



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2012-03-07
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
6016-11 E

SÖKANDE

NordiCare Ortopedi & Rehab AB, 556493-4304

Ombud:

Jur. kand. Linda Modig och jur. kand. Magnus Dillcrona
Stenfalken Juridik AB
Box 3084
250 03 Helsingborg

MOTPART

Örebro läns landsting, Upphandlingsenheten
Box 1613
701 16 Örebro

KONKURRENSVERKET	
2012-03-08	
Avd	
Dir	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår NordiCare Ortopedi & Rehab AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 56693

Postadress
Box 568
651 12 Karlstad

Besöksadress
Rådhuset, Stora
torget

Telefon
054-14 85 00
E-post: forvaltningsratten@karlstad.dom.se
www.forvaltningsratten@karlstad.domstol.se

Telefax
054-14 85 30

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget i Örebro län genomför en offentlig upphandling av ramavtal avseende ortopediska hjälpmedel och produkter; skor och ortoser för leverans till landstinget. Upphandlingen är uppdelad i två produktområden och indelad i sex produktgrupper; 1 a barnskor/ortoskor, 1 b behandlingsskor, 1 c ortopediska skor, 2 a spinala ortoser textila, 2 c spinala ortoser rigida och 2 c extremitetsortoser, nedre och övre.

I tilldelningsbeslut den 20 december 2011 har landstinget beslutat anta sammanlagt 12 leverantörer till de olika produktgrupperna. Av upphandlingsrapporten framgår beträffande produktgrupperna 2 a-c att landstinget antagit 7 leverantörer i grupp 2 a, 9 leverantörer i grupp 2 b och 10 leverantörer i grupp 2 c.

YRKANDEN

NordiCare Ortopedi & Rehab AB (NordiCare) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar som dess talan får förstås att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att nytt tilldelningsbeslut fattats varvid antalet antagna leverantörer ska vara en till tre stycken.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

PARTERNAS TALAN

NordiCare anför bland annat följande

Sammanfattningsvis görs gällande att det upphandlingsförfarande som landstinget vidtagit leder till skada såväl för de leverantörer som vid rangordningen kommit på första plats som för den som rangordnats på sista plats. Detta eftersom landstinget genom antagandet av alla leverantörer är

helt obundna därav och i praktiken kan direktupphandla av vilken av alla dessa leverantörer som helst efter fritt skön. Härigenom bjuds landstinget möjligheten att fritt frångå lägsta pris som utgjort fundamentan i upphandlingen till skada för vissa och till gagn för andra leverantörer som genom antagandet av anbudet är bundna till att lagerhålla till täckande av landstingets ponerade behov. Härigenom tvingas NordiCare och andra leverantörer att sälja till det lägre pris som lämnats trots att någon volym ej uppkommer. Skulle lägsta pris ensamt utgjort utvärderingskriterium skulle NordiCare inte försatts i denna skadesituation.

Landstinget anför bland annat följande

Landstinget köper in de aktuella produkterna för uppskattningsvis 3,2 miljoner kronor varje år. Upphandlingen har delats upp i två produktområden med sex underliggande produktgrupper. NordiCare har lämnat anbud på produktområde 2 – ortoser. På aktuellt produktområde har utvärdering av anbud och tilldelning av kontrakt skett per produktgrupp med lägsta pris som tilldelningskriterium. Detta framgår av punkt 1.2.1 samt 1.4.2.3 i förfrågningsunderlaget. Landstinget har förbehållit sig rätten att teckna avtal med en eller flera leverantörer för att säkerställa ett produktsortiment som täcker olika patienters varierande behov. Landstinget kan inte på förhand avgöra hur många leverantörer som kommer att behövas för att uppfylla patienternas behov. Detta beror till fullo på de anbud som inkommer. Under samma punkt, 1.2.1, framgår den avropsmodell som kommer att tillämpas vid avrop från ramavtalet. Avrop kommer att ske med annan fördelningsnyckel där val av produkt sker beroende på den medicinska professionens bedömning vid möte med patient, dvs. den medicinska professionens bedömning avseende behandlingsmetod, vårdbehov och/eller patienters speciella behov. NordiCare har i sitt anbud accepterat ovanstående krav. Landstinget har vid anbudsutvärderingen gjort bedömningen att samtliga leverantörer behövs för att säkerställa de olika patienternas varierande behov. Landstinget har rangordnat leverantörerna efter det anbuds-

pris man lämnat. I första hand kommer avrop att ske enligt rangordningen men i det fall anpassning måste ske efter den enskilde patientens behov ska avrop ske med annan fördelningsnyckel i enlighet med förfrågningsunderlaget. NordiCares försäljningsvolym skulle inte förändras av att antalet leverantörer minskar då de har sin plats i rangordningen och tilldelning genom annan fördelningsnyckel sker då patienterna har särskilda behov.

