



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**  
2012-02-01  
Meddelad i  
Göteborg

Mål nr  
11226-11 E  
Enhet 2:2

**SÖKANDE**

B. Braun Medical AB, 556251-5170  
Box 110  
182 12 Danderyd

Ombud: Jur. kand. Mikael Dubois och Advokat Fredrik Linder  
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB  
Box 715  
101 33 Stockholm

**MOTPART**

1. Västra Götalandsregionen  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

2. Merit Medical System AB, 556708-4115  
Box 1485  
114 79 Stockholm

Ombud: Morvarid Dorkhan Nilsson  
Baker & McKenzie Advokatbyrå KB  
Box 180  
101 23 Stockholm

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten bifaller delvis ansökan på så sätt att upphandlingen ska rättas genom att Merit Medical Systems AB:s anbud ska diskvalificeras i positioner 60 och 120. I övriga delar avslår förvaltningsrätten ansökan.

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012 -02- 0 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

11226-11 E

**BAKGRUND**

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört en upphandling avseende Uppdukningssät för i huvudsak radiologi och kardiologi, SN472-2010. Ramavtal tecknas med tre leverantörer för specifik produkt eller produktgrupp med fri fördelningsnyckel av patientskäl. Av tilldelningsbeslut daterat den 27 september 2011 framgår att upphandlingskontraktet på en eller flera produktgrupper har tilldelats 3M Svenska AB, B. Braun Medical AB, Medline International Sweden AB/CareFusion Sweden AB, Codan Triplus AB, Merit Medical Systems AB, Mölnlycke Health Care AB och Vingmed Svenska AB. Av bilaga framgår att de i överprövningen aktuella positionerna i varierande grad har tilldelats tre av dessa bolag dock inte B. Braun Medical AB.

**YRKANDEN M.M.**

**B. Braun Medical AB** (Braun) ansöker om överprövning av beslutet och yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen avseende positionerna 60, 70, 80, 110, 120, 140, 160, 170 och 190 inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att anbud från Merit Medical Systems AB (Merit), Mölnlycke Health Care AB (Mölnlycke) och Vingmed AB (Vingmed) diskvalificeras. Till stöd för yrkandet anförs i huvudsak följande. Merit, Mölnlycke och Vingmed har inte uppfyllt skall-kravet i upphandlingen att Avtalet ska accepteras av anbudsgivaren. Att villkoren i avtalet ska accepteras av anbudsgivarna är viktigt dels för att det är omöjligt att på ett korrekt och rättvist sätt jämföra anbuden om avtalsvillkoren har accepterats i olika omfattning, dels för att offererade priser ofta är beroende av om och hur villkoren i avtalet måste uppfyllas. Därtill är det av betydelse för den upphandlande myndigheten att säkerställa att samtliga anbudsgivare accepterar villkoren i avtalet innan det ingås för att kunna fastställa vilket anbud som sammantaget är det bästa och för att förhindra att oenighet om avtalets

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

11226-11 E

innehåll uppstår. Merit har överbuvudtaget inte accepterat Avtalets innehåll, vilket uppenbart har haft väsentlig betydelse för deras möjlighet att offerera låga priser. Mölnlycke har reserverat sig mot villkor i Avtalet då de skrivit att "Avtalsmallen accepteras i sin helhet förutom punkt 12.1, Mölnlycke Health Care tillämpar ej valutajustering." Därigenom har Mölnlycke inte uppfyllt kravet att Avtalet ska accepteras och har på så sätt haft möjlighet att offerera låga priser. Följden blir att Mölnlycke inte är skyldig att sänka sina avtalspriser i det fall förändringar av valutakurser gör att Mölnlyckes kostnader sjunker. Vingmed har reserverat sig mot villkor i Avtalet genom förbehålla sig rätten att invända mot klausulen om priser vid eventuella kampanjerbjudande. Vingmed menar att avtalade priser ska gälla under avtalsperioden. Inte heller Vingmed har uppfyllt skall-kravet vilket har haft betydelse för deras möjlighet att offerera låga priser. Följden blir att Vingmed inte är skyldig att sänka sina avtalspriser i det fall att ett kampanjerbjudande skulle medföra lägre priser än de som offererats i upphandlingen. Merit, Mölnlycke och Vingmed har därmed lämnat sina anbud utifrån andra förutsättningar än andra anbudsgivare och anbuden kan därför inte jämföras på lika villkor med övriga anbud.

