiska beslut den 24 februari 2012 upphör därmed att gälla.

**YRKANDEN M.M.**

**VWR International AB (VWR)** yrkar i första hand att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, beslutar att Nordic Biolab AB:s ansökan om överprövning avslås. VWR yrkar i andra hand att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för förstahandsyrkandet anför VWR, i tillägg till vad som anförts i förvaltningsrätten, i huvudsak följande. Den av VWR offererade applikatorpinnen uppfyller skallkraven eftersom den, sett till hur begreppen definieras, är flockad och tillverkad av nylonfiber. Den har i vart fall en likvärdig funktion som flockad applikatorpinne och uppfyller därigenom ställda skallkrav. Region Halland har testat den av VWR offererade applikatorpinnen för att kontrollera om den uppfyller regionens krav och då funnit att den gör det. En upphandlande enhet måste acceptera produkter som är likvärdiga om den offererade produkten erbjuder samma eller högre nivå på produktstandard än den som anges i specifikationen. Det strider mot EU-rättsliga principer om enbart produkter från en tillverkare ska kunna efterfrågas i en upphandling. Vidare är det möjligt för en upphandlande myndighet att i efterhand lägga till tillägget "eller likvärdig" vid beskrivningen av skallkraven. Förvaltningsrätten har dessutom valt att utesluta ytterligare en leverantör, Svenska Labfab, utan att denna fått möjlighet att yttra sig.

Till stöd för andrahandsyrkandet anför VWR i huvudsak följande. Det finns otydligheter i hur skallkravet "flockad" ska tolkas. De grundläggande principerna om icke-diskriminering, likabehandling och proportionalitet har därmed trätts förnär.

**Region Halland** anser att kammarrätten ska avslå överklagandet.

**Nordic Biolabs AB** anser att kammarrätten ska avslå överklagandet och anför bl.a. följande. Den av VWR offererade applikatorpinnen uppfyller inte

skallkraven eftersom den varken är flockad eller är tillverkad av nylonfiber utan har en annan struktur och är tillverkad av polyuretan. Det finns funktionsmässiga skillnader mellan strukturerna och tillverkningsmaterialen. Det finns därtill ett flertal producenter, bl.a. den som VWR representerar, som tillverkar applikatorpinnar som uppfyller de aktuella skallkraven varför det inte är fråga om någon diskriminering.

Kammarrätten har den 24 februari 2012 beslutat att Region Halland inte får ingå avtal innan något annat har bestämts.

### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Eftersom VWR inte berörs av eventuella brister i förvaltningsrättens handläggning av målet såvitt avser Svenska Labfab kan det som VWR anfört i detta hänseende inte prövas av kammarrätten.

En upphandlande myndighet har betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar i fråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för sitt beslut att tilldela ett kontrakt. Förutsättningen är att kraven är proportionella och har anknytning till det som ska upphandlas samt att de inte är diskriminerande. Vid utvärderingen av anbuderna får den upphandlande myndigheten därefter inte ändra eller frånfalla uppställda krav eftersom ett sådant förfarande skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Ett anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skallkrav, ska följaktligen inte beaktas vid utvärderingen.

Av Region Hallands förfrågningsunderlag framgår att objektet för upphandlingen i nu aktuella delar, Grupp F, avser leverans av s.k. applikatorpinnar. Av de produktspecifika kraven framgår bl.a. att applikatorpinnarna ska ha flockad nylonfibertip. Det har inte i förfrågningsunderlaget angivits att det

skulle finnas några möjligheter att offerera produkter som har liknande egenskaper eller är tillverkade av liknande material.

VWR har anfört att den upphandlande enheten har möjlighet att göra ändringar i skallkraven och har åberopat en dom den 18 maj 2011 av Kammarrätten i Sundsvall, målnr 319—321-11, till stöd härför. Kammarrätten konstaterar i denna del att i nu aktuellt mål har den upphandlande myndigheten inte ändrat de aktuella skallkraven. I vad mån Region Halland hade kunnat ändra dessa saknar därför betydelse.

Det är enligt kammarrättens mening inte visat annat än att de uppställda kraven är ändamålsenliga för den aktuella upphandlingen och att det finns flera leverantörer som kan tillhandahålla produkter som uppfyller skallkraven. Den negativa effekt som kraven kan antas ha för leverantörer som tillhandahåller ett annat utförande kan inte anses oproportionerligt. Kraven kan inte heller anses strida mot likabehandlingsprincipen och det finns enligt kammarrättens mening inte heller något stöd för att skallkraven skulle vara så otydligt formulerade att det finns skäl att förordna om att upphandlingen ska göras om.