DOMSKÄL

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

I 5 kap. 5 § LOU anges att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §, ska dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

Av 5 kap. 6 § LOU framgår att om ramavtal ingåtts med flera leverantörer enligt 5 § får tilldelning av kontrakt som grundar sig på ramavtalet ske genom tillämpning av villkoren i ramavtalet utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet.

I förarbetena till 5 kap. 6 § LOU anges bl.a. följande. En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten skall tillhandahålla. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten skall kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll. (Prop. 2006/07:128 s. 175)

Enligt förfrågningsunderlaget 1.2.1 kommer utvärdering att ske per produktgrupp. Landstinget förbehåller sig rätten att teckna avtal med en eller flera leverantörer för att säkerställa ett produktsortiment som täcker olika patienters varierande behov. Avrop sker med annan fördelningsnyckel. Med annan fördelningsnyckel menas i denna upphandling att val av produkt sker beroende på den medicinska professionens bedömning vid möte med patient, det vill säga den medicinska professionens bedömning avseende behandlingsmetod, vårdbehov och/eller patienters speciella behov.

I 1.4.2.3 anges att för produktgrupp 2 a-c kommer de anbud som har lägsta pris att väljas. Inga kriterier kommer att påverka utfallet av val av leverantör. Leverantörerna rangordnas så att den som lämnat det lägsta anbudet kommer etta på rangordningen. Övriga leverantörer placeras i stigande ordning.

Förvaltningsrättens bedömning

NordiCare har som landstinget anfört lämnat anbud som omfattar produktgrupperna 2 a-c. Frågan om det föreligger skäl för ingripande mot upphandlingen är därmed i huvudsak avgränsad till dessa grupper, då Nordi-

Care inte åberopat att man riskerat lida skada beträffande grupperna 1 a-c. Som framgår av 5 kap. 5 § LOU ska antalet leverantörer i fall då ramavtal ingås med flera leverantörer vara minst tre. Något lagligt hinder för landstinget att teckna ramavtal med det antal leverantörer som framgår av tilldelningsbeslutet och upphandlingsrapporten föreligger således inte och det har inte heller i övrigt framkommit skäl för att antalet leverantörer ska begränsas till yrkade högst tre. Huvudregeln i 5 kap. 6 § LOU är dessutom att kontrakt ska tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet och ett högre antal antagna leverantörer medför inte med automatik någon skada för den leverantören.

Beträffande frågan om möjligheten för landstinget att använda sig av en avropsmodell med annan fördelningsnyckel än lägsta pris har NordiCare inte invänt mot detta i sig. Däremot synes bolaget såsom dess talan får förstås göra gällande att möjligheten till avsteg från lägsta pris i förening med antalet antagna leverantörer strider mot LOU och medför att NordiCare riskerar att lida skada. Av upphandlingsrapporten framgår emellertid att NordiCare i rangordningen placerats på andra plats i grupperna 2 a och 2 c samt på sjunde plats i grupp 2 b. En strikt tillämpning av huvudregeln innebär således att NordiCare inte kan påräkna några avrop. I de fall landstinget väljer att göra avsteg från lägsta pris kan NordiCare enligt förvaltningsrättens mening inte heller anses mer skadelidande än någon annan eftersom avropet i dessa fall torde ske utifrån kriterier som inte angetts i ramavtalet utan bygger på medicinska faktorer och patienters behov i det enskilda fallet, vilket NordiCare såsom anförts inte har några invändningar mot.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att NordiCare inte visat att landstinget brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och att detta har medfört att bolaget

lidit eller kan komma att lida skada. Vid dessa förhållanden ska Nordi-Cares ansökan om överprövning avslås.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Bo Forsberg', with a stylized flourish at the end.

Bo Forsberg

Målet har handlagts av förvaltningsrättsjuristen Göran Wirdéus



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. 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 vartill 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.

DV 3109/1B LOU