



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen
Enhet 16

DOM
2014-10-31
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
22720-14

SÖKANDE

Mölnlycke Health Care AB, 556547-5489
Box 130 80
402 52 Göteborg

Ombud:

Advokaterna Lars Arrhed och Annelie Hyökki
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Stockholms läns landsting, 232100-0016
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2014-10-31	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 538609

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

08:00-16:30

BAKGRUND

Stockholms läns landsting, SLL, genomför upphandlingen Sårbehandling med undertryck, SLL574, varvid en leverantör ska antas per position alternativt positionsgrupp. SLL har i tilldelningsbeslut den 8 september 2014 beslutat anta bl.a. Mölnlycke Health Care AB (Mölnlycke eller bolaget) som leverantör. I ändrat tilldelningsbeslut den 16 september 2014 har beslutats att Mölnlycke inte tilldelas positionsgrupp 1–18 samt position 19 eftersom bolaget inte har uppfyllt kravet på olika stolekar för position 1 och 2. Ingen leverantör har uppfyllt kraven för positionsgrupp 1–18 och gruppen utgår, liksom position 19.

YRKANDEN M.M.

Mölnlycke ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs där bolaget ska tilldelas kontraktet i enlighet med tilldelningsbeslutet den 8 september 2014.

SLL bestrider yrkandet och hemställer att målet avskrivs, i andra hand att ansökan avslås.

Mölnlycke anför till stöd för ansökan bland annat följande. Förfrågningsunderlaget avseende de aktuella positionerna är formulerade på ett sådant sätt att det klart och tydligt framgår vad som efterfrågas. Bolaget har i sitt anbud vid position 1 offererat ett behandlingsset med gasväv i storlek small och i position 2 offererat ett behandlingsset med gasväv i storlek medium. Behandlingssetens storleksindelning styrs av mängden gasväv och inte av gasvävens storlek. Innehållet i de respektive storlekarna på behandlingsset har varit detsamma under många år och har, utöver hållbarhetsskäl, fått sin utformning utifrån vårdgivarens behov för

behandling av de vanligaste sårtyperna. Det framgår också av produktbeskrivningen Avance Set med gasväv att behandlingsseten indelas i storlekarna small, medium respektive large, även om innehållande gasväv har samma produktmått 15x17 cm samt att varje set har ett eget artikelnummer, beroende av storlek. Beskrivningen har i anslutning till upphandlingen varit SLL tillhanda. Det framhålls särskilt att behandlingssetens storleksindelning small, medium och large är en branschsedvanlig och hävdvunnen definition av nämnda begrepp.

SLL svarar på fråga 24.4, i frågor och svar, att samma artikel inte kan vara small, medium och large och att storlekarna inte utgör exakta mått utan det handlar om ett vedertaget spann från en mindre till större storlek. Det råder med andra ord inga tveksamheter om att SLL tydliggjort att upphandlingen avser set av sårbehandlingsmaterial där storleken baseras på antalet artiklar i respektive set. Övriga anbudsgivare har inte heller agerat på SLL:s svar på frågan och har sålunda åtminstone genom konkludent handlande godkänt rådande branschpraxis. Andra upphandlingar av sjukvårdsmaterial eller sjukvårds-utrustning ger stöd för att användningen av setstorlekarna small, medium och large är den rådande och branschsedvanliga storleksindelningen. Bolaget uppfyller de obligatoriska kvalificeringskraven för de aktuella positionerna.

I den nya anbudsutvärderingen har SLL inte närmare motiverat på vilket sätt storlekskravet avseende positionerna 1 och 2 inte är uppfyllt. SLL har inte haft grund att genomföra en ny anbudsutvärdering och där förkasta bolagets anbud från upphandlingen. SLL:s agerande är i strid med lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, och de unionsrättsliga bestämmelserna. Mölnlycke har lidit skada i den mening som avses i LOU.

SLL bemöter Mölnlyckes påståenden med följande argument. Upphandlingen består av tre delar; positionsgrupp 1–19, position 20 och position

21. Tilldelningsbeslut avseende positionsgruppen 1–19 kommer att fattas senare. Med begreppet utgå i det senare i tilldelningsbeslutet avses endast att upphandlingen ska göras om, inte avbrytas. Ett beslut om att göra om upphandlingen kan inte överprövas och bolagets ansökan ska därför avvisas. Om SLL:s beslut är att betrakta som ett avbrytande har SLL saklig grund att avbryta upphandlingen avseende positionsgrupp 1–19 på grund av bristande konkurrens; inte något av anbudet, inklusive bolagets anbud, uppfyller samtliga ska-krav som ställs för de aktuella positionsgrupperna.

SLL har i sin bedömning utgått från att skillnaden i storlek avseende storleksindelningen small, medium och large avgörs av ytan på gasväven och inte genom antalet artiklar i varje behandlingsset som Mölnlycke anser. Det innebär att bolaget måste offerera gasväv i olika storlekar för att uppfylla ska-kraven för positionerna 1 och 2 under positionsgruppen 1–19. Mölnlycke har offererat gasväv med samma storlek (15x17 cm) för både position 1 och 2, trots skilda artikelnummer, och bolaget uppfyller således inte samtliga ska-krav som ställs för positionsgruppen 1–19. SLL delar inte Mölnlyckes uppfattning att det skulle vara allmänt känt att olika produktstorlekar särskiljs genom olika artikelnummer eller utifrån antalet artiklar i enlighet med vedertagen branschsedvänja. Att SLL ställer krav på gasvävens storlek i respektive behandlingsset för de olika positionerna under positionsgruppen 1–19 strider inte på något sätt mot LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna. SLL har i det ändrade tilldelningsbeslutet angett att skälen för att göra om upphandlingen avseende positionsgruppen 1–19 är att inte något av anbudet uppfyller samtliga uppställda ska-krav.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten kan besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om det vid prövningen av ansökan kan bedömas att 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. Förvaltningsrätten kan i ett mål om överprövning inte tilldela någon leverantör ett kontrakt.