Vad därefter gäller frågan huruvida den av VWR offererade applikatorpinnen uppfyller de i förfrågningsunderlaget uppställda skallkraven delar kammarrätten förvaltningsrättens bedömning.

Sammanfattningsvis saknas grund för ändring av förvaltningsrättens dom med stöd av LOU i anledning av de omständigheter som VWR åberopat. Överklagandet ska därför avslås.

---



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.



Ingvar Johansson



Magnus Lundberg



Kristian Karlemon  
referent



**SÖKANDE**

Nordic Biolabs AB, 556443-6789  
Box 7293  
187 14 Täby

**MOTPART**

Region Halland, 232100-0115  
Box 517  
301 80 Halmstad

**PART**

VWR International AB, 556124-8153  
Fagerstagatan 18a  
163 94 Stockholm

Ombud: Advokaten Hugo Norlén och advokaten Jenny Lindgren  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 1203  
751 42 Uppsala

**SAKEN**

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

---

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bestämmer att Region Hallands upphandling med dnr Ls 100322 avseende grupp F får avslutas först sedan rättelse gjorts genom en ny utvärdering av denna grupp varvid anbuden från VWR International AB och Svenska Labfab inte ska beaktas.

## BAKGRUND

Region Halland genomförde upphandlingen "Labb provtagning och transport, dnr Ls 100322". Tillämpat upphandlingsförfarande var öppen upphandling. Sista anbudsdag var den 30 maj 2011. Av tilldelningsbeslut med bilagor meddelat den 8 juli 2011 framgår att Region Halland antagit anbud från VWR International AB (nedan VWR) avseende grupp F (position 28 och 29).

## YRKANDEN M.M.

**Nordic Biolabs AB** (nedan bolaget) yrkar i ansökan om överprövning att upphandlingen avseende utvärderingen av grupp F i ovan nämnda upphandling ska göras om med uteslutande av Svenska Labfab och VWR. Det anförs i huvudsak följande. Grupp F i upphandlingen består av positionerna 28 och 29. De två positionerna utvärderas ihop och tillfaller samma leverantör. I grupp F utvärderades tre leverantörer, Bolaget, Svenska Labfab och VWR. Samtliga tre leverantörer har i sina anbud svarat att de uppfyller skallkraven. Bolaget anser att de två andra anbudsgivarnas offererade produkter inte uppfyller skallkraven om att applikatorpinnen (position 28.10 samt 29.10) skall ha en flockad nylonfibertipp. Att det rör sig om skallkrav har bekräftats av upphandlare vid telefonkontakt den 12 juli 2011. De två andra anbudsgivarnas offererade pinnar har toppar av foam, vilket styrks genom bilagd broschyrs produktbeskrivning. Skälet till kravet om att pinnen ska ha en flockad tipp är att den flockade tippen är överlägsen när det kommer till att ta ett representativt prov från patienten. Det finns kliniska studier som visar att andelen falskt negativa prov är väsentligt färre vid användande av flockad pinne än vid andra typer av pinnar. Detta tack vare den flockade pinnens förmåga att absorbera sårvätska och svalgsekret men också dess förmåga att till provröret släppa ifrån sig agens till transportrörets buffert samt bibehålla viabiliteten under transport så att utodlingen av

provet blir representativt för det tagna provet. Tillsammans med upphandlingen bilades ett dokument som klart påvisade detta. Därför ställde referensgruppen, av omsorg till patientens bästa, den flockade tippens krav vid upphandlingen. Det är direkt felaktigt att påstå att tipparna är likvärdiga. Det enda argumentet till att inte upphandla bolagets swab som är den enda som uppfyller skallkraven är priset. Med skrivelsen bifogas ett flertal dokument till styrkande av flockade applikatorpinnars överlägsenhet ur klinisk synpunkt. Den flockade provtagningspinnen är en patenterad produkt som funnits på marknaden ett antal år och visat sig vara överlägsen.

