



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2014-06-23
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
6639-13 E
Enhet 1

SÖKANDE

B Braun Medical AB, 556251-5170

Ombud:
Advokaten Ulf Djurberg
Setterwalls advokatbyrå AB
Box 1050
Stockholm

MOTPARTER

Landstinget Dalarna
Landstinget Sörmland
Landstinget i Uppsala län
Landstinget Västmanland
Örebro läns landsting

Genom:

Landstinget i Uppsala län, Varuförsörjningen
Virdings allé 26, Hus 1, Plan 3
754 50 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Ovan angivna motparter genomför, genom Landstinget i Uppsala län och Varuförsörjningen i Uppsala län (landstinget), en öppen upphandling av kemisk-tekniska produkter, dnr VF2012-0042 (upphandlingen).

B Braun Medical AB har lämnat anbud i upphandlingen, men av tilldelningsbeslutet den 6 december 2013 framgår att anbud antagits från andra leverantörer i de delar av upphandlingen som avser produktgrupp 50 positionerna 1, 2 och 3, produktgrupp 52 position 1 och 2, produktgrupp 68

KONKURRENSVERKET	
2014-06-26	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

positionerna 8 och 9, produktgrupp 70 positionerna 2, 3 och 4, produktgrupp 72 positionerna 5, 7 och 8, produktgrupp 74 position 1 (produkterna).

YRKANDEN

B Braun Medical (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att rättelse sker på så sätt att ny prövning av inkomna anbud ska genomföras avseende produktgrupp 52, position 2 varvid CCS Healthcare ABs anbud och Lahega ABs anbud ska förkastas eftersom de inte uppfyller skall-kraven och att nytt tilldelningsbeslut ska meddelas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om i denna del.

Vidare yrkar bolaget att rättelse ska ske på så sätt att ny prövning av inkomna anbud ska genomföras avseende produktgrupp 72, positionerna 5-8 utan att positionerna 5-8 läggs samman och att nytt tilldelningsbeslut ska meddelas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om i denna del.

Avseende produktgrupp 50, positionerna 1, 2 och 3, produktgrupp 52, position 1, produktgrupp 68, positionerna 8 och 9, produktgrupp 70 positionerna 2, 3, och 4, samt produktgrupp 74, position 1, yrkar bolaget att förvaltningsrätten enligt 16 kap. 6 § LOU beslutar att upphandlingen ska göras om på grund av dess allvarliga brister i transparens vad gäller grund för tilldelning av kontrakt.

Landstinget bestrider bolagets yrkanden.

Vad gäller bolagets yrkanden avseende produktgrupp 72, positionerna 5-8 bestrids sålunda även detta yrkande. För det fall bolagets ansökan om överprövning ändå vinner bifall i denna del yrkar landstinget att rätten förordnar om att upphandlingen avseende produktgrupp 72, positionerna 5-8 görs om.

GRUNDER M.M.

Bolaget anför till stöd för sin talan gällande nu aktuella produkter att upphandlingen har skett i strid med 1 kap. 9 § LOU genom att landstinget frångått de skall-krav som ställts upp i förfrågningsunderlaget, vilket lett till att bolaget inte behandlats likvärdigt med andra leverantörer. Diskrimineringen har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Upphandlingen är vidare oproportionerlig och oförutsebar eftersom landstinget utan saklig grund vid utvärderingen lagt samman olika produktsegment (positioner). Detta strider mot 1 kap. 9 § LOU.

Upphandlingen har vidare skett i strid med 1 kap. 9 § LOU och 12 kap. 1 § LOU eftersom landstingets grund för tilldelning av kontrakt är oklar. Otydligheten har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Landstinget anför som stöd för sitt bestridande att upphandlingen inte strider mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, upphandlingslagstiftningen i övrigt eller bakomliggande EU-rätt. Landstinget har därmed inte brutit mot någon upphandlingsrättslig bestämmelse, varmed förutsättning för ingripande enligt LOU saknas. Med anledning härav ska ansökan om överprövning avslås. Vidare föreligger grunder för avvisning av ansökan.

Beträffande de olika produkter i upphandlingen som omfattas av ansökan om överprövning anför parterna följande.

