

**KLAGANDE**

OneMed Sverige AB, 556764-4140

Ombud: Advokaterna Ulf Yxklinten och Nicklas Hansson  
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB  
Box 226  
201 22 Malmö

**MOTPART**

Landstinget i Värmland  
651 82 Karlstad

**ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten i Karlstads dom den 8 augusti 2014 i mål nr 336-14,  
se bilaga A

**SAKEN**

Offentlig upphandling

---

**KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

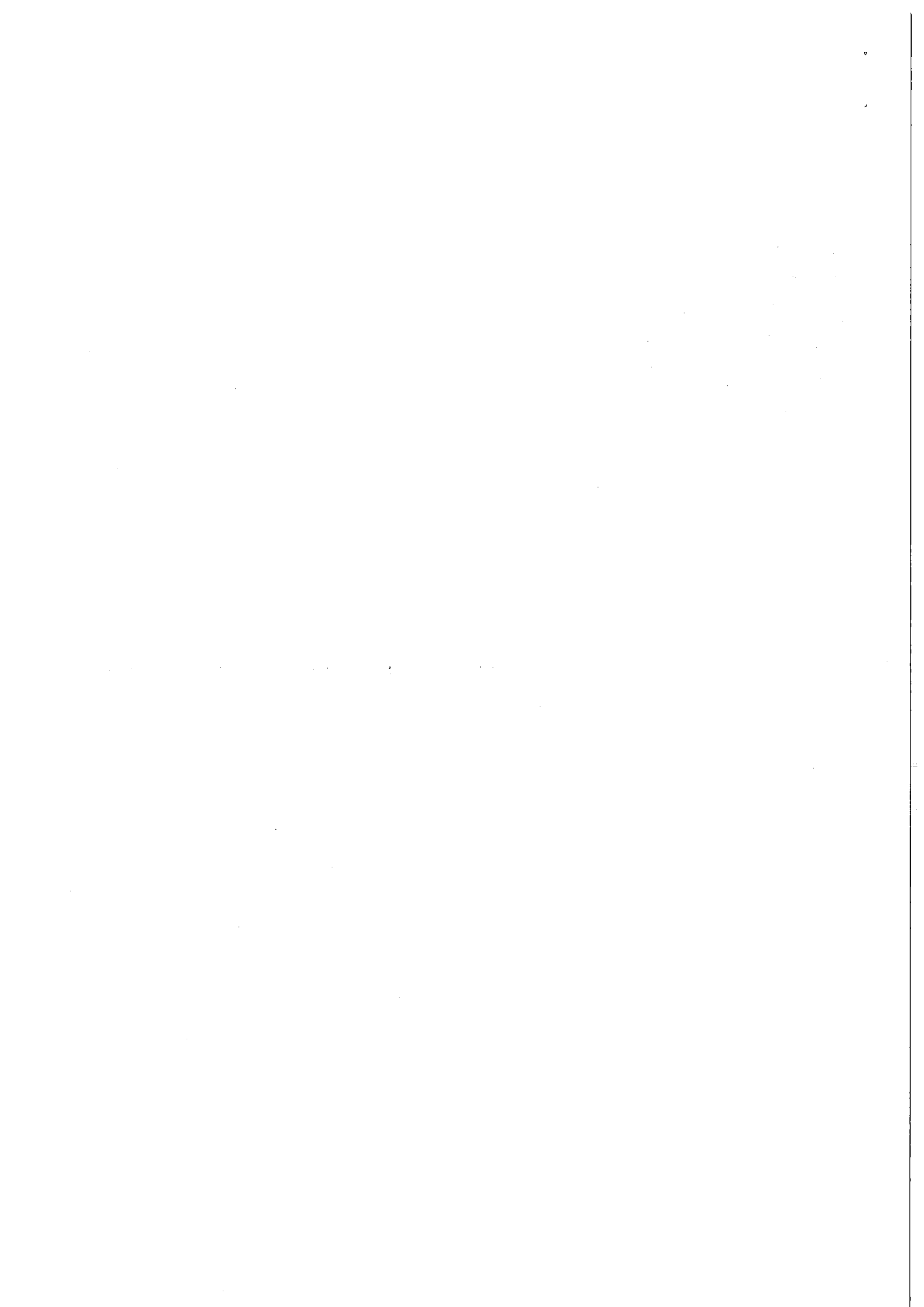
Kammarrätten avslår yrkandena om muntlig förhandling.

Kammarrätten upphäver förvaltningsrättens dom och beslutar att  
upphandlingen ska göras om.

---

**YRKANDEN M.M.**

*OneMed Sverige AB* yrkar i första hand att en ny utvärdering ska genomföras utan beaktande av anbudet från *Mediq Sverige AB* och i andra hand att upphandlingen ska göras om. *OneMed* yrkar också att kammarrätten ska hålla muntlig förhandling i målet.



OneMed anför följande. Mediqs anbud ska vid en korrekt tillämpning av lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, förkortad LOU, och dess bakomliggande principer uteslutas. Ska-kraven är tydliga och det är utrett att Mediqs anbud inte uppfyller de obligatoriska kraven på efterfrågade produkter. Landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen eftersom anbuden inte har blivit behandlade på samma sätt. OneMeds anbud uppfyller ska-kraven medan Mediqs anbud inte gör det.

Endast om det kan ha betydelse för skadebedömningen är en invändning mot sökande leverantörs anbud relevant. Landstinget har inte visat att det finns brister i OneMeds anbud.

Möjligheten för någon annan leverantör att ansluta sig till ramavtalet strider mot 5 kap. 2 § LOU. Det innebär att det inte är möjligt att förutse omfattningen av det upphandlade ramavtalet vare sig såvitt avser antalet avropsberättigade eller såvitt avser förväntade volymer och värden. Bristerna påverkar anbudsgivarnas möjlighet att avge optimala anbud och därmed tilldelas kontraktet.

Förvaltningsrättens slutsatser i fråga om avtalstidens längd är svåra att förstå. Den prövning som ska göras är om det upphandlade kontraktet avser ett projekt med behov av så stora investeringar att en längre avtalstid krävs för att täcka dessa investeringar. Det är landstinget som har bevisbördan för att det finns särskilda skäl för en avtalstid överstigande fyra år. Landstinget har konkretiserat påståendena om investeringar som skulle utgöra grund för en avtalstid om åtta år. OneMed bestrider att dessa investeringar skulle vara av sådan art att de kan läggas till grund för tillämpning av undantagsbestämmelsen som medger en avtalstid överstigande fyra år. De av landstinget åberopade investeringarna är normalt förekommande i varje affärssamarbete. Investeringarna kan användas samtidigt för verksamheten i övrigt och saknar därför den nödvändiga kopplingen till upphandlings-

