



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2012-04-27
Meddelad i
Uppsala

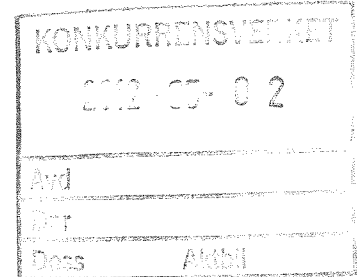
Mål nr
871-12 E
Enhet 1

SÖKANDE

ADDvise Tillquist AB, 556652-4467

Ombud:

Advokat Kristian Pedersen
Jur.kand. Erik Olsson
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm



MOTPART

Varuförsötjningen
c/o Landstinget i Uppsala län
Virdings allé 26
754 50 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Varuförsörjningens upphandling av EKG- och defibrilleringselektroder,
EKG- och ultraljudsgeler, blodtrycksmätare och registreringspapper
dnr VF2011-0010

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ADDvise Tillquist AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Varuförsörjningen har genom ett öppet förfarande genomfört en upphandling av EKG- och defibrilleringselektroder, EKG- och ultraljudsgeler, blodtrycksmätare och registreringspapper, dnr VF2011-0010 (upphandlingen). I utvärderingsrapporten anges att Sunnex Tillquist AB (numera ADDvise Tillquist AB) inte uppfyller ställda krav på utformning enligt artikelspecifikationen kolumn C-E avseende positionerna 321-59 och 321-60.

YRKANDEN

ADDvise Tillquist AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs, varvid bolagets anbud tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Varuförsörjningen bestrider bifall till bolagets yrkanden och yrkar att ansökan ska avslås.

GRUNDER

Bolaget anför till grund för sin talan bl.a. följande. Varuförsörjningen har brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att felaktigt förkasta bolagets anbud. De av bolaget offererade produkterna uppfyller, till skillnad från vad Varuförsörjningen angett i utvärderingsprotokollet, samtliga skall-krav i upphandlingen. Det har därför saktats skäl för Varuförsörjningen att förkasta bolagets anbud. Genom att Varuförsörjningen felaktigt förkastat bolagets anbud har bolaget gått miste om möjligheten att tilldelas ramavtal i upphandlingen. Bolaget har således lidit skada eller riskerar åtminstone att lida skada till följd av Varuförsörjningens agerande. Skäl föreligger att besluta att upphandlingen ska göras

om först sedan rättelse gjorts. Av förfrågningsunderlagets kravspecifikation framgår ett antal skall-krav och bör-krav för den aktuella produktgruppen. Det bör framhållas att det varken finns något uttryckligt skall-krav eller bör-krav om stöttålighet. Däremot innehåller inledningen av det aktuella avsnittet i kravspecifikationen några definitioner och förklaringar till vissa av de begrepp som används i artikelspecifikationen. Den produkt som bolaget offererat i den aktuella produktgruppen uppfyller samtliga de skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Bolaget vill framhålla att produkten är stöttålig, och att det finns omfattande dokumentation som styrker detta. Varuförsörjningen har inte på något sätt i förfrågningsunderlaget angett att det är ett skall-krav i upphandlingen att offererad manometer ska vara av typen DuraShock. Det enda som Varuförsörjningen har angett som ett uttryckligt krav är att offererad produkt ska vara stöttålig, vilket också uppfylls av bolagets produkt. Någon möjlighet för Varuförsörjningen att förkasta bolagets produkt för att den inte är av typen DuraShock finns således inte. Varuförsörjningen har på intet sätt indikerat i förfrågningsunderlaget att någon strängare standard för stöttålighet skulle gälla vad avser de produkter som ska offereras i upphandlingen. Begreppet stöttålighet är inte definierat på annat sätt än att vad som avses är en manometer som exempelvis kan tappas i golvet med bibehållen mätnoggrannhet. Enligt de teststandarder som gäller för den aktuella produkttypen uppfyller bolagets produkt detta krav.