Produktgrupp 52

Bolaget anför att skall-kravet avseende produktgrupp 52 är, enligt förfrågningsunderlaget, att "600 ml-flaskan skall ha en barnsäker kork med pump" (punkten 5.1.1). Dessutom anges i förfrågningsunderlaget att "Be-

gärda varuprover är identiska med de varor som kommer att levereras” (punkten 2.3.1.1). Varuprov har begärts av landstinget i produktgrupp 52.

Eftersom handdesinfektionsmedel inte alltid har barnsäker kork kontrollerades detta av bolaget på insända prover från CCS och Lahega avseende produktgrupp 52, position 2. Vid kontroll upptäckte bolaget att det gick enkelt att öppna CCS och Lahegas offererade produkter.

Landstinget informerades av bolaget om situationen – såväl muntligen som skriftligen – och uppmanades till frivillig rättelse av upphandlingen. Vid sådan kontakt med landstinget bekräftade ansvarig upphandlare att ”barnsäker kork” definieras som att korken inte ska gå att öppna med handkraft. Orsaken är att innehållet kan skada personer som öppnar flaskan (exempelvis missbrukare av etanol). Andra risker är att personal kan fylla flaskan med annat innehåll, refill etc. Principen är att det ska gå att säkerställa att etiketterad produkt har rätt innehåll i likhet med vad som står på flaskan.

I motsvarande upphandlingar är det vanligt att det ställs krav på att korken till flaskor för handdesinfektionsmedel inte ska gå att öppna. Det är branschstandard att flaskor med handdesinfektionsmedel inte ska gå att öppna eller åtminstone inte gå att öppna enkelt. Bakgrunden till detta är att handdesinfektionsmedel inte ska vara lätt åtkomligt eftersom det kan vara farligt vid förtäring och om man får det i ögonen och att det finns ett starkt behov av att skydda mot missbruk. Därtill finns det ofta ett önskemål om att säkerställa att flaskor med handdesinfektionsmedel inte ska kunna återfyllas eftersom man då riskerar att de fylls med fel innehåll. Av bl.a. dessa anledningar finns skäl att säkra flaskinnehållet genom en svåröppnad kork. Mot bakgrund av vad som nu redogjorts för om vikten av att flaskor med handdesinfektionsmedel inte ska gå att öppna eller åtminstone inte gå att öppna enkelt är det en fullt rimlig tolkning av det aktuella skall-kravet att det egentligen inte riktar sig mot barns möjligheter att öppna korken. Detta

ska också ses mot de omständigheterna att det saknas en vedertagen branschdefinition av begreppet barnsäkert, att begreppet används i olika sammanhang och ges olika innebörd, samt att de aktuella produkterna överhuvudtaget inte är avsedda att användas av barn eller i närheten av barn. Landstingets påståenden i denna del om att den enda och rimliga tolkningen av kravet att det är i förhållande till barn som detta riktar sig stämmer därför inte.

CCS:s och Lahegas flaskor kunde med lätthet öppnas med normal handkraft och enligt bolagets uppfattning skulle t.ex. en pojke på tolv år med enkelhet kunna öppna flaskorna. Bolagets uppfattning är därför att CCS:s och Lahegas flaskor inte uppfyller skall-kravet avseende barnsäker kork ens med landstingets tolkning att det med barnsäkerhet i sammanhanget ska förstås att ett barn inte kan öppna korken.

Skulle förvaltningsrätten finna att CCS och Lahegas anbud uppfyller skall-kravet om barnsäker kork är det bolagets uppfattning att det aktuella skall-kravet inte är tillräckligt klart och tydligt utformat för att uppfylla LOU:s krav på transparens och förutsebarhet. Detta är i sådana fall tydligt utifrån såväl den normala kravbilderna i branschen som utifrån landstingets egna svårigheter att ange vad som egentligen avses med skall-kravet. Upphandlingen ska i sådana fall göras om i denna del.

Sammanfattningsvis uppfyller inte CCS:s produkt i produktgrupp 52, position 2, skall-kravet på barnsäkerhet. Inte heller Lahegas offererade produkt uppfyller kravet på barnsäkerhet. Om ett anbud inte uppfyller ett visst skall-krav ska anbudet förkastas och inte gå vidare till utvärdering. Att efterge skall-krav i förhållande till förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU.