1958

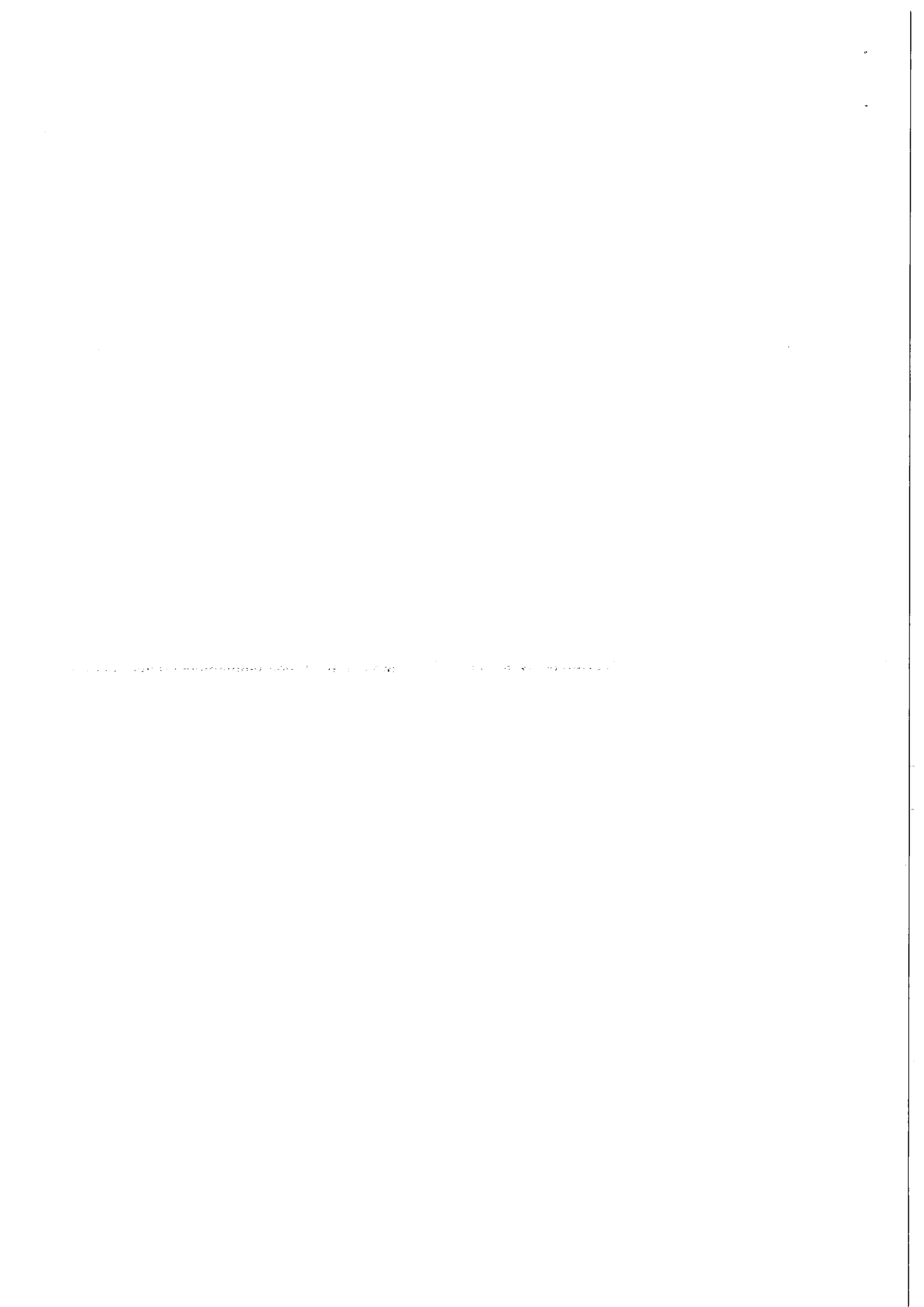
föremålet. Det finns också leasingmöjligheter och en begagnatmarknad, så investeringarna blir inte onyttiga när avtalet med landstinget har upphört. OneMed vitsordar inte en kostnad om 100 000 kr för integration med landstingets beställningssystem. En sådan kostnad är ett nödvändigt inslag i affärsverksamheten och kostnadsförs direkt. Rörelsekapital är nödvändigt i all verksamhet och kan aldrig definieras som en investering. Investeringarna utgör därför inte särskilda skäl för en ramavtalstid överstigande fyra år.

Villkoret om avtalstiden innebär att OneMed liksom övriga leverantörer utestängs från marknaden under en längre tid än vad som avses med bestämmelsen i 5 kap. 3 § LOU. Landstingets överträdelse av LOU är hänförlig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede och kan inte läkas genom rättelse. Upphandlingen bör mot denna bakgrund göras om.

Det är den upphandlande myndigheten som fullt ut ansvarar för en upphandlings laglighet. Det förhållandet att OneMed avstått från att under upphandlingsfasen påtala de brister och felaktigheter som nu görs gällande innebär inte att OneMeds anbud inte uppfyllt de obligatoriska krav landstinget ställt i upphandlingen.

*Landstinget i Värmland* anser att överklagandet ska avslås. Landstinget yrkar att kammarrätten håller muntlig förhandling.

Landstinget anför följande. Landstingets upphandling har inte skett i strid mot någon av de principer som anges i 1 kap. 9 § LOU. OneMed har inte lidit skada och kan inte heller komma att lida skada. OneMeds anbud uppfyller inte samtliga ska-krav. OneMed har offererat nonsensprodukter i stället för efterfrågade produkter. Vid flera positioner saknas den obligatoriska uppgiften om föremålen innehåller PVC och latex. Samma produkt har i strid mot ska-kraven offererats på flera positioner. Därutöver har OneMed erbjudit ett flertal produkter som inte är likvärdiga med de efterfrågade och brutit mot kraven om minsta leveransenhet. OneMeds



anbud brister i uppfyllnad av de obligatoriska kraven i förfrågningsunderlaget på samma eller liknande sätt som Mediqs anbud. Genom att inte utesluta något av anbuden har landstinget behandlat båda anbuden lika.

OneMed har i sin ansökan om överprövning på flera ställen anfört att olika punkter i förfrågningsunderlaget är otydliga. Det stämmer därför inte att förvaltningsrätten skulle ha tagit upp den frågan på eget initiativ. OneMed har inte visat på vilket sätt deras anbud skulle ha sett annorlunda ut utan påstådd brist i förfrågningsunderlaget. Leverantörerna har behandlats lika vid utvärderingen. OneMed har inte visat vilken skada de lidit eller riskerar att lida till följd av påstådd otydlighet i förfrågningsunderlaget.

Landstinget är en politikerstyrd organisation där den styrande majoriteten kan bytas ut vart fjärde år. Det innebär att inriktningen på vården kan skifta, exempelvis från vård i egen regi till privatisering. Landstinget vill kunna erbjuda privata vårdgivare som har avtal med landstinget att avropa från ingångna avtal. Det är en förutsättning för att landstinget ska kunna behålla kontinuitet i en god och patientsäker vård. Det var ett obligatoriskt krav att acceptera villkoren i den kontraktsmall som bifogades förfrågningsunderlaget. Genom att inte acceptera villkoret uppfyller OneMed inte ska-kraven och borde därför ha uteslutits.

Upphandlingen avser landstingets hela behov av materielförsörjning till ett beräknat värde av cirka 80 miljoner kronor per år. Därtill kommer resurser för kundservice, support och medverkan i sortimentgrupper, lagerhållning och plockning, packning och leverans. För uppdraget krävs stora ekonomiska resurser i form av lagerlokaler, lastbärare, rullcontainrar, truckar m.m., vilket för leverantörer som inte tidigare anlitas innebär investeringar till mångmiljonbelopp. Uppdraget medför stora organisatoriska kostnader för exempelvis projektledning, sortimentplanering, kundansvarig, nyrekrytering och därefter omplacering. Bedömningen måste ske utifrån de investeringar som måste göras av en

... ..



potentiellt helt ny leverantör på den svenska marknaden som har för avsikt att konkurrera om att tillhandahålla sjukvårdsmateriel till den offentliga och privata sjukvården. Det är då uppenbart att investeringsbehovet från det att spaden sätts i marken till dess att sjukvårdsmateriel kan levereras på den svenska marknaden är sådan att det är fråga om sådana investeringar som motiverar en avtalstid om åtta år.

Vid denna typ av avtal är det inte ovanligt med långa avtalstider. Det finns flera exempel, bl.a. ett avtal mellan Onemed och Landstinget i Västernorrland. Längre avtalstider kan främja konkurrensen i upphandlingar som kräver omfattande investeringar. I landstingets mall till kontrakt anges att avtalstiden är beräknad till 2014-02-01–2018-03-31 med option om förlängning två plus två år. Avtalets löptid har inte fastställts i något kontrakt. Upphandlingen står därmed inte i strid mot 5 kap. 3 § LOU.