För det fall förvaltningsrätten mot förmodan skulle finna att det i upphandlingen finns ett skall-krav på stöttålighet som bolaget inte uppfyllt, anförs att förfrågningsunderlaget i så fall, med avseende på skall-krav är så otydligt formulerat att det inte varit möjligt för bolaget att på förhand bilda sig en klar uppfattning om vad som krävts för att dess anbud skulle tas upp till utvärdering. Förfrågningsunderlaget lever således inte upp till de krav på tydlighet och förutsebarhet, som framgår av transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Bolaget har till följd av denna otydlighet lidit eller riskerar i vart

fall att lida skada genom att bolaget fråntagits möjligheten att tilldelas ramavtal i upphandlingen och skäl föreligger därför att besluta att upphandlingen ska göras om. I förevarande fall har det dels inte tydligt framgått att det varit ett skall-krav att de offererade manometrarna ska vara stöttåliga, dels inte tydligt framgått vad som krävts för att Varuförsörjningen skulle anse detta ”skall-krav” uppfyllt. Förfrågningsunderlaget lever därför inte upp till de krav på tydlighet som följer av transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår hur en teknisk specifikation rörande en vara, tjänst eller byggtreprenad får vara utformad. Bestämmelsen har sin motsvarighet i artikel 23 punkt 8 i direktiv 2004/18. Det framgår av både direktivet och av 6 kap. 4 § andra stycket LOU att det är möjligt att hänvisa till ett varumärke om det är nödvändigt för att beskriva föremålet för upphandlingen och om denna hänvisning följs av orden ”eller likvärdigt”. Det bör dock framhållas att en sådan hänvisning till visst varumärke får ske endast i rena undantagsfall och då det inte är möjligt att på annat sätt beskriva föremålet för upphandlingen. DuraShock är ett varumärke som tillhör Welch Allyn Inc. och det är således inte tillåtet för Varuförsörjningen att ställa upp ett obligatoriskt krav på att offererad produkt ska vara av DuraShock-typ. Av Varuförsörjningens yttrande framgår också tydligt att det hade varit möjligt för Varuförsörjningen att beskriva de krav som Varuförsörjningen nu gör gällande utan att hänvisa till varumärket DuraShock. Någon möjlighet för Varuförsörjningen att uppställa ett obligatoriskt krav på att produkten ska vara av DuraShock-typ har således inte funnits. Vidare kan konstateras att en hänvisning till ett varumärke, för det fall denna hade varit nödvändig i upphandlingen, vilket bestrids, skulle ha åtföljts av orden ”eller likvärdig”. Då så inte har skett är det överhuvudtaget inte möjligt för Varuförsörjningen att göra gällande något sådant krav. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att ett sådant krav trots vad som ovan anförts föreligger i upphandlingen, måste upphandlingen således göras om

eftersom förfrågningsunderlaget i så fall är utformat i strid med bestämmelserna i 6 kap. 4 § LOU och detta har medfört skada för bolaget, eftersom bolaget inte har blodtrycksmätare med manometrar från Welch Allyn Inc. i sitt sortiment.

Varuförsörjningen anför till grund för sin talan bl.a. följande. Varuförsörjningen har inte brutit mot likabehandlings- eller transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Bolagets anbud har inte förkastats felaktigt och bolaget har inte lidit eller riskerat att lida skada. Av förfrågningsunderlaget för produktgrupp 59 framgår följande. Produktgruppen avser blodtrycksmätare manuell galon med innerblåsa, 2-slang. Under rubriken Till utrustning/övrig info anges Stöttålig manometer typ DuraShock. Under denna produktbestämning finns en förklarande text. Där anges i st. 4 Offererade produkter ska uppfylla ställda krav på utformning enligt artikelspecifikationen kolumn C-E, dvs. vara av typen Stöttålig manometer typ DuraShock. Det framgår tydligt att det finns ett skall-krav på stöttålighet och att det ska vara av typ DuraShock. Bolagets påstående att detta skall-krav inte är transparent i förfrågningsunderlaget saknar därför trovärdighet. Begreppet DuraShock är ett vedertaget begrepp i branschen, som bolaget dessutom myntat en gång i tiden. Begreppet är synonymt med en manometertyp som är stötskyddad och stöttålig. Efterfrågad produkt av typen DuraShock är försedd med en skyddande stötabsorberande gummiring kring manometertavlan. Skyddsglasat är fast förankrat i manometerhuset, inuti finns en avancerad upphängning av samtliga ingående delar som är designade för att motstå en kraftig yttre påverkan utan reducerat resultat. Baksidan skyddas av ett rundat stötabsorberande hölje i kraftigt plastmaterial. En DuraShock-manometer är garanterat stötsäker i minst fem år. Offererad produkt från bolaget saknar stötskydd i form av gummiring och stötabsorberande hölje. Innanmätet ligger dikt an mot ytterhöljet utan någon form av chockabsorberande funktion inuti klockan. Skyddsglasat och manometertavlan är lösa och hålls på plats av en enkel plastring. Vad avser om produkten är

likvärdig med DuraShock kan det dessutom konstateras att offererad produkt endast har ett års garanti. Det ska påtalas att bolaget för närvarande är leverantör av den typ av manometer som landstinget efterfrågar och har varit det sedan introduktionen av DuraShock i Sverige år 2005. Som framgår av utdrag ur bolagets produktbroschyr för nuvarande sortiment, känner bolaget väl till begreppet DuraShock och vad detta står för kvalitetsmässigt.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. 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.