Bolagets produkt i produktgrupp 52, position 2 uppfyller skall-kravet och har det lägsta priset. Bolaget skulle således rätteligen ha tilldelats kontrakt. Bolaget har diskriminerats i upphandlingen eftersom landstinget inte behandlat leverantörerna likvärdigt.

Skada

Landstinget har antagit ett anbud som inte uppfyller samtliga i upphandlingen uppställda skall-krav. Detta har fått till följd att bolaget har eller kan komma att lida skada.

Landstinget har tilldelat CCS kontrakt. Landstinget har rankat Lahega som nummer två och bolaget som nummer tre. Varken CCS:s eller Lahegas produkter uppfyller emellertid skall-kravet på barnsäkerhet, varför bolaget rätteligen skulle ha tilldelats kontrakt eftersom de erbjuder en produkt som uppfyller skall-kraven och har det lägsta priset.

Landstinget

Landstinget anför bl.a. att vad landstinget genom upphandlare framfört på ställd fråga från bolaget, och som bolaget i sin inläga utelämnat, var att "barnsäker kork" vid samtalet definierats som att korken inte ska gå att öppna med ett barns handkraft.

Förutom att ovanstående framförts muntligen till bolaget är det också den enda och naturliga slutsatsen att dra av det uppställda kravet; dvs. att det är i förhållande till ett barn som säkerheten riktar sig till. Landstinget menar att detta per definition framgår av det uppställda kravet. En barnsäker kork ska så att säga vara säker för just barn.

Det förhållandet att företrädare för bolaget med styrka lyckats vrida upp korken på andra leverantörers offererade produkter styrker mot ovanstående bakgrund inte någonting.

Bolaget hävdar att det är branschstandard att flaskor med handdesinfektionsmedel inte ska gå att öppna alls eller åtminstone inte gå att öppna enkelt. Landstinget konstaterar dels att bolaget bär bevisbördan för ett sådant påstående, dels att det av landstinget uppställda kravet om barnsäker kork måste betraktas som ett lägre ställt krav, eller i vart fall inte ett högre ställt krav, än den av bolaget hävdade branschstandarden. Landstinget är av uppfattningen att det vid tolkning av ett kravs innebörd inte kan ges tolkningsföreträde åt en påstådd branschstandard framför ett kravs ordalydelse och formulering, i synnerhet inte då det uppställda kravet är lägre ställt eller lika med vad som kan vara branschstandard.

Vidare är landstinget – vilket framgår av tilldelningsbeslutet – av uppfattningen att såväl Lahegas som CCS:s produkter uppfyller det aktuella kravet. Landstinget inser att det är lätt att inta den motsatta ståndpunkten genom att hävda att kravet utvärderats på subjektiva grunder. Att en utvärdering i vissa sammanhang grundar sig på ett visst mått av subjektivitet är emellertid oundvikligt, och det ska understrykas att detta förhållande inte står i strid med den upphandlingsrättsliga lagstiftningen, dess grundläggande principer eller bakomliggande EU-rätt.

Produktgrupp 72

Bolaget anför att det erbjuder lägsta pris på automatiska dispenser med droppskydd (produktgrupp 72, positionerna 5 och 6) medan Lahega erbjuder lägsta pris på handspriten (position 7) och tvålen (position 8) som passar i ovanstående dispenser.

Eftersom bolaget ville kontrollera att de olika leverantörernas produkter inom positionerna 5-8 fungerade tillsammans kontrollerades detta av bolaget genom att bolaget undersökte inskickade varuprover från Lahega. Där-

efter informerades landstinget om situationen – såväl muntligen som skriftligen – och uppmanades till frivillig rättelse.

Bolaget anser att landstinget felaktigt slagit samman position 5-8 i produktgrupp 72. Det är bolagets uppfattning att position 5-6 borde har utvärderats för sig eftersom det inte finns något sakligt eller funktionellt skäl till att slå samman samtliga positioner. Om positionerna 5-6 hade utvärderats för sig har bolaget tilldelats kontrakt eftersom de erbjöd produkterna till lägsta pris.

Att utvärdera positionerna på så sätt som landstinget gjort saknar rationella skäl och påverkar bolaget på ett onödigt ingripande sätt. Upphandlingen är därmed oproportionerlig och i strid med 1 kap. 9 § LOU. Därtill kommer att upphandlingen uppvisar klara brister i förutsebarhet kring hur produktgrupp 72 ska utvärderas. Otydligheten har orsakat ett flertal frågor som landstinget svarat otydligt på, t.ex. fråga 18 och 43. Upphandlingen brister därför i transparens enligt 1 kap. 9 § LOU.