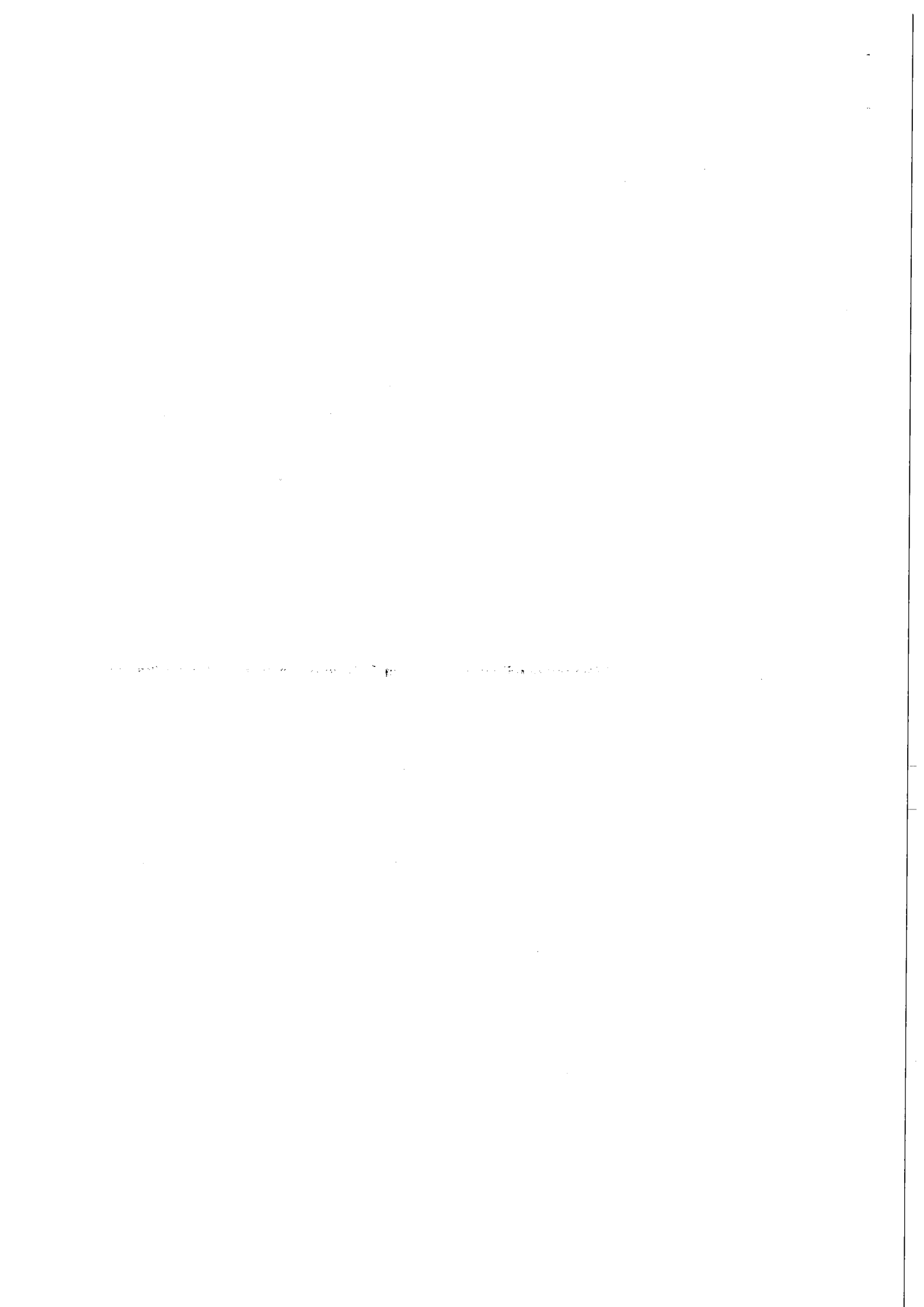
Upphandlingen har föregåtts av en s.k. RFI (request for information). OneMed har inom ramen för den inte haft några synpunkter på avtalstiden. OneMed har accepterat villkoren för upphandlingskontraktet i sin helhet. Om landstinget hade känt till OneMeds nuvarande ståndpunkt hade anbudet förkastats då det inte uppfyller samtliga ska-krav.

Om kammarrätten ändå skulle anse att avtalstiden står i strid med LOU är det en tillräcklig åtgärd att förordna om en annan avtalstid.

#### **SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE**

Landstinget i Värmlands upphandling avser ramavtal för materielförsörjning med en planerad avtalstid om fyra år med optioner om två plus två år.

Ett ramavtal får löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl, 5 kap. 3 § LOU.