I 6 kap. 4 § LOU anges följande. De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgift om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt”.

16 kap. LOU har ändrats den 1 november 2011 genom lag 2011:1030. Av övergångsbestämmelserna framgår att för upphandlingar som påbörjats dessförinnan ska tidigare lydelse tillämpas. Eftersom upphandlingen är påbörjad innan detta datum ska således tidigare lydelse tillämpas i målet.

I 16 kap. 1 § LOU, i tillämplig lydelse, anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

I 16 kap. 5 § LOU, i tillämplig lydelse, anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har gjort gällande att Varuförsörjningen brutit mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU genom att felaktigt förkasta bolagets anbud. Bolaget har därvid anfört att det i förfrågningsunderlaget inte finns något uttryckligt krav på stöttålighet och att det inte framgår att manometrarna ska vara av typen DuraShock.

I förfrågningsunderlaget avsnitt 1.2.2.3.3 anges följande.

”Om anbudshandlingarna inte överensstämmer med detta förfrågningsunderlag, kan anbudet – eller delar av anbudet – komma att förkastas.”

I förfrågningsunderlaget avsnitt 11 och 12, vilka rör positionerna 321-59 respektive 321-60, anges bl.a. följande under obligatoriska krav samt kriterier för utvärdering.

”Offererade produkter skall uppfylla ställda krav på utformning enligt artikelspecifikationen kolumn C-E...”

I artikelspecifikationen anges i kolumn C-E följande för de i målet aktuella positionerna.

”Stöttålig manometer typ Dura-Chock”.

Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av vad som anges i förfrågningsunderlaget, i ovan återgivna delar, att det klart och tydligt framgår att det är ett skall-krav att offererad manometer ska vara stöttålig och av typen DuraShock. I målet är ostridigt att bolagets i anbudet offererade manometer inte är av typ DuraShock. Bolagets offererade manometer uppfyller således

inte ställt skall-krav. Mot denna bakgrund har Varuförsörjningen haft fog för att förkasta bolagets anbud.

Bolaget har vidare gjort gällande att Varuförsörjningen brutit mot 6 kap. 4 § LOU genom att efterfråga manometrar av visst varumärke, nämligen DuraShock. Varuförsörjningen har å sin sida gjort gällande att DuraShock är ett vedertaget begrepp i branschen.

Av 6 kap. 4 § LOU framgår att de tekniska specifikationerna i en upphandling inte får innehålla hänvisning till varumärke, om det leder till att visst företag gynnas eller missgynnas. Av RÅ 2009 ref. 69 följer att domstolens utredningsskyldighet i mål om offentlig upphandling måste tillämpas på ett restriktivt sätt. Som huvudregel är det bolaget, såsom sökande, som har bevisbördan för att Varuförsörjningen, såsom upphandlande enhet, har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i lagen eller mot unionsrätten. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund härav att det är bolaget som har bevisbördan för påståendet att DuraShock är ett varumärke. Till stöd för sitt påstående har bolaget bifogat en utskrift från företaget Welch Allyns hemsida, där bl.a. bokstäverna "TM" anges strax ovanför ordet DuraShock. Enligt förvaltningsrättens mening framgår inte av den ingivna bevisningen att DuraShock är ett varumärke. Inte heller i övrigt är visat i målet att DuraShock – mot Varuförsörjningens bestridande – är ett varumärke. Bolaget har därmed inte visat att Varuförsörjningen brutit mot 6 kap. 4 § LOU genom att efterfråga stöttålig manometer typ DuraShock.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det i målet inte framkommit att Varuförsörjningen har brutit mot 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i lagen eller mot unionsrätten. Det finns därför inte förutsättningar för åtgärder enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska

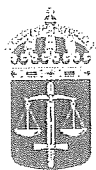
därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1A LOU)



Ellinor Eriksson
förvaltningsrättsfiskal

Målet har handlagts av Martin Bäckström.



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. 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 var till 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 uppgive 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 3109/1A LOU