Av Anbudsinbjudan framgår att förfrågningsunderlaget är uppdelat i tre avsnitt och att dessa tre dokument skall besvaras, i dokumenten alternativt i anbudet med hänvisning till positioner eller genom accept av helt dokument. I Bilaga G3 under punkt 11 anges bl.a. att "Samtliga priser är angivna netto i svenska kronor (SEK) exklusive mervärdesskatt och inkluderar samtliga åtaganden enligt villkor [...]. Om Leverantörens priser under eventuella kampanjerbjudande under avtalsperioden, är lägre än avtalade priser skall det lägsta priset tillämpas." Vidare anges under punkt 12.1 bl.a. att "Om Leverantörens kostnader, inklusive valutakostnader, avseende produkt som omfattas av detta avtal skulle förändras med minst tre (3) procent jämfört med kostnaderna under offertmånaden, alternativt avtalets slutdatum, respektive senaste prisjusteringsdatum, skall vardera parten äga

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

11226-11 E

rätt att begära förhandling om justering av priset med ett belopp motsvarande kostnadsförändringen.”

Då Merit, Mölnlycke och Vingmed inte uppfyllt skall-kravet skulle VGR rätteligen ha förkastat deras anbud. VGR har genom att inte förkasta anbudet agerat i strid med Anbudsinbjudan och principerna om likabehandling och transparens i LOU. Till följd av VGR:s agerande har Braun kommit att lida skada eftersom Braun vid en korrekt upphandling skulle ha varit bland de tre leverantörer som offererat lägsta pris för fler positioner och därför ha antagits som leverantör avseende fler positioner i upphandlingen.

**Västra Götalandsregionen (VGR)** bestrider yrkandet och anför i huvudsak följande. VGR har inte brutit mot principerna om likabehandling och transparens. Upphandlingen har genomförts på ett korrekt sätt och Braun har inte visat att de kommer eller kan komma att lida skada. Den valda upphandlingsformen medger ej förhandling varför det är av stor vikt att alla krav och villkor enligt förfrågningsunderlaget följs och bästa villkor lämnas i anbudet. Efter att anbudet kommit in och utvärderats har VGR gjort den juridiska bedömningen att Merits anbud var acceptabelt i förhållande till förfrågningsunderlaget. Mölnlyckes påstådda reservationer är oväsentliga och påverkar inte utgången i upphandlingen i sin helhet. Formuleringen angående valutajustering i avtalet är en standardtext som alltid är med och som inte ska leda till att en anbudsgivare ska uteslutas ur upphandlingen. Vingmed har själva angett att avtalsmallen accepteras i sin helhet och att invändningen avseende avtalade priser bara var ett förslag och inte en reservation. Avtalade priser ska enligt Vingmed gälla under avtalsperioden. Det har således inte funnits anledning att förkasta anbudet.

**Merit Medical Systems AB (Merit)** har i yttrande anført i huvudsak följande. Brauns yrkande om rättelse bestrids. På grund av missförstånd och misstag har Anbudsinbjudan G1 inte bifogats Merits anbud. Detta ska dock

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

11226-11 E

inte tolkas som att Merit inte accepterat avtalsvillkoren i Avtalet G3. Rutan som ska ikryssas i GI kan lätt missuppfattas och tas för ett illustrerande exempel av hur svar ska lämnas. Det har således inte varit tydligt för anbudsgivarna att denna ruta måste kryssas i och skickas in. Merit har i alla övriga delar uppfyllt de i upphandlingen uppställda skall-kraven. De torde därför inte föreligga någon tveksamhet att Merit åtminstone implicit accepterat Avtalet. En diskvalificering av Merits anbud, på grund av misstaget att inte bekräfta accept av Avtalet G3, skulle utgöra en oproportionerlig påföljd.