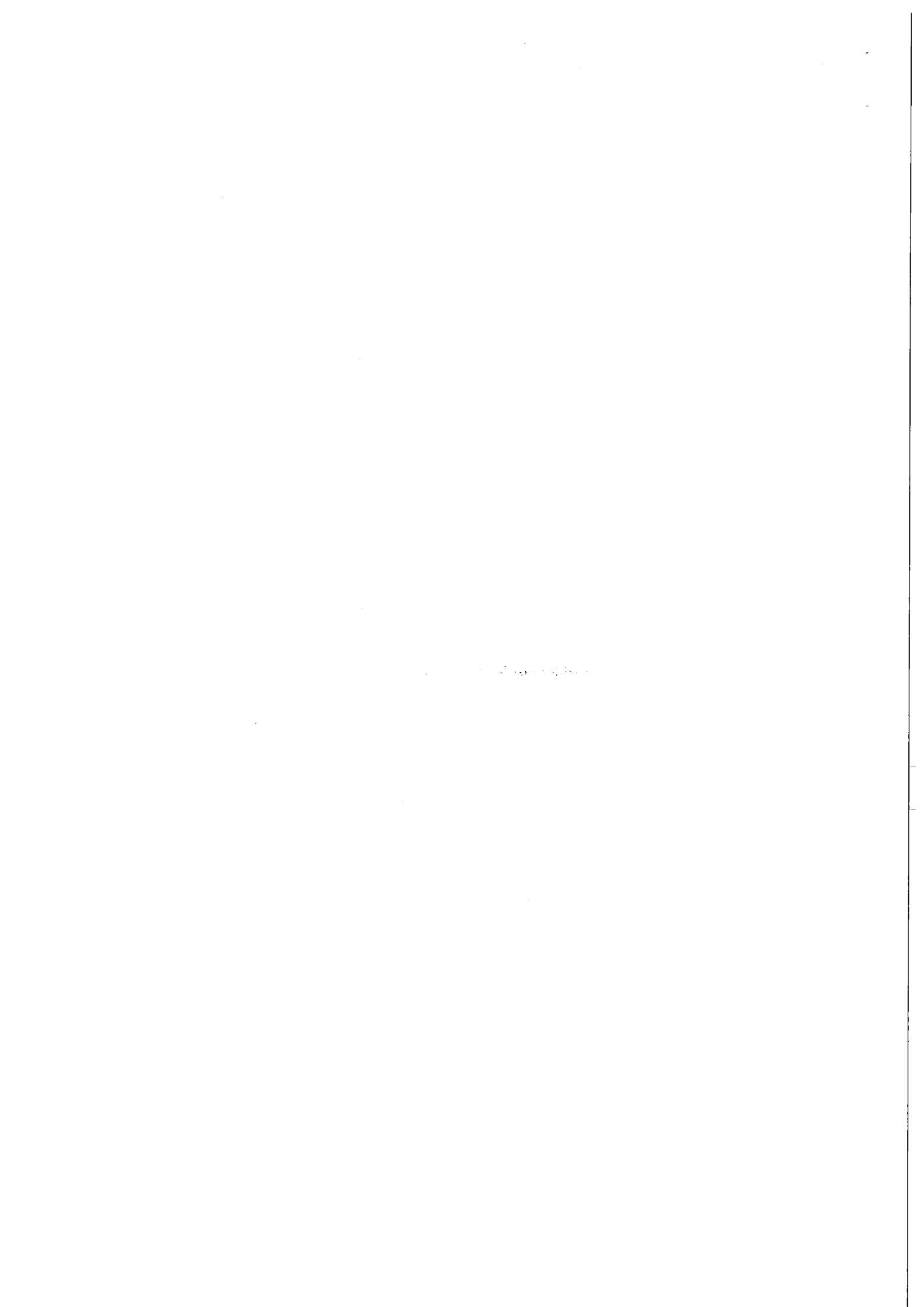


Enligt förarbetena (prop. 2006/07:128 s. 334) är det svårt att ge något exempel när bestämmelsen kan tillämpas. Det kan enligt regeringens mening vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören som ska betala sig under avtalstiden. Det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl för att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl ska vara hänförliga föremålet för upphandlingen.

Av förfrågningsunderlaget framgår att den tänkta avtalstiden är fyra år med möjlighet till förlängning två plus två år. Vid bedömningen av avtalstidens längd är det den totala möjliga avtalstiden om åtta år som ska bedömas.

Det upphandlade föremålet är förbrukningsvaror av standardkaraktär inom hälso- och sjukvården. Varorna i sig kräver inte omfattande investeringar på det sätt som avses i förarbeten och praxis. Utredningen visar inte att de av landstinget åberopade investeringskostnaderna är kopplade till upphandlingsföremålet, utan till leverantörernas kapacitet. Att ett företag kan behöva bygga upp eller utöka sin verksamhet för att kunna fullgöra ett upphandlingskontrakt kan inte utan särskilda skäl anses utgöra grund för en avtalstid överstigande fyra år. Det har inte kommit fram några särskilda omständigheter som i det här fallet ändå skulle motivera en sådan förlängning. Att andra upphandlande myndigheter har ingått avtal med längre avtalstider påverkar inte heller bedömningen. Landstinget har därför inte visat att det finns särskilda skäl för en avtalstid längre än fyra år. Den långa avtalstiden utgör då grund för ingripande.

Det är den upphandlande myndigheten som ska se till att LOU följs. De nu aktuella bestämmelserna är tvingande och kan inte förhandlas bort parterna emellan. Det finns inte heller någon s.k. stupstocksregel för när en



felaktighet måste påtalas för att göras gällande, annat än bestämmelser om överprovningen som sådan. Den omständigheten att OneMed vid en RFI inte har tagit upp avtalstidens längd utesluter inte möjligheten att få upphandlingen överprövad på den grunden.

Samtliga potentiella leverantörer, däribland OneMed, lider skada genom att inte ha möjlighet att konkurrera om kontrakt under den tid som överstiger fyra år.

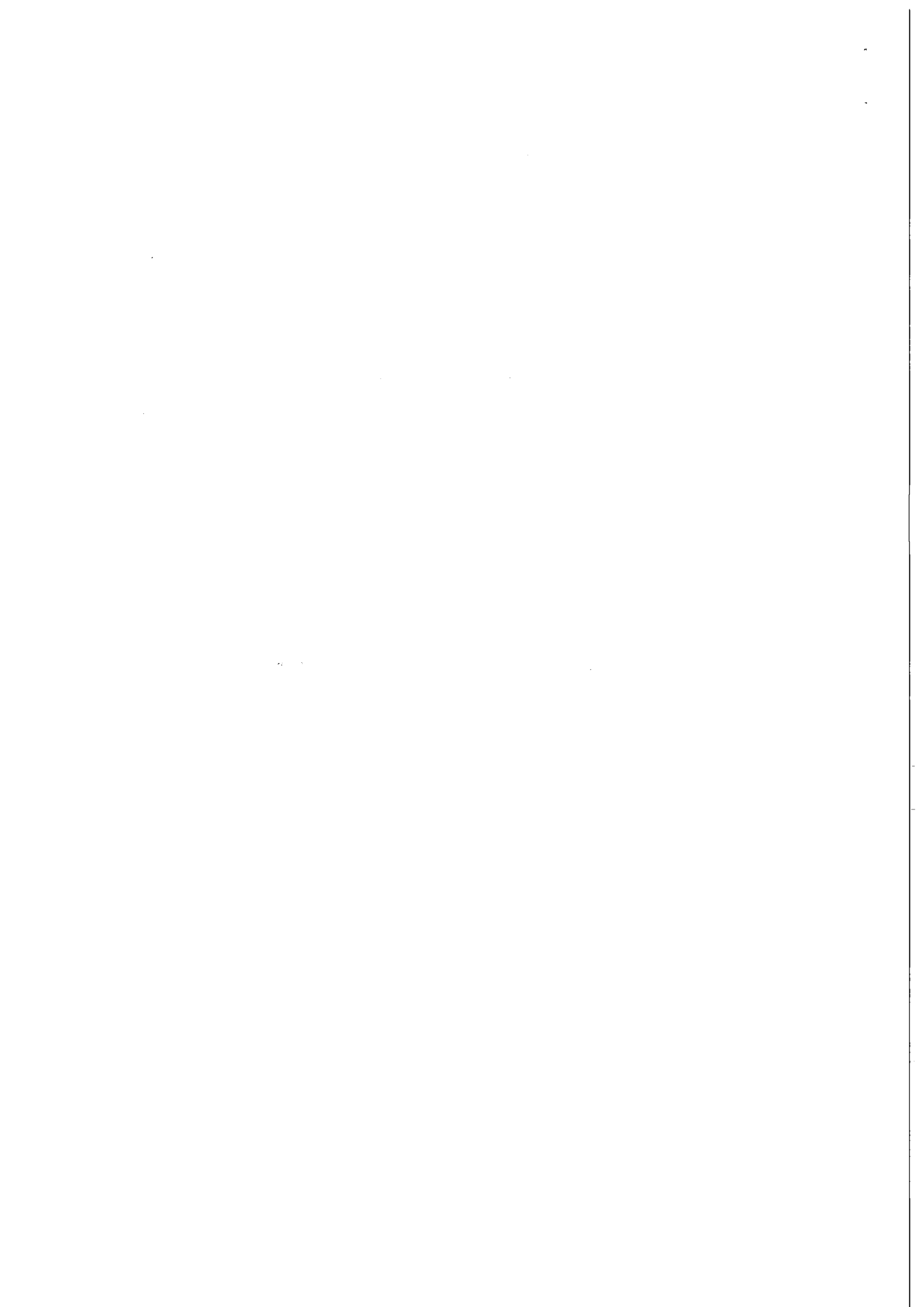
Felet har begåtts i det konkurrensuppsökande skedet och avtalstiden är ett sådant villkor som kan påverka priset i de lämnade anbuden. Rättelse genom en ny utvärdering är därmed inte en tillräcklig åtgärd, utan upphandlingen måste göras om.

Med den bedömningen saknas det anledning att pröva övriga grunder för ansökan om överprovning.

#### *Muntlig förhandling*

Kammarrätten ska hålla muntlig förhandling om någon enskild som för talan i målet begär det samt förhandlingen inte är obehövlig och inte heller särskilda skäl talar mot det.