Sakprövning

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att upphandlingen, såvitt kan förstås, har avslutats genom det första tilldelningsbeslutet när det gäller position 20 och 21. I det ändrade tilldelningsbeslutet den 16 september 2014 har SLL angett att den del av upphandlingen som avser positionsgrupp 1–19 utgår. Vidare har myndigheten anfört att upphandlingen ska göras om, men vad det i praktiken innebär sägs inte.

Om en upphandlande myndighet rättar, omprövar eller avbryter en upphandling och dokumenterar det i ett tilldelningsbeslut kan en anbudsgivare ansöka om överprövning. Enligt förvaltningsrättens mening ska Mölnlyckes ansökan därför prövas i sak.

Uppställt krav för position 1 och 2 samt utvärdering

I kravspecifikationen under rubriken Positionsgrupp 1–18 under punkterna 1 och 2 har efterfrågats ett komplett behandlingsset med gasväv, storlek small respektive medium. För båda punkterna anges att avdelningsförpackning maximalt ska innehålla tio set. I fråga 24.4 undrar en frågeställare om SLL har specifika måttangivelser gällande behandlingsset i skum och gas eller om man kan benämna ett och samma set som small, medium och large och offerera samma artikel på samtliga storlekar på samtliga positioner. Mölnlycke har ovan redogjort för svaret. Bolaget uttalar som sin mening att det av förfrågningsunderlaget klart och tydligt framgår vad SLL efterfrågat avseende de olika positionerna.

I sitt anbud har bolaget avseende position 1 och 2 erbjudit gasvävsset inkl. transparent film, WewPad, small respektive medium. I fritextinfo anges för position 1 15x17 cm, två stycken, och för position 2 15x17 cm, fem stycken. Anbudsgivarna skulle enligt punkt 10.2 i anbudsinvitan bifoga produktblad/produktbroschyr. Mölnlycke hänvisar till en i anbudet ingiven produktbeskrivning och där beskrivs bland annat två set med gasväv, small respektive medium, båda innehållande 1 x Kerlix AMD gasväv (15x17 cm) två stycken respektive fem stycken. Förvaltningsrätten konstaterar här att de artiklar/artikelnummer som Mölnlycke offererar i anbudet är inte desamma som produktbladet exemplifierar, men oavsett det har gasväven i samtliga set samma storlek.

I ny beräkning och sammanställning som utgör underlag till det ändrade tilldelningsbeslutet har SLL, när det gäller Mölnlyckes anbud, angett att storleken på produkterna inte skiljer sig mellan position 1 och 2 och därmed uppfylls inte kravet på olika storlekar. Förvaltningsrätten instämmer i Mölnlyckes anmärkning att den motiveringen inte anger i vilket avseende storleken inte skiljer sig åt, men den kan å andra sidan inte förstås på annat sätt än att det är något annat mått än antalet i ett set som avses eftersom antalet i Mölnlyckes anbud anges till två eller fem och därmed utgör en skillnad.

Inte heller i svaret på fråga 24.4, som Mölnlycke hänvisar till i ansökan, har SLL angett annat än att samma artikel inte kan vara både small, medium och large och att storlek ska skilja mellan de offererade produkterna. SLL har först i sitt svar på Mölnlyckes ansökan uppgett att utvärderingen styrs av att gasväven har mått som motsvarar small, medium och large. SLL är, till skillnad från Mölnlycke, inte av uppfattningen att det finns en i branschen vedertagen storleksindelningen av behandlingsset. Mölnlycke har heller inte påstått att det finns en brist i transparensen i

anbudsinbjudan utan har uppgett att förfrågningsunderlaget klart formulerar kraven för positionerna 1 och 2.

Förvaltningsrätten kan inte tolka parternas argument och handlingarna i målet på annat sätt än att SLL vid utvärderingen bedömde vad myndigheten ansåg sig ha frågat efter för position 1 och 2, nämligen gasvävens storlek, och var med den utgångspunkten övertygad om att ingen anbudsgivare uppfyllde kraven. Utifrån att Mölnlycke har offererat gasvävsset med måttet 15x17 cm i både small och medium finns det då inte grund för att påstå att SLL utvärderat bolagets anbud felaktigt eller att myndigheten saknat grund för att ändra det tidigare tilldelningsbeslutet.

Med beaktande av både det som sökanden har anfört och det som den upphandlande myndigheten har svarat bedömer förvaltningsrätten att Mölnlycke inte har visat att SLL agerat i strid med LOU. Det finns därmed inte någon grund för ingripande med stöd av LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (DV 3109/1A LOU).



Linda Åslin

Tf. rådman

Kerstin Sandin har handlagt målet.



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. 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 nås 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.