



SÖKANDE

Hartmann-ScandiCare AB, 556366-9828
Box 21
334 21 Anderstorp

MOTPART

1. Landstinget i Uppsala län
2. Landstinget i Västmanlands län
3. Landstinget i Örebro län
4. Landstinget i Dalarnas län
5. Landstinget i Södermanlands län

Genom: Varuförsörjningen
Virdings allé 26 Hus 1 plan 3
751 85 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Landstingens i Uppsala, Västmanlands, Örebro, Dalarnas och Södermanlands län (genom Varuförsörjningen) upphandling avseende Polyuretanskumförband, Dnr VF 2010-0008

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrätternas i Uppsala och Karlstad interimistiska beslut den 6 december 2010 och den 7 december 2010 upphör härmed att gälla.

KONKURRENSVERKET	
2011-03-29	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

BAKGRUND

Landstingen i Uppsala, Västmanlands, Örebro, Dalarnas och Södermanlands läns, genom Varuförsörjningen, (nedan kallat landstingen) har genomfört en upphandling avseende Polyuretanskumförband, Dnr VF 2010-0008. I tilldelningsbeslut den 26 november 2010 meddelade landstingen beslut att anta anbudet från Mölnlycke Health Care AB (Mölnlycke).

Förvaltningsrätterna i Uppsala och Karlstad har genom interimistiska beslut den 6 december 2010 och den 7 december 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan förvaltningsrätten beslutat något annat.

YRKANDEN

Hartmann-Scandicare AB (bolaget) ansöker om överprövning av landstingens upphandling och yrkar i första hand att landstingen kvalificerar bolaget och deras produkt samt att bolaget går vidare till utvärderingsfasen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om med krav på funktion och inte på material. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Bolaget har blivit utesluten ur landstingens upphandling av polyuretanskumförband. Landstingen ställer krav på specifikt material i produkten. Bolaget anser att kravet på silikon strider mot 1 kap. 9 § LOU när det gäller proportionalitet. Deras produkt har samma funktion som en produkt med silikon. Landstingen borde ha ställt krav på funktionalitet. Det står inte att beskrivningen i sig är ett skallkrav. Landstingen har i artikelspecifikationen under benämning två angett silikonbeläggning och häftkant. Under detta i artikelspecifikationen står två skallkrav, anbudsgivaren skall kunna offera minst tre storlekar i förbanden i produktgruppen samt att förbanden skall vara duschbara. Bolaget uppfyller dessa två skallkrav. Trots detta gick bolaget inte vidare till utvärderingen på grund av att de inte har silikonbeläggning, vilket inte har skrivits som ett skallkrav utan har uppfattats som en funktionsbeskrivning. Landstingen påpekar nu att silikon är ett skallkrav, vilket är svårt att förstå av upphandlingen då övriga skallkrav är specificerade. Dessutom blir konkurrensen väldigt åsidosatt då det i dagsläget

så gott som bara finns en möjlig anbudsgivare som kan offerera. Bolaget har lidigt skada på grund av landstingets agerande.

Landstingen bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. Landstinget har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU, och då särskilt proportionalitetsprincipen. Kravet är inte heller konkurrensbegränsande. Landstinget anser att det var riktigt att utesluta bolagets anbud ur upphandlingen eftersom det inte uppfyllde skallkravet att produkten skulle ha silikonbeläggning. Att det var ett skallkrav i upphandlingen framgår klart av artikelspecifikationen till förfrågningsunderlaget. Det är inte möjligt att offerera produkter enligt pos. 1-7 om anbudsgivaren inte har en silikonbelagd produkt.

Inte heller är kravet på silikonbeläggning konkurrensbegränsande. Det finns en mängd aktörer på marknaden som kan sälja produkter med silikonbeläggning, såsom S&N, Advancis visa Abigo, Coloplast och BSN.

Kravet på silikonbeläggning strider inte heller mot proportionalitetsprincipen. Av EU-domstolens praxis framgår att bedömningen ska göras som en strukturerad bedömning mellan de motstående intressena. Landstingens intresse att uppställa ett krav på silikonbeläggning beror på hänsyn till de patienter som ska använda produkten, silikon är nämligen skonsamt mot känslig hud. Silikonytskikt har vetenskapligt visade egenskaper vad gäller bl.a. att minimera vävnadsskador vid användning av förband på patienter med känslig hud. Detta framgår av ett flertal vetenskapliga publicerade studier, bl.a. i World Union of Wound Healing Societies, Minimising pain a wound dressing-related procedures: "Implementation of pain relieving strategies". Denna studie är sammanställd av en oberoende grupp av sakkunniga som vart fjärde år publicerar ett antal dokument kring klinisk praktik, vilka tillmätts högt värde. Den studien som bolaget hänvisar till är icke jämförande och värdet av den är därför begränsat då den inte ställs i relation till förband med silikonbeläggning.

Det finns idag inte någon produkt utan silikonytskikt som bevisats ha bättre eller likvärdiga egenskaper för patienter med skör hud. Bolagets motstående intresse, att kunna lämna ett konkurrenskraftligt anbud i upphandlingen, begränsas inte av detta krav eftersom produkter med silikonbeläggning finns tillgängliga på marknaden. Eftersom bolagets intresse av möjligheten att lämna anbud i upphandlingen inte påverkas negativt av det underställda kravet på silikonbehäftning kan kravet inte bedömas strida mot proportionalitetsprincipen. Till yttrandet bifogar landstingen den ovan nämnda artikeln.

Bolaget anför vidare bl.a. följande. Landstinget har hänvisat till en studie gällande silikonens fördelar. Denna studie som är från 2007 är finansierad av Mölnlycke och i denna studie rekommenderar man endast att man ska vara försiktig vid val av omläggingsmaterial för smärtkänsliga patienter. Silikon som material har ingen läkande effekt utan ska endast göra så att det inte fastnar i såret. Bolaget hänvisar till en bifogad studie att hydrogele som deras produkt Hydrotac har som ytskikt fyller exakt samma funktion som silikon. Landstingen anför att det finns en mängd aktörer som kan sälja produkter med silikon. Det finns bara två producenter, Mölnlycke och Smith and Nephew som har varsin produkt.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas att upphandlande myndigheter ska 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 16 kap. 1 § första stycket LOU (i dess lydelse före 15 juli 2010) anges att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU (i dess lydelse före 15 juli 2010) anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om landstingen, i de avseenden bolaget påstått, brutit mot någon bestämmelse i LOU och de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna och om detta föranleder att upphandlingen ska rättas alternativt göras om. För ingripande från förvaltningsrättens sida krävs vidare att bolaget har, eller i vart fall riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än de som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten har först att ta ställning till om landstingen haft fog för sitt beslut att utesluta bolaget från utvärderingen. Bolaget å ena sidan har anfört att det inte kan anses vara ett skallkrav att produkten ska ha silikonbeläggning, utan att det måste uppfattas som en funktionsbeskrivning. Deras produkt har samma funktion som en produkt med silikonytskikt. Landstingen å andra sidan har anfört att det klart framgår av artikelspecifikationen till förfrågningsunderlaget att produkten skulle ha silikonbeläggning och det är därför uppenbart att det är ett skallkrav. Bolaget uppfyllde inte skallkravet att produkten skulle ha silikonbeläggning

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. I artikelspecifikationen anges det som ska offereras är polyuretanskumförband med silikonbeläggning och häftkant. Förvaltningsrätten finner att det av formuleringen i artikelspecifikationen på ett klart och tydligt sätt framgår att det ställs krav på silikonbeläggning. Den av bolaget offererade produkten, med en annan beläggning än silikon, uppfyller enligt förvaltningsrättens mening inte det aktuella skallkravet. Vad bolaget har anfört angående att kravet ska ses som ett funktionskrav ändrar inte förvaltningsrättens bedömning. Landstinget har därmed haft fog för sitt beslut att inte utvärdera bolagets anbud. Bolagets talan ska således inte vinna bifall på denna grund.

Förvaltningsrätten har då att ta ställning till huruvida det aktuella skallkravet strider mot proportionalitetsprincipen. Bolaget har anfört att det strider mot proportionalitetsprincipen att ställa krav på ett specifikt material i produkten och att det även är konkurrensbegränsande. Landstingen borde i stället ha ställt krav på funktionalitet. Deras produkt har samma funktion som en produkt med silikonytskikt. Landstingen har anfört att kravet på silikonbeläggning ställs med hänsyn till de patienter som ska använda produkten eftersom silikon är skonsamt mot känslig hud. Det finns inte någon produkt utan silikonytskikt som bevisats ha bättre eller likvärdiga egenskaper bl.a. vad gäller att minimera vävnadsskador vid användning av förband på patienter med känslig hud.

Proportionalitetsprincipen innebär att alla åtgärder som vidtas ska vara nödvändiga och lämpliga med hänsyn till det syfte som eftersträvas. Den upphandlande myndigheten får alltså inte ställa större krav på leverantören än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt med den aktuella upphandlingen. Kraven ska ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. Av EU-domstolens praxis fram-

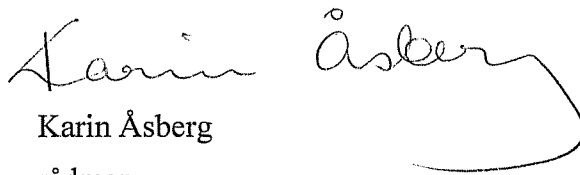
går att bedömningen ska genomföras som en ”strukturerad avvägning” mellan motstående intresse. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer föremålet för upphandlingen och den har vid krav på utformningen av produkten stor frihet. De krav myndigheten ställer upp får dock inte strida mot principerna om ickediskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster (jfr RÅ 2010 ref. 78).

Det av landstingen uppställda skallkravet gällande ytskikt av silikon avser att ta hänsyn till patienter med känslig hud, vilket utgör en del av produktens funktionalitet. Förvaltningsrätten finner att kravet är objektivt utformat och det framstår inte heller som godtyckligt eller obefogat. Landstingens upphandling har således inte brustit i förhållande till proportionalitetsprincipen vad gäller förevarande krav. Förvaltningsrätten finner vidare att upphandlingen inte har konkurrensbegränsande effekter.

Förvaltningsrätten finner således sammanfattningsvis att bolaget i målet inte har visat att landstingen vid upphandlingen har överträtt bestämmelserna i LOU eller de gemenskapsrättsliga principerna, varför det saknas skäl för ingripande. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om att i och med att de interimistiska besluten upphör att gälla, börjar en ny tiodagarsfrist att löpa. Fristen löper från dagen för domen, oavsett vad som anges om överklagandetid i besvärshänvisningen.

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


Karin Åsberg
rådman

Målet har handlagts av Maria Karlsson