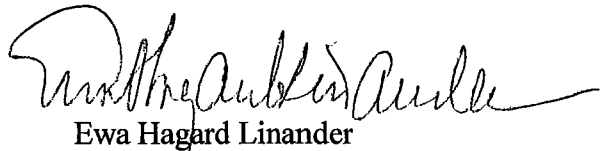
Landstinget har i kammarrätten hävdat att den vinnande leverantören haft kostnader förenade med uppdraget som varit av den art att de motiverat en längre avtalstid än fyra år. Landstinget har velat åberopa muntlig bevisning för att styrka kostnaderna. Kammarrätten ifrågasätter inte att Mediq haft de kostnader landstinget uppgett, men eftersom dessa kostnader inte bedöms vara kopplade till upphandlingsföremålet på ett sådant sätt att det kan inverka på avtalstidens längd, får en muntlig förhandling anses obehövlig. Landstingets yrkande om muntlig förhandling ska därför avslås.




Även OneMed har yrkat muntlig förhandling. Eftersom OneMeds talan bifalls är det även av denna anledning obehövt att hålla muntlig förhandling.

---

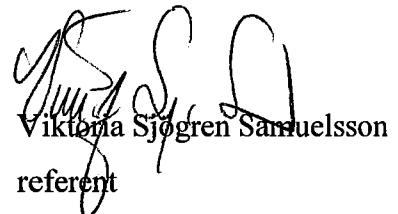
HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).



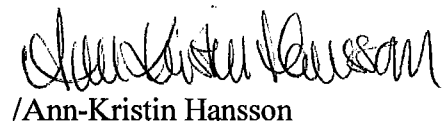
Ewa Hagard Linander



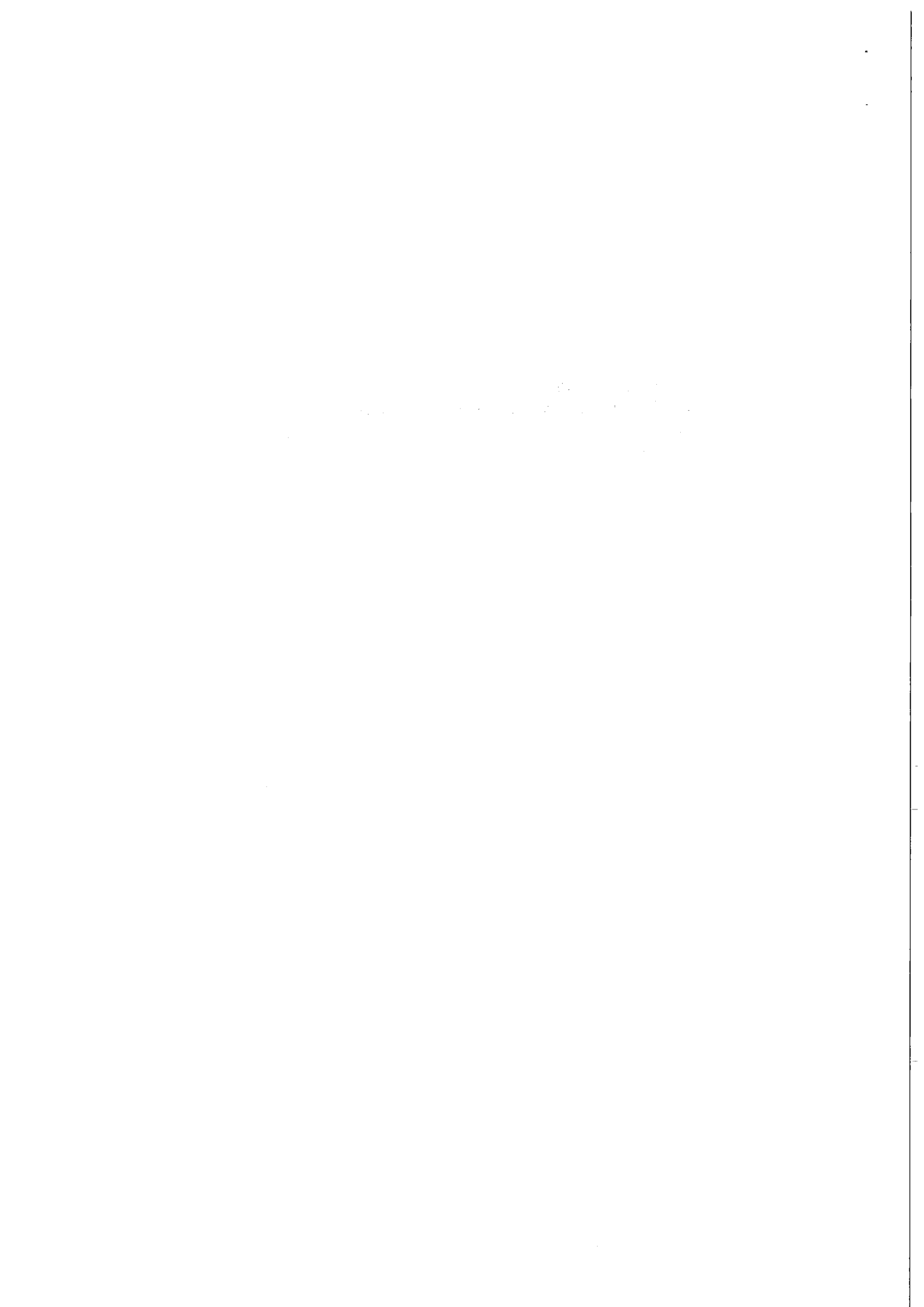
Birgitta Henriksson



Viktoria Sjogren Samuelsson  
referent



/Ann-Kristin Hansson







FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I KARLSTAD

DOM  
2014-08-08  
Meddelad i  
Karlstad

A.K.W

Sida 1 (12)

Mål nr  
336-14 E

**Bilaga A**

### SÖKANDE

OneMed Sverige AB, 556764-4140  
Box 50  
401 20 Göteborg

Ombud:  
Advokat Ulf Yxklinten  
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB  
Box 226  
201 22 Malmö

### MOTPART

Landstinget i Värmland  
651 82 Karlstad

### SAKEN

Offentlig upphandling

---

### AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår OneMed Sverige AB:s yrkande om att inhämta yttrande från Konkurrensverket avseende avtalstiden samt ansökan om överprövning i övrigt.

## BAKGRUND

Landstinget i Värmland genomför en offentlig upphandling av ett ramavtal avseende materielförsörjning med förbrukningsmateriel. I de administrativa föreskrifterna 1.1.1 anges att planerad avtalstid är den 1 februari 2014 (driftstart den 1 april 2014) till och med den 31 mars 2018 med optioner om två plus två år samt att det totala värdet för ingående varor och tjänster i denna upphandling under aktuell avtalsperiod inklusive optionsår beräknas uppgå till 640 miljoner kronor baserat på 2012 års inköpsvolym. Någon volym kan emellertid inte garanteras. Som tilldelningskriterium gäller det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till utvärderingskriterierna pris och miljö.

Vid anbudstidens utgång hade tre anbud kommit in och landstinget har beslutat anta anbudet från Mediq Sverige AB (Mediq). De övriga anbuden hade kommit från SIS Innovation HB som inte gått vidare till utvärdering samt OneMed Sverige AB.

## YRKANDEN OCH GRUNDER

**OneMed Sverige AB** (OneMed) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Mediq utesluts från utvärdering på grund av att det inte uppfyller föreskrivna skall-krav och i andra hand att upphandlingen ska göras om på grund av att avtalstiden är längre än fyra år utan att det föreligger särskilda skäl, att andra ännu inte kända avropare ska kunna avropa från ramavtalet samt att förfrågningsunderlaget är otydligt och motstridigt genom att punkten 4.1.1 i de administrativa föreskrifterna möjliggör för landstinget att anta anbud som inte uppfyller alla skall-krav vilket strider mot punkterna 2.1, 2.10 och 3.3 i de administrativa föreskrifterna. OneMed yrkar vidare att förvaltnings-

rätten avseende avtalstiden ska inhämta yttrande från Konkurrensverket om lagligheten av en avtalstid om maximalt åtta år.