**Bolaget** anser vidare att det inte råder en begreppsförvirring inom professionen utan en klar och tydlig distinktion mellan de olika provtagningspinnetyperna. Detta styrks av producentens egen produktbeskrivning avseende Svenska Labfabs och VWR:s offererade produkt. Tillverkaren påpekar att deras syntetiska polymerskum – likt en flockad pinne ger en ökad absorption av provet och frisläppande till transportmediet. Man hävdar alltså inte att det är en flockad pinne. Professionen kan skilja en svabb med tvätt-svampliknande struktur och egenskaper från en svabb med flockad eller flossad yta liknande en borste och det finns en förståelse för att det finns en distinkt skillnad mellan dessa båda provtagningsstypers olika egenskaper. Den vetenskapliga undersökning som Region Halland hänvisar till är ett examensarbete om 15 högskolepoäng på C-nivå. Studenten har felaktigt i sitt abstract summerat tre av pinnarna som ”flocked swabs” utan att närmare förklara skillnaderna mellan dem. VWR hade möjlighet att under upphandlingsprocessen påtala att skallkravet uteslöt dem som presumtiv leverantör på dessa positioner och yrkat på att det borde ändras till ett börkrav men valde istället att hävda att de uppfyllde skallkravet. Det är inte bolaget som aktivt har verkat för det uppställda skallkravet, utan det har formulerats utifrån professionens önskemål om hur en ändamålsenlig provtagningspinne ska vara beskaffad för att uppfylla de krav man ställer på funktion. Därför ska det också betraktas med den enda och strikta tolkning man



kan göra utifrån detta skallkrav nämligen att applikationspinnen av plast ska vara slät och ha en flockat nylonfibertipp. Bolaget kan komma att lida skada i form av utebliven intäkt om man väljer att bortse från det skallkrav som angivits, om detta innebär att bolaget av det skälet inte upphandlas på berörda positioner.

**Region Halland** anser i första hand att bolagets begäran om överprövning ska avslås och i andra hand att upphandlingen ska göras om avseende de positioner överprövningen avser och anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning. Den antagne leverantören angav i sitt anbud att offererad applikatorpinne uppfyllde de stipulerade kraven. Vid anbudsutvärderingen fann man att den antagne leverantörens applikatorpinne till funktion och kvalitet var likvärdig med den applikatorpinne bolaget offererade. Vid granskning av dokumentationen för den applikatorpinne den antagne leverantören erbjöd fann man att den inte kan definieras som flockad och även att den är tillverkad i ett annat material än det som efterfrågades i kravspecifikationen. Region Halland har emellertid efter att denna utvärdering genomfördes funnit en vetenskaplig studie från Uppsala universitet som klassificerar den applikatorpinne som den antagne leverantören offererar som flockad. Således har det skett en begreppsförvirring. Då det visat sig att de två applikatorpinnarna är likvärdiga, vore det olyckligt om regionen ålades att ingå avtal med en leverantör som tillhandahåller applikatorpinnar till ett pris som inte är försvarbart sett till vad marknaden kan erbjuda. Den grundläggande utgångspunkten måste vara vad Region Halland önskar upphandla. Region Halland noterar att bolaget inkommit med en undersökning från länssjukhuset i Pennsylvania som kommer till slutsatsen att de två pinnarna inte är likvärdiga. Den undersökning som de funnit har kommit till motsatt slutsats och torde ha relevanta förutsättningar för Region Halland eftersom den genomförts på Centrallasarettet i Västerås. Region Halland bedömer att kravet på att en applikatorpinne ska vara i ett visst material är att betrakta som konkurrensbegränsande och i sig ett brott mot

de principer som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU. Särskilt då endast en leverantör kunde leverera applikatorpinne i aktuellt material. Det har vuxit fram en viss samsyn och förståelse bland leverantörer och upphandlare av medicintekniskt material, vilket gör att man bortser från irrelevanta krav eller så kan tillägget ”eller likvärdig” läsas in i situationer som denna.