**DOMSKÄL**

*Tillämpliga bestämmelser*

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 5 § LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 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.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Braun har inte påtalat att något eller några av skall-kraven i avsnitt G2 Kravspecifikation inte skulle vara uppfyllda utan vad som anförs är att avsnitt G3 Avtalsmall inte har godkänts alls eller på korrekt sätt av Merit,

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

11226-11 B

Mölnlycke och Vingmed. Av Inbjudan till anbudsgivning framgår att förfrågningsunderlaget är uppdelat i tre avsnitt; G1 Anbudsinbjudan, G2 Kravspecifikation och G3 Avtal. Direkt under denna skrivelse står följande: *Observera att ovanstående 3 dokument skall besvaras, i dokumenten alternativt i anbudet med hänvisning till positioner (där så erfordras) eller genom accept av helt dokument. Därunder finns sedan en möjlighet att kryssa i – ja eller nej – om alla tre dokumenten accepteras.*

När det gäller Merits anbud har denna möjlighet inte kryssats i. Inte heller har det på annat sätt i anbudet angivits att dokumenten accepteras. Genom att anta Merits anbud, trots att kravet på accept av samtliga dokument inte har uppfyllts, har VGR agerat i strid mot likabehandlingsprincipen. Eftersom Merit inte bekräftat att avtalet accepteras ska Merit därför uteslutas i de positioner det har haft betydelse för Braun. En sådan åtgärd kan i detta sammanhang inte anses som oproportionerlig då det, enligt förvaltningsrättens mening, klart och tydligt framgår att samtliga dokument på något sätt ska accepteras.

I Mölnlyckes anbud anges att avtalsmallen accepteras i sin helhet förutom punkt 12.1 avseende prisjusteringar, eftersom Mölnlycke Health Care inte tillämpar valutajustering. Av avtalet framgår bland annat att vardera parten har rätt att begära förhandling om leverantörens kostnader inklusive valutakostnader förändras med minst tre procent. Om begärd prisjustering inte skulle accepteras har part rätt att frånträda avtalet avseende aktuell produkt. Mot bakgrund av denna skrivelse kan förvaltningsrätten inte se hur Mölnlyckes reservation skulle påverka utgången. Dels finns inte något bärande argument för att lägre priser skulle kunna offereras på grund av reservationen, dels har parterna rätt att frånträda avtalet om de inte skulle komma överens efter en eventuell förhandling. Det skulle därmed strida mot proportionalitetsprincipen att diskvalificera Mölnlycke på den grunden.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I GÖTEBORG**  
Avdelning 2

**DOM**

11226-11 E

När det sedan gäller Vingmed har bolaget angett att avtalsmallen accepteras i sin helhet. Därefter har bolaget menat att avtalade priser ska gälla och invänt mot klausulen som hänvisar till att lägre priser ska gälla om leverantörens priser under eventuella kampanjerbjudanden under avtalsperioden har lägre priser än de avtalade. Förvaltningsrätten anser att Vingmed genom skrivelsen att avtalsmallen accepteras i sin helhet också är bunden av denna. Någon egentlig reservation är det inte fråga om och därmed finns inte heller skäl att diskvalificera Vingmed från upphandlingen.

Med beaktande av ovan anförda anser förvaltningsrätten att ansökan ska bifallas delvis och upphandlingen rättas på så sätt att Merit ska diskvalificeras på de positioner där Braun får anses ha lidit skada genom att inte ha blivit antagen som en av tre leverantörer. Vad förvaltningsrätten kan utläsa av utvärderingsprotokollet gäller det positionerna 60 och 120, i vilka Braun kommer att hamna på plats tre när Merits anbud diskvalificeras. I övriga yrkade positioner kan förvaltningsrätten inte se att Braun har lidit någon skada på bekostnad av Merits anbud och därmed finns inte heller anledning att angripa upphandlingen i de delarna.

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

  
Maria Jolfors Detert

Föredragande i målet har varit Carina Nithander.



## SVERIGES DOMSTOLAR

### HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten fratngår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU