



SÖKANDE

Mediq Sverige AB, 556252-2317

MOTPARTER

1. Falkenbergs kommun (mål nr 13677-19)
2. Kungsbacka kommun (mål nr 13700-19)
3. Varbergs kommun (mål nr 13703-19)
4. Halmstads kommun (mål nr 13705-19)
5. Hylte kommun (mål nr 13706-19)
6. Laholms kommun (mål nr 13708-19)

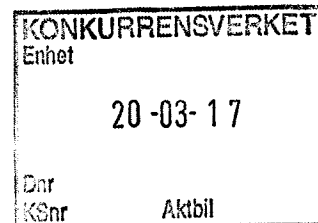
Ombud för 2–6: Kommunjuristen Lina Weetman, Falkenbergs kommun

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad
LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen
”Sjukvårds -och förbandsmaterial”, dnr SVN2019-44, ska göras om.



BAKGRUND

Falkenbergs, Kungsbacka, Varbergs, Halmstads, Hylte och Laholms kommuner (kommunerna) genomför en upphandling av ”Sjukvårds -och förbandsmaterial”, dnr SVN2019-44. Upphandlingen genomförs enligt ett öppet förfarande enligt LOU.

Av kommunernas respektive tilldelningsbeslut framgår att OneMed Sverige AB (OneMed) har vunnit upphandlingen.

YRKANDEN M.M.

Mediq Sverige AB (Mediq) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att OneMeds anbud inte beaktas vid utvärderingen alternativt att upphandlingen görs om. *Mediq* anför i huvudsak följande.

Upphandlingen omfattar drygt 600 artiklar som ska offereras i en Excelfil. En leverantör antas för hela uppdraget, vilket innebär att enbart distributörer av tillverkarens produkter kan lämna anbud i upphandlingen. Tilldelningsgrund är lägsta pris och OneMed tilldelades kontraktet då de lämnade det lägsta priset. För varje produkt som efterfrågas finns en referensprodukt angiven med nuvarande leverantörs – OneMeds – artikelnummer, artikelbeskrivning och artikelspecifikation, medan tillverkarens artikelnummer inte finns med. För varje position ska referensartikeln eller likvärdig produkt offereras. Förfarandet gör det svårt för alla anbudsgivare utom nuvarande leverantör att säkerställa vilken produkt som efterfrågas. Upphandlingen är därmed inte tillräckligt transparent och likabehandlande. På flera positioner hänvisas också till varumärken – bl.a. OneMeds egna varumärken – vilket strider mot 9 kap. 6 § LOU eftersom hänvisningen gynnar OneMed och missgynnar andra anbudsgivare. I många fall får man utgå från angivet

varumärke för att förstå vad som efterfrågas. Kommunerna har hänvisat OneMeds öppna nätbutik för vägledning, men där framgår varken tillverkare, tillverkarens artikelnummer eller uppgifter om innehåll i produkt. Alla anbudsgivare förutom nuvarande leverantör måste förlita sig på knapphändiga uppgifter och det krävdes för Mediq ett tidskrävande detektivarbete för att identifiera referensprodukten. Utformningen av upphandlingen har påverkat möjligheten att positionera likvärdiga produkter från andra tillverkare och därmed att lämna ett vinnande anbud.

I den aktuella upphandlingen handlar det om produkter som relativt enkelt kan beskrivas. Kommunernas argument att det skulle vara omöjligt att beskriva de 637 artiklarna utan att ange varumärke är märkligt då flera andra kommuner lyckats med just detta i upphandlingar av sjukvårdsmaterial. I de fall när kommunerna inte preciserat produkternas syften och funktioner, utan enbart angett en referensprodukt, blir det i princip omöjligt för en anbudsgivare att offerera en produkt som är likvärdig på alla punkter, vilket innebär att referensprodukten måste offereras. Om kommunerna i stället hade angett de parametrar som är viktiga i verksamheten hade en anbudsgivare kunnat välja bland fler produkter som hade fyllt kommunernas behov. Kommunerna hade vidare från början lämnat en bilaga med produktspecifika krav inom produktområdet förband- och sårvård som närmare beskrev vad som efterfrågats. Detta visar att kommunerna faktiskt kunnat lämna en beskrivning av vad som efterfrågats för i vart fall en del av produkterna. Det finns inget som innebär att övriga produktgrupper skulle vara svårare att beskriva. Om kommunerna hade angett kraven per position och för alla produktgrupper i stället för att använda referensprodukter hade förfarandet blivit mer likvärdigt. Referensprodukterna har inte gjort det lättare att förstå vilka produkter som efterfrågas, utan i stället ibland gjort det omöjligt att avgöra vilken produkt som avses.