Skada

Landstinget har på oklara och icke ändamålsenliga grunder slagit samman samtliga positioner i produktgruppen och därefter antagit anbud. Detta tillvägagångssätt har fått till följd att bolaget har eller kan komma att lida skada.

Landstinget har efter att ha slagit samman positionerna 5-8 och därefter utvärderat anbuden tilldelat Lahega kontrakt. Landstinget har rankat bolaget som nummer två. Om landstinget hade utvärderat positionerna 5-6 för sig hade bolagets anbud innehållit det lägsta priset.

Landstinget anför i denna del bl.a. att det förhållandet att positionerna utvärderats gemensamt, och inte var för sig, grundar sig på att detta har

angivits i förfrågningsunderlaget, jfr förfrågningsunderlaget punkten 5.20.3.

Med vederbörligt iakttagande av det upphandlingsrättsliga regelsystemet känner sig landstinget fri, och förbehåller sig rätten, att själv utforma förfrågningsunderlaget och de krav som ställs där.

Det som upphandlats är en s.k. sensorstyrd automatisk dispenser med tillhörande handdesinfektionsmedel respektive tvål samt där tillhörande droppskydd. Var och en av nämnda produkter utgör en egen position, men har alltså utvärderats gemensamt i enlighet med förfrågningsunderlaget.

En sensorstyrd dispenser är en apparat under vilken man håller handen och som då (utan beröring) doserar ut viss mängd handdesinfektionsmedel alternativt tvål i handen. När påsen innehållande handdesinfektionsmedlet respektive tvålen är slut öppnas dispensern för byte av den påse med handdesinfektionsmedel alternativt tvål som förvaras där.

På marknaden finns ett antal producenter och leverantörer av handdesinfektionsmedel respektive tvål. Något förenklat kan sägas att respektive producent har utformat och optimerat storlek etc. på sin egen dispenser utifrån det format som handdesinfektionsmedlet respektive tvålen har och som de själva producerar. Möjligen kan det förhålla sig på det omvända sättet, dvs. att påsarna med handdesinfektionsmedel respektive tvål utformats utifrån dispenserns förutsättningar. Men detta saknar i så fall betydelse. Oavsett vilket, kan det bli så att påsarna med handdesinfektionsmedel eller tvål inte passar i dispensern för det fall produkterna har olika leverantörer. Landstinget har inte på förhand haft kännedom om den leverantör som skulle komma att tilldelas kontrakt avseende dispensern skulle offera en dispenser i vilken en standardflaska skulle passa. Landstinget har inte haft kännedom om alla skiftande förhållanden på aktuell marknad.

Genom att uppställa krav om att leverantören skulle offerera samtliga positioner har landstinget försäkrat sig om att leverantören av dispensern också skulle kunna leverera dispensern passande handdesinfektion och tvål, samt det omvända. Det står enligt landstingets mening helt klart att detta skäl är såväl sakligt, funktionellt samt rationellt.

För det fall landstinget hade valt att utforma förfrågningsunderlaget på så sätt att utvärdering skulle komma att ske för varje position var för sig kan det inte uteslutas att landstinget hade kunnat stå med tvål respektive handdesinfektion som inte passar i den upphandlande dispensern. Detta gäller oaktat eventuellt befintliga standarder, eftersom det alltid finns en möjlighet för nya aktörer att träda in på marknaden, vilket landstinget också välkomnar.

Detta är ett av skälen till varför landstinget avsett tilldela kontrakt till en och samma leverantör avseende dispenser, handdesinfektionsmedel, respektive tvål samt droppskydd. Enligt landstingets mening är detta skäl såväl sakligt, funktionellt, rationellt och står heller inte i strid med det upphandlingsrättsliga regelsystemet.

Landstinget har, beträffande utvärderingsgrunden för produktgrupp 72, anfört bl.a. att som grund för tilldelning av kontrakt har landstinget tillämpat lägsta pris för tilldelning av kontrakt. Att den anbudsgivare som lämnar lägst pris kommer att tilldelas kontrakt framgår – vilket bolaget självt angivit – av förfrågningsunderlaget, och är därmed ostridigt.