VWR anser att bolagets yrkanden ska avslås samt anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning. VWR uppfyller samtliga skallkrav. Upphandlingen och skallkraven är förenliga med LOU. Region Hallands inställning till om upphandlingen bör göras om eller inte är irrelevant i målet. Bolaget har i vart fall inte lidit någon skada av de påstådda otydligheterna i förfrågningsunderlaget. Grund för ingripande enligt LOU saknas. – VWR:s offererade applikationspinne är både flockad och tillverkad av nylonfiber vilket framgår av deras anbud och bilagt intyg från tillverkaren vilka bifogas. Att den inte uttryckligen definieras som flockad i produktbeskrivningen är irrelevant. En applikatorpinne är flockad oavsett om den uppsugande delen har en struktur som liknar en borste eller har en sammetsstruktur. Det avgörande är tillverkningsmaterialet. ”Flockad” är en generisk term som används för vissa typer av provtagningspinnar. I vart fall ska ”flockad” applikatorpinne tolkas i enlighet med LOU och bakomliggande EU-rättsliga principer. Kravet på flockad applikatorpinne ska i sådant fall tolkas som att samtliga produkter som har en likvärdig funktion med en ”flockad” applikatorpinne ska anses uppfylla kravet. Det skulle strida mot den grundläggande principen mot proportionalitet att inte acceptera en lösning som i funktionshänseende är bättre eller i vart fall likvärdig med en efterfrågad lösning (jfr 6 kap. 4 § LOU). Något hinder mot att Regionen i samband med utvärderingen tillåter likvärdiga produkter finns inte (se dom från Kammarrätten i Sundsvall i mål nr 319—321-11). VWR:s offererade applikatorpinne är bättre än, eller i vart fall likvärdig Copans applikatorpinne. Det har bl.a. framkommit vid Region Hallands egna tester av båda applikatorpinnarna samt tester som gjorts vid ett barnsjukhus i Ohio, USA

och andra studier vilka framgår av ingivna bilagor. Då VWR:s applikatorpinne uppfyller skall-kraven saknas skäl att vidta rättelse.

## DOMSKÄL

### *Tillämpliga bestämmelser*

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 iakttas (1 kap. 9 § LOU).

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 (16 kap. 2 § LOU).

### *Utredningen*

I målet har getts in produktblad av offererade applikatorpinnar, diverse medicintekniska utredningar och testrapporter samt ett examensarbete om 15 högskolepoäng på C-nivå vårterminen 2011 av Bela Haidar vid institutionen för medicinsk biokemi och mikrobiologi, Uppsala universitet.

### *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 de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i LOU. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har



framfört i målet (jfr RÅ 2009 ref. 69). En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets s.k. skallkrav inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfälla uppställda krav, eftersom förfarandet då skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande. Det är anbudsgivaren som har att visa att den uppfyller samtliga skallkrav. I målet är ostridigt att bolaget uppfyller uppställda skallkrav. Fråga i målet är således om VWR, som vinnande anbud, har visat att det uppfyller skallkraven i grupp F i ovan nämnda upphandling.

Av förfrågningsunderlaget samt övrig utredning i målet framgår att det är ett skallkrav att anbudsgivaren ska offerera en applikatorpinne av plast som ska ha en flockad nylonfibertipp. Efter att ha tagit del av utredningen i målen finner förvaltningsrätten emellertid att VWR har offererat en applikatorpinne som enligt förvaltningsrättens mening inte är flockad. Att applikatorpinnen möjligtvis uppfyller samma funktionskrav som den flockade pinnen medför ändock inte annan bedömning än att deras anbud ändå strider mot skallkraven i förfrågningsunderlaget.

Det krav som Region Halland har ställt upp, om att applikatorpinnarna ska vara flockade, har en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör. Kravet framstår inte som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Det krav som Region Halland har ställt upp i förfrågningsunderlaget bör således godtas och det finns med mot bakgrund av kravet inte anledning att göra om upphandlingen i aktuell del.

VWR har således inte förmått visa att samtliga skallkrav har uppfyllts. Det är även sannolikt mot bakgrund av utredningen i målet att inte heller Svenska Labfab uppfyller de stipulerade skallkraven. Region Halland bor-



de således inte heller ha prövat det anbudet. Genom att Region Halland ändå prövat anbudet kan bolaget antas ha lidit skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed. Med hänsyn till att bristen inte är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet finner förvaltningsrätten att rättelse är en tillräcklig åtgärd. Upphandlingen av grupp F ska därför rättas på så sätt att en ny utvärdering av anbudet görs, varvid anbudet från VWR och Svenska Labfab inte ska beaktas.

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



Karin Leidzén

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Anna Larsson.

## 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. 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 fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger 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 undertecknas av klaganden eller dennes ombud och ges in i original samt innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 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.