**Landstinget** bestrider bifall till OneMeds ansökan på grund av att landstinget uppfyllt de krav som gäller för offentlig upphandling samt att inte heller OneMeds anbud uppfyllt alla skall-krav utan kvalificerats med stöd av 4.1.1 i de administrativa föreskrifterna. Vidare anser landstinget att OneMed inte visat att bolaget på grund av påstådda brister lidit eller riskerar att lida skada.

#### **PARTERNAS TALAN**

**OneMed** anför bland annat följande.

##### *Processramen*

Landstinget anser att de av OneMed påtalade bristerna i Mediqs anbud också återfinns i OneMeds anbud. OneMed bestrider att så är fallet men, och det är väsentligt, OneMeds anbud är inte föremål för överprövningsprocessen och OneMeds anbud och dess utformning saknar helt betydelse för frågan om Mediqs anbud brister på de sätt som OneMed gör gällande. Av landstingets inställning får läsaren intrycket att landstinget resonerar så att förvaltningsrätten och OneMed ska acceptera brister i Mediqs anbud under påstående att landstinget behandlat OneMeds anbud på samma felaktiga sätt, dvs. genomfört en prövning i strid med LOU också av OneMeds anbud. Det som är otillåtet enligt LOU kan aldrig läkas och bli tillåtet av det skälet att den upphandlande myndigheten genomfört anbudsprövning konsekvent i strid med LOU. Landstinget återkommer i dess resonemang till likabehandlingsprincipen och synes mena att det är tillåtet att bryta mot LOU under förutsättning att anbudsgivarna behandlas lika i detta avseende. Men som nyss sagts blir inte fel rätt av det skälet att felet upprepas på ett konsekvent sätt.

##### *Bristerna i Mediqs anbud*

Landstinget har uppställt ett antal obligatoriska skall-krav och angett att förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav (skall-krav). Vidare anges att dessa obligatoriska krav avser såväl krav på leverantören som på efterfrågade varor samt att förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. I bilaga till ansökan om överprövning har OneMed listat ett antal varor i Mediqs anbud som inte uppfyller uppställda obligatoriska skall-krav. Som OneMed uppfattar landstinget menar landstinget att de obligato-

riska kraven som uppställts för en del av de efterfrågade varorna saknar betydelse och att bristande uppfyllelse av obligatoriska skall-krav inte ska leda till diskvalifikation av anbudet. Landstinget menar i stället att en vara som offererats i strid med ett obligatoriskt skall-krav kan och ska ges ett belastningspris enligt punkt 4.1.1 i de administrativa föreskrifterna. OneMed bestrider att det är ett korrekt sätt att förstå förfrågningsunderlaget. Med landstingets inställning blir den ovan nämnda skrivningen i punkt 2.1 meningslös. I upphandlingen finns det ett antal produkter för vilka det uppställts produktspecifika skall-krav, t.ex. de som följer av de obligatoriska kraven i bilaga 2 Miljö- och arbetsmiljökrav. För flertalet efterfrågade produkter uppställs det emellertid inte några produktspecifika obligatoriska krav och för dessa produkter kan belastningspris enligt punkt 4.1.1 tillämpas om offererad produkt t.ex. inte är likvärdig med efterfrågad produkt. Det måste göras åtskillnad mellan offererad produkt som endast är icke-likvärdig med den produkt som efterfrågas jämfört med offererad produkt som dessutom brister avseende ett obligatoriskt skall-krav.

#### *Bristerna i förfrågningsunderlaget - avtalstiden*

I upphandlingen är avtalsperioden bestämd till fyra år med möjlighet till förlängning i fyra år, alltså åtta år sammanlagt. Landstinget som i förfrågan inte uppgett några särskilda skäl för detta har i yttrandet i svepande ordalag gjort gällande att det föreligger särskilda skäl med motiveringen att det för uppdragets utförande krävs investeringar på mångmiljonbelopp. Landstinget har inte heller underbyggt dess påstående att en avtalstid om åtta år är nödvändig. OneMed bestrider att det krävs mångmiljoninvesteringar på det sätt som landstinget angett. Upphandlingen riktar sig inte till den som avser att starta en materielförsörjningsverksamhet från grunden och även om den gjorde det kan inte investeringar i lagerlokaler och maskinpark anses vara sådana investeringar som utgör särskilda skäl i LOU:s mening.

#### *Otillåten anslutning i efterhand till ramavtal*

Enligt 5 kap. 2 § LOU är det endast part i ramavtalet som tillåts avropa. Avsteg från nämnda regel kan inte lagligen göras. Landstinget har i mallavtalet getts en möjlighet att i efterhand till ramavtalet såsom avropsberättigade ansluta juridiska personer som inte är parter i upphandlingen. Dessa eventuellt tillkommande juridiska personer är inte kända för anbudsgivarna. De situationer som landstinget beskriver i yttrandet innebär alla ett partsbyte, dvs. att tillkommande i nuläget okända juridiska personer blir parter i ramavtalet. Notera att avtalet ger möjlighet att ansluta privata vårdgivare liksom landstingsägda bolag (befintliga och ännu icke bildade). Samtliga beskrivna situationer innebär brott mot LOU och anslutning i efterhand till ett ramavtal.

#### *Frågan om OneMed lidit eller kan komma att lida skada*

Avtalstiden är oskäligt lång och innebär att marknaden stängs för konkurrens under onödigt lång tid. Om nu Mediq tilldelas upphandlingen lider OneMed skada eftersom bolaget inte ges möjlighet att efter fyra år konkur-

rera på nytt om upphandlingsföremålet. Vidare lider OneMed skada genom att en huvudkonkurrent genom det långa avtalet ges bättre ekonomiska förutsättningar än annars att konkurrera med OneMed i andra upphandlingar. Bestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU innebär ett förbud mot anslutning i efterhand till ett ramavtal. Mallavtalet innebär att ännu inte kända avropare skall kunna anslutas i efterhand. OneMed kan inte bedöma i vilken utsträckning det kommer att ske och underlaget brister i förutsägbarhet. Den bristen i transparens innebär att OneMed inte ges möjligheter att optimera sitt anbud. Risken är uppenbar att anbudsgivare riskerar att lägga ett för dyrt anbud och därmed lida skada av att man förlorar upphandlingen men skadan kan också bestå av att anbudsgivare lägger ett för billigt anbud och lider skada genom att få en sämre lönsamhet under avtalstiden. OneMed har i målet inte bara påstått utan också genom exempel visat påstådd skada på det sätt som är möjligt i målet.

**Landstinget** anför bland annat följande.

*Processramen*

Likabehandlingsprincipen upprätthölls genom att både OneMed och Mediq ansågs klara av utvärderingens s.k. kvalificeringsfas. Efter OneMeds begäran om överprövning har landstinget granskat anbuderna på nytt. Landstinget konstaterar då att de fel som OneMed i ansökan om överprövning påstår föreligger i Mediqs anbud föreligger även i OneMeds anbud i lika eller i liknande delar. Brister som föreligger vid anbudstidens utgång eller som upptäcks senare, i detta fall i samband med överprövningsprocessen, får inte bortses från utan ska beaktas, vilket betyder att anbud med brister ska förkastas oavsett när bristerna upptäcks. OneMed bör i så fall inse att om likabehandlingsprincipen ska upprätthållas måste även OneMeds anbud anses inte uppfylla landstingets alla krav. Eftersom ingen leverantör utesluts vid den ursprungliga anbudsutvärderingen så har leverantörerna i den del som avser de av OneMed påstådda bristerna i Mediqs anbud, och av landstinget nu påtalade brister i OneMeds anbud, behandlats lika. Landstinget åberopar en dom vid Kammarrätten i Göteborg den 15 januari 2014, mål nr 3244-13 och 3245-13. Domstolen fann att det inte är tillräckligt att en leverantör antagits i strid med ett skall-krav för att ingripande enligt LOU ska ske. Det krävs också att detta fel inneburit att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Varken bolaget x eller bolaget y i ovan nämnda mål vilka var de enda anbudsgivare som kvalificerade sig i upphandlingen har blivit uteslutna på den angivna grunden, (likabehandlingsprincipen, landstingets anm.). Den av OneMed åberopade processramen är därför sådan att om förvaltningsrätten finner att Mediqs anbud borde ha förkastats på de av OneMed angivna skälen får förvaltningsrätten inte bortse från landstingets invändning om att även OneMeds anbud borde ha förkastats av de skäl som framgår i landstingets förra yttrande och av vad som anförs i detta yttrande.

