



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UPPSALA**

Enhet 2

**DOM**  
2014-10-16  
Meddelad i  
Uppsala

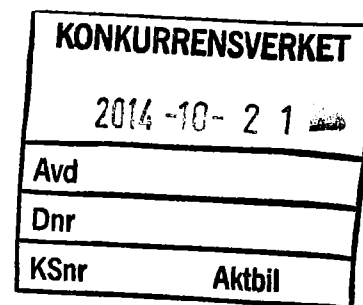
Mål nr  
2842-14 E

**SÖKANDE**

Mölnlycke Healthcare AB, 556547-5489

Ombud:

Advokat Pernilla Carlsson Rasiwala  
Nord & Co Advokatbyrå KB  
Box 1435  
111 84 Stockholm



**MOTPARTER**

1. Eskilstuna kommun
2. Flens kommun
3. Gnesta kommun
4. Katrineholms kommun
5. Landstinget Dalarna
6. Landstinget i Uppsala län
7. Landstinget Sörmland
8. Landstinget Västmanland
9. Nyköpings kommun
10. Oxelösunds kommun
11. Strängnäs kommun
12. Trosa kommun
13. Vingåkers kommun
14. Örebro läns landsting

genom Varuförsörjningen  
Landstinget i Uppsala län  
Virdings Allé 32 B  
754 50 Uppsala

**SAKEN**

Offentlig upphandling

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 132207

**Postadress**  
Box 1853  
751 48 Uppsala

**Besöksadress**  
Kungsgatan 49

**Telefon**  
018-431 63 00

**Telefax**  
018-431 63 43  
**E-post:** forvaltningsratteni uppsala@dom.se

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:00

## BAKGRUND

**Varuförsörjningen i Uppsala län** genomför för ett antal landsting och kommuner (myndigheterna) en upphandling av förbandsmaterial med dnr VF2012-0008.

Ett första beslut om tilldelning av kontrakt meddelades den 18 december 2013. I anledning av detta ansökte BSN Medical AB (BSN) om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten förordnade den 9 april 2014 i dom (mål nr 6809-13) att upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse vidtagits genom att anbudet från BSN i produktgrupperna 158 och 159 beaktats vid en ny anbudsprövning. Ett nytt beslut om tilldelning fattades den 20 maj 2014 om att tilldela BSN kontrakt i upphandlingen avseende produktgrupperna 158 och 159.

## YRKANDEN M.M.

**Mölnlycke Healthcare AB** (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen avseende produktgrupperna 158 och 159. I första hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att BSN:s anbud ska uteslutas från anbudsprövningen. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför som grund för sin talan i huvudsak följande.

### *De aktuella kraven i förfrågningsunderlaget*

I förfrågningsunderlaget punkterna 110 och 111 framgår vilka de obligatoriska kraven är för produkterna i grupperna 158 och 159. Där anges bl.a. att ett av de obligatoriska kraven är att produkterna, det vill säga förbanden, ska vara "klippbara". Vidare framgår av förfrågningsunderlaget punkten 1.4.4.1.1 vilka generella krav som gäller för sårförbanden.

*BSN:s produkter uppfyller inte det obligatoriska kravet på att de ska vara klippbara*

I BSN:s anbud framgår att BSN svarat ja på kravet att de offererade produkterna under 158 och 159 ska vara klippbara. Av en produktbeskrivning bifogad anbudet framgår dock att produkterna inte är tänkta för att klippas. BSN har vid sin överprövning i förvaltningsrätten angett att den beskrivningen inte betyder att produkten inte kan klippas, men att om det sker finns risk för att de absorberande partiklarna kommer att komma i kontakt med sårbädden. Detta är förstås inte bra ur funktionssynpunkt men, enligt BSN, inte farligt.

Anledningen till att produkten ska vara klippbar, något som alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer i den medicintekniska branschen bort ha insett, måste vara att produkten efter storleksanpassning till t.ex. ett sår ska ha oförändrad prestanda och samma egenskaper som innan delning. Leverantörer och producenter i den medicintekniska sektorn vet att innehållet i ett förband inte bör läcka ut i t.ex. ett sår, det är vedertagen och gällande branschpraxis. Det är mot denna bakgrund uppenbart att kravet på att produkten ska vara klippbar inte är uppfyllt bara för att det de facto går att klippa (dela) produkten.

*BSN:s produkter uppfyller inte efter delning de generella kraven på förband*

Även om BSN:s produkter skulle vara att anse som klippbara ska dess anbud likväl förkastas eftersom förbanden i delat skick inte klarar de generella kraven i punkten 1.4.4.1.1, eftersom det är ostridigt att delning innebär att delar av innehållet i förbanden kommer att läcka ut i såret. Det medför att det bildas gel i såret som måste tvättas bort. Det skulle givetvis innebära ett extra och onödigt obehag för patienten, samtidigt som produkten eventuellt inte kan anpassas till önskvärd storlek utan försämrade produkt-egenskaper.

Antagandet av BSN:s anbud står i strid med kraven på förutsebarhet och likabehandling eftersom anbudet inte uppfyller alla ställda obligatoriska krav.

*Varuförsörjningens krav på att produkten ska vara klippbar har inte beskrivits tillräckligt tydligt i upphandlingsunderlaget*

Det är inte förutsebart för en leverantör med intresse i upphandlingen att de upphandlande myndigheterna med begreppet klippbar endast avser att produkten ska kunna klippas i flera delar, oavsett hur delningen påverkar produktens egenskaper och prestanda.