Som bolaget anfört kan det dock till följd av ”frågor och svar” under kommunikationsfasen möjligen tolkas som om tilldelningsgrunden avseende produktgrupp 72 är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Trots det inträffade ifrågasätter landstinget huruvida varje normalt omsorgsfull anbudsgivare ändå bort inse att lägst pris har utgjort tilldelningsgrund. Landstinget menar att upphandlingsunderlaget sammantaget innehåller den information som kan krävas för att varje rimligt omsorgsfull anbudsgivare ska förstå vilken tilldelningsgrund som skulle komma att tillämpas.

För det fall rätten bedömer att ovanstående utgör sådan allvarlig brist i upphandlingen att ett ingripande är nödvändigt, menar landstinget att påföljden måste bli att upphandlingen av produktgrupp 72 görs om eftersom den eventuella bristen i så fall har inverkat på det konkurrensuppsökande skedet.

Utvärderingsgrund

Bolaget anför följande beträffande tillämpad utvärderingsgrund.

I punkten 2.2.3.1 i förfrågningsunderlaget anges att ”Den artikel med lägst pris som uppfyller ställda krav kommer att antas.”. I frågor och svar anges på ett flertal ställen att utvärderingsgrunden är ”ekonomiskt mest fördelaktiga pris”. I fråga 18 och 43 i tilldelningsbeslutet anges att grunden för tilldelning är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Otydligheten står i strid med 12 kap. 1 § LOU som anger att en upphandlande myndighet vid tilldelning av kontrakt ska anta antingen det anbud som är det ”ekonomiskt mest fördelaktiga” för den upphandlande myndigheten eller det anbud som innehåller det ”lägsta priset”.

I punkten 2.2.3.1 i förfrågningsunderlaget anges att ”den artikel” med lägst pris som uppfyller ställda krav kommer att antas. Landstinget har emellertid ibland valt att slå samman positioner inom en produktgrupp vid utvärderingen och ibland har landstinget valt att utvärdera positionerna var för sig. Denna inkonsekvens ger ingen förutsebarhet för anbudsgivarna.

Avsaknaden av förutsebarhet strider mot bestämmelsen om öppenhet och transparens i 1 kap. 9 § LOU och har fått till följd att bolaget – samt övriga anbudsgivare – inte har haft möjlighet att veta vilka grunder som gäller för tilldelning av kontrakt. Bolaget har därigenom frångåtits möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Skada

Landstingets förfrågningsunderlag anger ”lägsta pris” som utvärderingsgrund. I frågor och svar anges på ett flertal ställen att utvärderingsgrunden är ”*ekonomiskt mest fördelaktiga pris*”. I tilldelningsbeslutet anges att kontrakt tilldelas den leverantör som har bedömts som ”ekonomiskt mest fördelaktig”.

Otydligheten står i strid med 12 kap. 1 § LOU och 1 kap. 9 § LOU och har fått till följd att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada då bolaget inte har haft möjlighet att veta vilka grunder som gäller för tilldelning av kontrakt. Bolaget har därigenom frångåtits möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Landstinget anför att med ”övriga produktgrupper” avses produktgrupp 50 position 1-3, produktgrupp 52 position 1, produktgrupp 68 position 8 och 9, produktgrupp 70 position 2 – 4 och produktgrupp 74.

Var och en av positionerna under respektive produktgrupp skulle utvärderas separat om inte annat angivits i förfrågningsunderlaget. Om så däremot angivits skulle positionerna under den produktgruppen utvärderas gemensamt på i förfrågningsunderlaget angivet vis.

Beklagligt nog har landstinget avseende viss produktgrupp utvärderat positionerna gemensamt utan att så har framgått av förfrågningsunderlaget.

Vad bolaget utelämnat – eller möjligen förbisett – är att någon sådan utvärdering, dvs. gemensam utvärdering av positioner utan att så angivits i förfrågningsunderlaget, inte har gjorts såvitt avser de ”övriga produktgrupperna”. Bristen inträffade vid utvärderingen av produktgrupp 98.