### *Mediqs anbud*

Landstinget bestrider att den av OneMed ingivna bilagan, (aktbilaga 10), med en lista på produkter som offererats av Mediq och som påstås inte skulle överensstämja med obligatoriska krav till alla delar är korrekt. De positioner i den av OneMed ingivna bilagan som inte omfattas av obligatoriska krav är positionerna 20.272, 13.41, 13.43, 15.73 och 15.95. Landstinget hänvisar till sitt förra yttrande s. 2-4 för motivering till varför dessa positioner inte omfattas av de obligatoriska krav som OneMed gör gällande. Eftersom OneMed påstår att landstinget i strid med ett antal obligatoriska produktspecifika krav antagit Mediqs anbud anför landstinget följande. Även OneMeds anbud har i så fall antagits i strid med ett antal obligatoriska krav. Därmed har båda leverantörerna behandlats lika. Landstinget kan i och för sig dela OneMeds uppfattning i det att det föreligger en skillnad mellan produkter som inte är likvärdiga med de produkter som efterfrågats jämfört med en offererad produkt som brister i avseende på ett obligatoriskt krav. Båda leverantörerna har vid denna bedömning av offererade produkter behandlats lika.

### *Avtalstiden*

Landstinget åberopar följande särskilda skäl för att anse att en avtalstid på mer än fyra år är tillåten i förevarande upphandling. En avtalstid på fyra år med möjlighet för leverantören att i sin kalkyl ta höjd för möjlighet till två plus två års förlängning hindrar inte konkurrensen utan är i stället ett verktyg för att utöka konkurrensen. Som Europeiska kommissionen uttalar är stora investeringskostnader en faktor som berättigar till en längre avtalstid än normalt för att få verklig konkurrens. Kammarrätten i Stockholm, dom den 26 maj 2013, mål nr 1583-13 hänvisar i sina domskäl till Europiska kommissionens tolkningsmeddelande avseende ramavtal (Explanatory note – Framework agreements – Classic Direktiv Document corresponding to document CC 2005/03 rev 1 of 14.7.2005 s.5.) som anger att undantag från fyraårsregeln skulle kunna komma i fråga för att försäkra sig om effektiv konkurrens i fall där föremålet för kontraktet krävt investeringar som har en avskrivningstid på mer än fyra år. Man hänvisar därvid till att utvecklandet av effektiv konkurrens på upphandlingsområdet är en av målsättningarna med direktiv på detta område. Kammarrätten i Göteborg, dom den 22 juli 2013, mål nr 3124-3127-13 hänvisar till samma tolkningsmeddelande och har i målet angett att avtalstider på överstigande fyra år är tillåtna. Denna upphandling avser landstingets hela behov av materieförsörjning till ett beräknat värde av ca 80 miljoner kronor per år. Därtill kommer resurser för kundservice, support och medverkan i sortimentsgrupper, lagerhållning och plockning, packning och leverans. För uppdragets utförande krävs stora ekonomiska resurser i form av t.ex. lagerlokaler, lastbärare, rullcontainrar, truckar m.m., vilket för inte tidigare avtalade leverantörer innebär investeringar på mångmiljonbelopp. Korta avtals- och avskrivningstider gynnar därför typiskt sett tidigare stora leverantörer som t.ex. OneMed som redan har en uppbyggd verksamhet och som tidigare

levererat till landstinget och i övrigt är finansiellt starkt. Vid denna typ av avtal är det inte ovanligt med långa avtalstider. Som exempel kan nämnas materielförsörjningen till Landstinget i Västernorrland där OneMed så sent som under hösten 2013 tecknade avtal för leveranser under sju års tid. För det fall att förvaltningsrätten ändå skulle finna den planerade avtalstiden stå i strid med 5 kap. 3 § LOU skulle en rättelse med förvaltningsrättens förordnande om annan avtalstid kunna vara ett alternativ till den åtgärd som OneMed anser vara enda möjliga åtgärd, nämligen att upphandlingen ska göras om.

#### *Anslutning till ramavtal*

Av landstingets mall för upphandlingskontrakt framgår följande vid punkt 2: "Leverantören åtar sig att till Landstinget i Värmland (landstinget), i förekommande fall till privata vårdgivare med vilka landstinget har avtal samt till landstingsägda bolag/förvaltningar, tillhandahålla och distribuera medicintekniska produkter (förbrukningsmateriel). I nuläget innefattas Torsby Frykcenter samt två (2) enheter inom Karlstad Universitet (tandhygienist- och sjuksköterskeutbildningen) i detta åtagande, men under den kommande avtalsperioden kan landstinget komma att teckna nya avtal där möjligheten skall finnas för landstinget att erbjuda avrop från ingångna avtal". I landstingets administrativa föreskrifter anges vid punkt 4.2 att leverantör ska acceptera villkoren i bifogad mall för upphandlingskontrakt i sin helhet. I sitt anbud har OneMed accepterat landstingets mall för upphandlingskontrakt i sin helhet, således inkluderat punkt 2. OneMed ändrar nu åsikt och påstår i stället att punkt 2 i mall för upphandlingskontrakt inte står i överensstämmelse med vad som anges i LOU. OneMed har dock inte redogjort för i vilket avseende landstingets skrivning skulle stå i strid med LOU. Landstinget anser att, om landstinget haft kännedom om OneMeds nuvarande ståndpunkt i fråga om skrivningen i punkt 2, så hade OneMeds anbud förkastats p.g.a. att anbudet inte ansetts uppfylla landstingets samtliga obligatoriska krav.

### **SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

#### *Tillämplig lagstiftning*

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § enligt lagen om offentlig upphandling (2007:1091), LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap.

6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 5 kap. 2 § LOU anges att kontrakt som grundar sig på ett ramavtal ska tilldelas enligt 4, 6 eller 7 §. Ett sådant kontrakt får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet.

Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

I förarbetena till 5 kap. 3 § LOU anför regeringen följande. Paragrafen motsvarar artikel 32.2 fjärde stycket i direktivet. Enligt den bestämmelsen får ett ramavtal "inte löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet". Det är oklart vad som menas med "vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet". Beaktandesats 11 ger ingen ledning vid tolkningen av bestämmelsen. Regeringen är i likhet med utredningen av uppfattningen att ett krav på att särskilda skäl skall finnas bör motsvara direktivets undantagsfall. Det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl skall vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. Utredningen har ansett att det är svårt att ange något exempel när bestämmelsen kan tillämpas. Enligt regeringens mening kan det vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att



det medför stora investeringar för leverantören vilka skall betala sig under avtalstiden. (Prop. 2006/07:128 sidan 334)

### *Förfrågningsunderlaget*

I de allmänna föreskrifterna anges bland annat följande.

## 2 UPPHANDLINGSFÖRESKRIFTER

### 2.1 OBLIGATORISKA KRAV (SKALL-KRAV)

Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav (skallkrav). Förutsättningen för att ett anbud skall kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på leverantören och anbudet som på efterfrågad vara.

### 2.10 HELT ELLER DELAT ANBUD

Anbud skall lämnas för hela det angivna behovet, d.v.s. samtliga positioner skall offereras/prissättas.

## 3 PRÖVNING AV ANBUD

### 3.2 PRÖVNING AV OBLIGATORISKA KRAV

Leverantörer prövas avseende obligatoriska krav som ställs på anbudet och på efterfrågade varor och tjänster.

### 3.3 UTVÄRDERING AV ANBUD

Under förutsättning av att inkomna anbud uppfyller kraven enligt ovan, kommer det anbud att antas som är det för Landstinget i Värmland ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till utvärderingskriterierna pris och miljö.

## 4 KOMMERSIELLA VILLKOR

### 4.1.1 Produkter

Produktpriser skall anges i produkt-/pristförteckning, bilaga tre (3) Excel 2003, per redovisade enheter i priskolumn S och T med fyra (4) decimaler. Alla positioner måste offereras, ingen position får lämnas tom. Endast en (1) produkt per position får offereras och endast en (1) gång i anbudet. Skulle anbudet innehålla tom position/positioner eller om offererad produkt inte bedöms likvärdig med referensprodukten, kommer landstinget att belasta positionen/positionerna med det i produkt- och pristförteckningen för respektive position angivna belastningspriset. Är offererad produkt annan än referensprodukten på grund av dagens miljökrav, sker ingen belastning.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten tar först ställning till frågan om prövningsramen för detta mål och OneMeds yrkande om att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Mediq ska uteslutas från utvärderingen. Av bland annat Kammarrätten i Göteborgs ovan angivna dom i målen nr 3244-13 och 3245-13 framgår att domstolen vid bedömningen av om en upphandlande myndighet underlåtit att utesluta en leverantör till skada för annan leverantör funnit att det ingår i prövningsramen att beakta om även den ansökande leverantören borde ha uteslutits eftersom det kan ha betydelse för skadebedömningen och tillämpningen av likabehandlingsprincipen mellan dessa leverantörer. Att invändningen i de målen om sökandeleverantörens bristfälliga anbud kommit från den leverantör vars anbud ifrågasatts och inte den upphandlande myndigheten vilket är fallet i detta mål innebär enligt förvaltningsrättens mening inte någon annan bedömning.

Det är ostridigt att Mediqs anbud inte uppfyllt alla skall-krav inklusive de skall-krav som OneMed och landstinget synes betrakta som produktspecifika skall-krav, såsom vissa miljökrav. Landstinget gör vidare gällande att även OneMeds anbud innehåller liknande brister avseende produktspecifika skall-krav, vilket OneMed bestrider. Enligt förvaltningsrättens mening möjliggör handlingarna i målet inte någon närmare bedömning i fråga om OneMeds eventuella brister. Förfrågningsunderlaget innehåller emellertid inte någon uppdelning mellan produktspecifika skall-krav som inte omfattas av 4.1.1. i de administrativa föreskrifterna och sådana krav som kan omfattas av den bestämmelsen. Vidare finns ett skall-krav på att alla positioner måste offereras och att ingen position får lämnas tom. Om så sker ska positionen belastas med ett belastningspris. Enligt förvaltningsrättens mening kan det förefalla märkligt om det skulle vara möjligt att lämna en position tom men inte ange en produkt som visserligen inte uppfyller skall-krav men som enligt 4.1.1. i så fall ska ges ett belastningspris. Angivna föreskrifter i för-

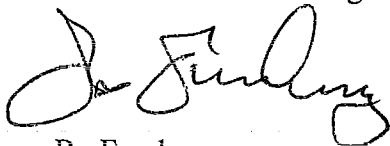
frågningsunderlaget är enligt förvaltningsrättens mening otydliga och i vissa delar motstridiga på ett sådant sätt att det inte vore möjligt att utesluta Mediq på den av OneMed angivna grunden även om det finns visst fog för OneMeds inställning. Förfrågningsunderlaget får därför i dessa avseenden anses oförenligt med principen om transparens. Då Mediq och OneMed enligt vad landstinget uppgett behandlats lika har OneMed emellertid inte visat att bolaget lidit eller riskerat att lida skada eftersom båda anbudena utvärderats, jfr kammarrättens dom i målen nr 3244-13 och 3245-13. Där emot hade möjligen den tredje leverantören som uteslutits för att enbart ha lämnat anbud på del av förfrågningsunderlagets positioner kunnat anses riskera att lida skada på grund av bristande likabehandling men det bolaget har inte fört talan mot upphandlingen. OneMed har inte heller visat att bolaget skulle ha utformat sitt anbud annorlunda om förfrågningsunderlaget varit tydligare.

Beträffande frågan om anslutning till ramavtalet kan avtalsvillkoret i mallen för upphandlingskontrakt i och för sig anses strida mot bestämmelsen i 5 kap. 2 § LOU om att kontrakt som grundar sig på ett ramavtal får slutas endast mellan en upphandlande myndighet och en leverantör som är part i ramavtalet. Å andra sidan är volymen i ramavtalet inte garanterad och en anslutning till ramavtalet från annan juridisk person kan även innebära minskade avrop från landstinget om detta beror på att verksamhet privatiseras. Mot den bakgrunden finner förvaltningsrätten att OneMed inte visat att villkoret haft någon betydelse för bolagets utformning av sitt anbud och tillkommande beställningar inom ramen för avtalet kan också vara till fördel om bolaget utsetts till leverantör eftersom en ökad volym bör leda till högre intäkter och vinster. Några ytterligare svårigheter att beräkna volymen bör inte heller anses föreligga då volymen under alla förhållanden är svår att bedöma och det ligger i sakens natur att en anbudsgivare måste vara beredd på variationer både uppåt och nedåt. OneMed har således inte visat att bolaget riskerat att lida skada till följd av avtalsvillkoret.

Vad gäller avtalstidens längd får de administrativa föreskrifterna 1.1.1 om planerad avtalstid tolkas så att det är tiden för driftstarten och fyra år framåt med option av ytterligare två plus två år som utgör den avtalstid som avses i 5 kap. 3 § LOU. Då avtalstiden får bedömas som åtta år är frågan om det finns särskilda skäl för längre tid än fyra år i den mening som avses i 5 kap. 3 § LOU. Förvaltningsrätten finner inte skäl att inhämta yttrande från Konkurrensverket och därför ska yrkandet om detta avslås. Av de domar landstinget åberopat avser Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 1583-13 ett landstings upphandling av tvätt- och textilservice i större omfattning än vad som nu är fallet och med i princip endast två aktörer utanför några landstings egna verksamheter och stora investeringar för den som skulle vilja komma in på marknaden. Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 3124-3127-14 avsåg en upphandling av avfallshämtning där investeringen i fordon måste skrivas av under avtalstiden. I nu aktuellt fall är det som anförts tre leverantörer som lämnat anbud och egentligen ingen av dessa som uppfyllt alla skall-krav. Konkurrensen får mot den bakgrunden anses som relativt begränsad och investeringarna för aktörer som avser att ta sig in på marknaden får även antas vara betydande. Under dessa förhållanden finner förvaltningsrätten att det förelegat särskilda skäl för landstinget att sätta avtalstiden till fyra år med option på ytterligare två plus två år. Sammantaget konstaterar förvaltningsrätten med hänvisning till vad som anförts att OneMeds ansökan om överprövning ska avslås.

#### ÖVERKLAGANDE

Denna dom kan överklagas. Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B LOU)



Bo Forsberg

## HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar *prövningstillstånd* om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om *prövningstillstånd* inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att *prövningstillstånd* bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få *prövningstillstånd*
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