För det första är myndigheternas tolkning av begreppet inte förutsebar eftersom ett krav på klippbarhet är helt onödigt om det accepteras att de produkter som offereras efter delning inte längre har oförändrad prestanda och samma egenskaper.

För det andra är myndigheternas tolkning av begreppet inte förutsebar mot bakgrund av den i branschen vedertagna tolkningen av det ofta förekommande begreppet klippbar. Den etablerade uppfattningen om kravet klippbar i branschen avseende sårprodukter är att produkterna inte ska läcka ut innehåll efter klippning.

Denna otydlighet har påverkat det konkurrensuppsökande skedet av upphandlingen, vilket betyder att upphandlingen på denna grund ska göras om.

#### *Risk för skada*

Bolaget, vars anbud var nästa lägst i pris efter BSN:s dito, riskerar att lida skada av myndigheternas agerande eftersom dess anbud skulle ha antagits om BSN:s anbud rätteligen hade förkastats. Vidare riskerar bolaget att lida skada av att myndigheterna har varit alltför otydliga i sitt obligatoriska krav vad gäller kravet på att produkten ska vara klippbar. Otydligheten har

fråntagit leverantörer möjligheten att lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud.

**Myndigheterna** bestrider bolagets yrkanden och anför i huvudsak följande. Upphandlingen strider inte mot någon av de grundläggande principerna, bakomliggande EU-rätt eller upphandlingslagstiftningen i övrigt.

Myndigheterna har genom uppställande av såväl generella som specifikt krav lämnat uppgift om vilka egenskaper som efterfrågas avseende sårförbanden. Med hänvisning till upphandlande myndighets betydande, om än inte oinskränkta, frihet att formulera förfrågningsunderlag och däri uppställda krav, kan det konstateras att något explicit krav om att sårförbanden inte får läcka *de facto* inte har uppställts. Upphandlingsunderlaget innehåller tillräcklig information om vad som kommer att utvärderas och hur bedömningen kommer att göras för att utvärderingen ska vara förenlig med principerna om transparens och likabehandling. Att leverantörer kan tolka upphandlingsunderlaget på olika sätt med hänvisning till branschstandard kan inte föranleda annan bedömning, varvid grund för ingripande mot upphandlingen saknas.

#### **DOMSKÄL**

Frågan i målet är om det finns skäl för ingripande i enlighet med bestämmelsen i 16 kap. 6 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU) på någon av de grunder som bolaget har anfört.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta om ingripande mot upphandlingen för de fall upphandlande myndighet har brutit mot någon av 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet ska iakttas.

*Frågan om skall-kraven varit uppfyllda*

Bolaget gör gällande att BSN ska uteslutas från anbudsprövningen då de offererade produkterna i produktgrupperna 158 och 159 enligt bolagets mening inte uppfyller samtliga i upphandlingen ställda obligatoriska krav, så kallade skall-krav.

I förfrågningsunderlaget punkten 1.4.4.1.1 anges som generella krav på sårförband bl.a. att ett förband ska skapa bästa tänkbara miljö för sårläggning, i allmänhet fuktig miljö, ha en uppsugande förmåga och kunna behålla sårvätskan i förbandet i förekommande fall, vara formbart även på svårbandagerade delar av kroppen, samt kännas behagligt för patientet och lindra smärta.

I förfrågningsunderlaget punkterna 110 och 111 anges som obligatoriskt krav att produkterna i produktgrupperna 158 och 159 bl.a. ska vara klippbara.

Av handlingarna i målet framgår att BSN har godtagit såväl de generella kraven i punkten 1.4.4.1.1 som kravet på klippbarhet i punkterna 110 och 111. Bolaget har samtidigt bifogat en produktbeskrivning i vilket det framkommer att de offererade produkterna inte primärt är tänkta att klippas.

Mot bakgrund av förfrågningsunderlagets ordalydelse och utformning finner förvaltningsrätten att kravet på klippbarhet inte kan anses innefatta andra egenskaper än att de offererade produkterna ska vara möjliga att klippa. Även om det av BSN:s produktbeskrivning framgår att de offerera-

de produkterna inte primärt är tänkta att klippas har bolaget inte visat att detta innebär att kravet på klippbarhet inte är uppfyllt. Bolaget har enligt förvaltningsrättens mening inte heller visat att BSN:s offererade produkter inte uppfyller de generella kraven som uppställs i punkten 1.4.4.1.1. Det saknas därför stöd för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU på den grunden.

*Förfrågningsunderlagets utformning*

Bolaget gör även gällande att det inte var förutsebart för en leverantör med intresse i upphandlingen att myndigheterna med begreppet klippbar endast avser att produkten ska kunna klippas i flera delar, oavsett hur delningen påverkar produktens egenskaper och prestanda.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU. Grundläggande är att alla leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (se bl.a. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2002 ref. 50).

Så som förvaltningsrätten konstaterat ovan kan kravet på klippbarhet inte anses innefatta andra egenskaper än att de offererade produkterna ska vara möjliga att klippa. Även om bolaget har uppfattat att kravet på klippbarhet omfattar andra egenskaper har det inte visat att förfrågningsunderlaget brister på sådant sätt att någon av de grundläggande principerna i LOU har trätts för när. Mot denna bakgrund och då annat inte har framkommit än att anbudsgivarna haft samma förutsättningar att utforma sina anbud finner förvaltningsrätten att det saknas stöd för ingripande även på denna grund.

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



Leif Gäverth

lagman

Målet har handlagts av föredraganden Petra Hedin.





# 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.