Detta innebär att den påtalade bristen inte inverkat på utvärderingen i någon grupp som bolagets ansökan om överprövning avser. Bristen kan, enligt landstingets mening, därför inte åberopas av bolaget som stöd för sin talan. Frågorna (tillika svaren) har dock uteslutande och explicit berört produktgrupp 72. Det är därför landstingets uppfattning att det endast är produktgrupp 72 som kan omfattas av ett eventuellt ingripande, och då med påföljden att upphandlingen av produktgrupp 72 ska göras om.

Några andra grunder till stöd för sina yrkanden avseende ”övriga produktgrupper” har inte åberopats, varmed grund för yrkandena saknas. Landstinget hemställer därför att förvaltningsrätten prövar om talan ska avvisas såvitt den avser ”övriga produktgrupper” och att prövningen sker mot de krav som förvaltningsprocesslagen uppställer för en ansökan om överprövning. I vart fall föreligger inte grund för ingripande mot upphandlingen avseende ”övriga produktgrupper”.

Avslutningsvis anför landstinget att bolaget inte visat att det lider, eller riskerar lida skada till följd av de påstådda bristerna avseende ”övriga produktgrupper”.

För det fall rätten inte avvisar talan på någon av de grunder som redogjorts för avseende ”övriga produktgrupper”, skall ansökan om överprövning avslås eftersom någon relevant eller saklig grund för talan inte har angivits.

DOMSKÄL

Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger enligt 16 kap. 6 § LOU om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

I en överprövningsprocess rörande upphandling gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart och tydligt sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69).

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Utvärderingsgrund

Bolaget har anfört att landstinget i anbudshandlingarna har lämnat motstridiga uppgifter gällande val av tilldelningsgrund. Bolaget hävdar att det av förfrågningsunderlaget framgår att lägsta priset är tilldelningsgrund i upphandlingen men att det av ett par frågor och svar framgår att tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Landstinget invänder mot bolagets påstående och menar att det möjligen gällande viss produktgrupp och då framförallt produktgrupp 72 varit möjligt att tolka frågor och svar som att tilldelningsgrunden varit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Av Högsta förvaltningsdomstolens uttalande i RÅ 2002 ref. 50 framgår att ett förfrågningsunderlag får ha vissa brister men att varje leverantör med

utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i punkten 2.2.3.1 i förfrågningsunderlaget anges att tilldelningsgrund i upphandlingen är lägsta priset. Av utredningen i målet framgår att landstinget under frågor och svar avseende viss produktgrupp lämnat motsägelsefull uppgift om tilldelningsgrund. Förvaltningsrätten finner att detta förvisso utgör en brist i anbudshandlingarna. Bristen är emellertid inte av det slag eller den omfattningen att den hindrat potentiella anbudsgivare från att skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Förvaltningsrätten finner därför att underlaget i detta avseende inte innehåller sådana brister att transparensprincipen anses ha trätts förnär. Landstinget har således inte handlat i strid mot LOU genom att uppställa detta skall-krav. Skäl för ingripande i anledning av denna grund föreligger därmed inte.

Produktgrupp 72, positionerna 5-8

Bolaget har anfört att landstingets krav om att utvärdera positionerna 5-8 gemensamt utformats i strid mot proportionalitetsprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU. Landstinget bestrider att dess krav om att dispenser, handdesinfektionsmedel, tvål och droppskydd skulle utvärderas gemensamt skulle strida mot proportionalitetsprincipen.

Av praxis (se t.ex. RÅ 2010 ref. 78) kan utläsas att en bedömning av om ett skall-krav är förenligt med proportionalitetsprincipen ska ske mot bakgrund av föremålet för upphandlingen. Det uppställda skall-kravet ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. Av praxis framgår vidare att upphandlande myndighet har stor frihet att bestämma föremålet för upphandlingen. Ett uppställt krav får emellertid inte anses som godtyckligt eller uppenbart osakligt.

Förvaltningsrätten konstaterar att landstinget har långtgående möjligheter när det gäller att utforma ett förfrågningsunderlag. I förevarande fall är föremålet för upphandlingen i denna del en sensorstyrd dispenser för handdesinfektionsmedel och tvål, dvs. en sammansatt produkt som utgörs av flera delar. Varje del av den sammansatta produkten utgörs av en position i upphandlingen. Ett krav om att samtliga positioner inom produktgruppen ska utvärderas gemensamt har enligt förvaltningsrättens bedömning en koppling till föremålet för upphandlingen, eftersom varje position utgör en del av den sammansatta produkten. Som skäl till att dessa positioner skulle utvärderas gemensamt har landstinget anfört att respektive producent ofta utformat och optimerat storlek etc. på sin egen dispenser utifrån de format som handdesinfektionsmedlet respektive tvålen har. På så sätt har landstinget garderat sig för att leverantören av dispensern också skulle kunna leverera dispensern passande handdesinfektion och tvål, samt det omvända. Förvaltningsrätten finner således att kravet fyller en funktion och kan därmed inte uppfattas som varken osakligt eller godtyckligt. Skall-kravet om att positionerna ska utvärderas gemensamt strider således inte mot proportionalitetsprincipen varför skäl för ingripande på denna grund saknas.

Inte heller föreligger skäl för rättelse när det gäller bolagets yrkande om att position 5 och 6 borde ha utvärderats gemensamt. Det framgår klart och tydligt av punkten 5.20.3 i förfrågningsunderlaget att positionerna 5-8 ska utvärderas gemensamt. Landstingets anbudsutvärdering har således i detta avseende skett i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget varför skäl för rättelse i denna del saknas.

Produktgrupp 52

Uppfyllelse av skall-krav

Bolaget har anfört att CCS:s och Lahegas anbud inte uppfyller skall-kravet i punkten 5.1.1 i förfrågningsunderlaget om att 600-ml flaskan ska ha en barnsäker kork med pump. Landstinget bestrider detta påstående.

En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga i förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet.

Det är sökanden som har bevisbördan för sitt påstående och har därmed att visa att dessa omständigheter föreligger (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Frågan blir således om bolaget visat att CCS:s och Lahegas anbud inte uppfyllt ovan nämnt skall-krav. Av utredningen i målet framgår att bolaget begärt ut de offererade flaskorna och vid kontroll upptäckt att dessa kunnat öppnas med normal handkraft.

Såvitt framgår av utredningen har en vuxen person med normal handkraft kunnat öppna korken på respektive flaska. Att en vuxen person med normal handkraft kunnat öppna flaskorna innebär dock inte enligt förvaltningsrättens mening att ett barn kunnat öppna flaskorna. Förvaltningsrätten finner härmed inte att bolaget visat att de av CCS och Lahega offererade flaskorna inte har haft en barnsäker kork i enlighet med förfrågningsunderlaget.

Transparensprincipen

Bolaget har även anfört att skall-kravet utformats i strid med transparensprincipen eftersom innebörden av barnsäker kork inte med önskvärd tydlighet varit möjlig att utläsa ur underlaget. Detta mot bakgrund av att det i branschpraxis saknas en tydlig definition av begreppet barnsäker, samt att dessa flaskor överhuvudtaget inte ska användas i närheten av barn. Bolaget avfärdar således landstingets definition av kravet, och begreppet barnsäker, att det är i förhållande till ett barn som kravet på säkerhet riktar sig till.

Innebörden av transparensprincipen enligt 1 kap. 9 § LOU är såsom ovan angivits att ett förfrågningsunderlag ska vara utformat med tillräcklig tydlighet för att varje anbudsgivare med vägledning ur detta ska kunna formulera ett konkurrenskraftigt anbud. Detta innebär även att varje anbudsgivare ska kunna tolka underlaget på samma sätt.

Av ordalydelsen i förfrågningsunderlaget framgår att korken till flaskan ska vara barnsäker. Det råder därmed inte någon tvekan om att det åsyftade ändamålet med kravet varit att ett barn inte ska kunna öppna korken. Av ordalydelsen framgår således att det är barnets säkerhet som eftersträvas med det uppställda kravet. Förvaltningsrätten finner därmed att skallkravet varit tillräckligt tydligt formulerat för att samtliga anbudsgivare skulle förstå kravet på samma sätt och utifrån detta kunna formulera ett konkurrenskraftigt anbud. Vad bolaget anfört i denna del ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Ansökan ska således avslås även i denna del.

Sammanfattningsvis föreligger inte skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU enligt någon av de grunder som bolaget har anfört varför ansökan i sin helhet ska avslås.

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



Leif Gäverth
lagman

Målet har handlagts av Kristine Nilsson



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.