Vidare har kommunerna i upphandlingen – utifrån ett miljö- och hälso-perspektiv – ställt krav på produkternas innehåll och räknat upp ett antal ämnen som inte får ingå i produkterna. För vissa krav krävs en leverantörsförsäkran genom vilken leverantören intygar att kraven uppfylls. Miljökraven i upphandlingen är ambitiösa och sträcker sig på flera punkter utöver de vanligtvis ställda kraven i liknande upphandlingar. På de positioner där tillverkaren inte kunde lämna en försäkran gällande kravuppfyllelse offererade Mediq inte någon produkt, vilket enligt utvärderingsmodellen medför ett belastningspris som påförs den totala anbudssumman. OneMed fick i upphandlingen ett belastningspris på en position och Mediq på 18 positioner. Flera av de produkter Mediq inte offererat i denna del är vidare samma som nuvarande referensprodukt. Det har även visat sig att OneMed offererat samma produkter. Eftersom Mediq i sitt anbud angett att dessa produkter inte klarar uppställda krav borde upphandlaren på eget initiativ gjort en närmare kontroll, vilket inte gjordes. OneMed har vid dessa förhållanden lämnat osanna uppgifter och en oriktig leverantörsförsäkran., vilket innebär att bolagets anbud inte uppfyller alla obligatoriska krav. Bolagets anbud borde därför ha förkastats. OneMed har i efterhand tillåtit ändra vilka artiklar som omfattas av bolagets leverantörsförsäkran, eftersom bolaget bytt produkt på vissa positioner. Kraven har vidare varit till nackdel för Mediq, då en oproportionerligt stor del av anbudstiden har lagts på dem.

Mediq har lidit eller riskerar att lida skada till följd av ovan nämnda brister. Bl.a. har Mediq missgynnats av att OneMeds egna varumärken samt andra varumärken angetts i produktspecifikaktionen, eftersom förfarandet styr mot ett produktsortiment som är ekonomiskt fördelaktigt för nuvarande leverantör. Om detta inte gjorts hade Mediq kunnat offerera andra produkter som är mer ekonomiskt fördelaktiga för bolaget. Mediqs möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud med lägsta pris har därmed påverkats.

Kommunerna anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

Mediq har i sin ansökan inte på ett klart sätt uttryckt vilka omständigheter talan grundas på eller på vilket sätt bolaget har lidit skada.

Av upphandlingsdokumentets bilaga 1 framgår de artiklar som upphandlingen omfattar och totalt rör det sig om sju olika produktgrupper och 637 artiklar. För samtliga artiklar anges ett specifikt positionsnummer, artikelnummer, artikelbeskrivning, artikelspecifikation samt förpackningsstorlek. Att ta fram denna information för samtliga positioner har varit ett tidskrävande arbete. I sin produktspecifikation har kommunerna hittat en bra nivå och balans på beskrivningarna utifrån de behov som finns. För vissa positioner är det inte möjligt att beskriva den efterfrågade artikeln tillräckligt preciserat och begripligt och för dessa finns även en hänvisning till ett specifikt varumärke. Det varumärke som anges är i de flesta fall det varumärke som idag köps in från befintlig leverantör. Det är dock inte ett krav att just det varumärket offereras, utan det framgår tvärt emot av upphandlingsdokumentets avsnitt 1.6.2 att likvärdig produkt kan offereras. Det hade i upphandlingen varit omöjligt att med ord beskriva de 637 artiklarna utan att ange eller hänvisa till en viss produkt eller varumärke. Varje enskild artikel skulle kunna omfatta flera sidor text och det hade rimligen inte gjort föremålet för upphandlingen mer tydligt och begripligt. Dessutom hade en sådan precisering riskerat att begränsa utrymmet för att offerera likvärdiga produkter. Hänvisningen till artikelnumret från den nuvarande leverantören förenklar snarare än försvårar för samtliga leverantörer. Nuvarande leverantör har en öppen hemsida där artikelnumret är sökbart.

Vad gäller de miljökrav som ställs i upphandlingen utgår de från Upphandlingsmyndighetens hållbarhetskrav, vilka är vanligt förekommande i offentliga upphandlingar. Dessa krav är inte för långtgående. En

upphandlande myndighet har att lita på att de uppgifter en anbudsgivare lämnar i sitt anbud är riktiga när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta riktigheten. Det är anbudsgivaren som svarar för att lämnade uppgifter är korrekta. Vid anbudsgenomgången fanns ingen anledning att ifrågasätta att de av OneMed offererade produkterna, utöver position 5022, uppfyllde ställda krav. Mediq anger i sin ansökan att det inte är produkternas kravuppfyllnad utan att det är OneMeds oriktiga försäkran som bolaget vänder sig emot. Såvitt kan förstås har Mediq ansett att elva produkter inte uppfyllde ställda krav. Elva diskvalificerade produkter hade dock inte lett till att OneMeds anbud hade förkastats eller påverkat vilken anbudsgivare som lämnat lägst anbudssumma. Utgången i upphandlingen hade därmed blivit densamma.

Sammanfattningsvis har OneMed rätteligen tilldelats kontrakt i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt (4 kap. 2 § LOU).

De tekniska egenskaper som varan, tjänsten eller byggtreprenaden ska ha ska anges som tekniska specifikationer. Specifikationerna ska ingå i något av upphandlingsdokumenten (9 kap. 1 § LOU).

En upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav. I prestanda- eller funktionskrav kan miljöegenskaper ingå. Kraven ska vara utformade så att det klart framgår vad som ska anskaffas. En upphandlande myndighet får tillåta att en leverantör åberopar särskilda standarder och bedömningar (9 kap. 3 § LOU).

Om det leder till att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas, får de tekniska specifikationerna inte innehålla hänvisningar till

1. ett fabrikat, ett ursprung eller ett framställningssätt som karakteriserar varor eller tjänster som tillhandahålls av en viss leverantör,
2. varumärke, patent eller typ,
3. ursprung, eller
4. tillverkning.

Sådana hänvisningar får dock förekomma om det motiveras av det som ska anskaffas eller det annars inte är möjligt att beskriva det som ska anskaffas tillräckligt tydligt. En sådan hänvisning ska följas av orden ”eller likvärdigt” (9 kap. 6 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Mediq har bl.a. gjort gällande att kommunerna har genomfört upphandlingen i strid med 9 kap. 6 § LOU och likabehandlingsprincipen genom att hänvisa till referensprodukter som ingår i nuvarande leverantör OneMeds sortiment. Eftersom det är fråga om ett påstående om en brist i upphandlingens konkurrensuppsökande skede anser förvaltningsrätten att det finns skäl att först pröva denna invändning från Mediq.

En hänvisning till specifika referensprodukter får generellt anses leda till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Av ordalydelsen i 9 kap. 6 § LOU framgår att det endast i undantagssituationer är tillåtet att hänvisa till ett visst varumärke eller fabrikat från en viss leverantör. Syftet med sådana fall är inte att den upphandlande myndigheten ska vara befriad från skyldigheten att beskriva föremålet för upphandlingen, utan i stället att underlätta för leverantörerna att förstå vad som efterfrågas. Det ska i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt för att en hänvisning till ett visst varumärke eller fabrikat ska vara tillåten (jfr t.ex. Kamrätten i Göteborgs dom den 23 februari 2018 i mål nr 4889-17).

Frågan blir därmed om det varit möjligt för kommunerna att beskriva

föremålet för upphandlingen tillräckligt tydligt utan att hänvisa till referensprodukter.

Av handlingarna i målet framgår att kommunerna inom ramen för upphandlingen "Sjukvårds -och förbandsmaterial" efterfrågar över 600 specifika produkter, vilka kan identifieras bl.a. med hjälp av OneMeds artikelnummer. De produkter som uppräknas i kommunernas pris- och produktspecifikation utgörs bl.a. av förbandsmaterial, hygien- och rengöringsprodukter samt produkter för diagnostik och provtagning. Enligt förvaltningsrättens bedömning är en betydande del av det som efterfrågas mycket vanligt förekommande produkter inom kommunal vård- och omsorgsverksamhet. Förvaltningsrätten anser att sådana produkter relativt enkelt bör kunna beskrivas objektivt med generella prestanda- eller funktionskrav, utan att hänvisning görs till en specifik produkt. Att ett sådant förfarande är mer tidskrävande för en upphandlande myndighet kan enligt förvaltningsrättens mening inte tillmätas någon avgörande betydelse.

Redan mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att kommunerna genom att hänvisa till specifika referensprodukter har agerat i strid med såväl 9 kap. 6 § LOU som den generella likabehandlingsprincipen i samma lag. Bristen i upphandlingen får i vart fall anses ha medfört att Mediq kunnat komma att lida skada. Eftersom det rör sig om en brist som är hänförlig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om. Vid det förhållandet finner förvaltningsrätten inte anledning att pröva de grunder och invändningar som parterna framfört i övrigt.

Mediqs ansökan om överprövning ska således bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Ann Rittri
Rådman

Föredragande juristen Kristofer Persson Kärki har föredragit målet.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.