



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 1

DOM
 2012-02-14
 Meddelad i
 Göteborg

Mål nr
 7663-11 E
 Enhet 1:2

SÖKANDE

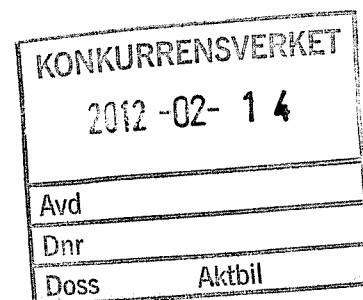
Nordic Biolabs AB, 556443-6789
 Box 7293
 187 14 Täby

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.

Dok.Id 126213

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
 09:00-15:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 2
7663-11 E

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 skalkraven. Bolaget anser att de två andra anbudsgivarnas offererade produkter inte uppfyller skalkraven om att applikatorpinnen (position 28.10 samt 29.10) skall ha en flockad nylonfibertipp. Att det rör sig om skalkrav 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 tippet 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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 3
7663-11 E

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 provtagningspinne 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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 4
7663-11 E

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning I

DOM

Sida 5
7663-11 E

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 medicin-tekniskt 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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 6
7663-11 E

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 7
7663-11 E

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-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning I**DOM**Sida 8
7663-11 E

de således inte heller ha prövat det anbudet. Genom att Region Halland ändå prövat anbuden 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 anbuden görs, varvid anbuden 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.



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

