



<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2015-06-11	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>KSnr</b>	<b>Aktbil</b>

**SÖKANDE**

Heraeus Medical AB, 556550-5889

Ombud: Advokaten Martin Levinsohn och jur. kand. Mattias Setterwalls  
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB  
Box 4501  
203 20 Malmö

**MOTPART**

Västra Götalandsregionen  
Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

**SAKEN**

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

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen Höft och knäledsimplantat med tillhörande cement, dnr SN 362-2014, ska göras om avseende produktgrupp 14 cement.

Tidigare meddelat interimistiskt beslut upphör därmed att gälla.

Dok.Id 342359

**Postadress**  
Box 53197  
400 15 Göteborg

**Besöksadress**  
Sten Sturegatan 14

**Telefon**  
031 - 732 70 00

**E-post:** forvaltningsrattenigoteborg@dom.se

**Telefax**  
031 - 711 78 59

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

## BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en upphandling av *Höft- och knäledsimplantat med tillhörande cement*, dnr SN 362-2014. Enligt uppgifter i målet har VGR fattat tilldelningsbeslut den 24 februari 2015.

## YRKANDEN M.M.

**Heraeus Medical AB** (HMAB eller bolaget) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen avseende produktgrupp 14 cement ska göras om. HMAB anför i huvudsak följande.

Upphandlingen har skett i strid mot LOU genom att VGR justerat eller tagit bort tre obligatoriska krav. – Kravet avseende försäkring av konsignationslager har tagits bort efter synpunkt i frågor och svar den 4 december 2014 om att en leverantör inte kan teckna försäkring och ansvara för lager i sjukhusets lokaler. För bolagets del är krav på tecknande av försäkring av konsignationslager oskäligt kostnadsdrivande och innebär att bolagets möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud minskas kraftigt. Bolaget väljer på ett tidigt skede bort upphandlingar av denna typ. – I frågor och svar den 11 december 2014 ifrågasattes utformningen av punkt 11, påföljder vid fel och leveransförsening, i de allmänna villkoren för leverans av varor. Ifrågasättandet grundades bland annat på att villkoret innebar en merkostnad i anbudet, att villkorets effekter var svåra att kalkylera och att det förelåg svårigheter att leva upp till villkoret med hänsyn till compliance-frågor. I sitt svar meddelade VGR att den aktuella punkten undantas i det nya avtalet. Kravet i sin ursprungliga lydelse påverkade förutsättningarna för att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och medförde svårkalkylerbara risker för genomförandet av uppdraget. Även detta villkor har varit av sådant slag att bolaget inte varit intresserat av att delta i upphandlingen. Upphandlingen borde ha avbrutits i samband med att kravet utgick. –

Kravspecifikationen för bencement har förändrats efter synpunkter i frågor och svar den 4 december 2014 på att kravets ursprungliga lydelse skulle kunna ha konkurrensbegränsande effekt. VGR meddelade i sitt svar att punkt 14.1.1 i kravspecifikationen ändras från att blandning ska ske under vakuum till att blandning ska ske i ett slutet system. Bolaget tillhandahåller ett blandningssystem som svarar mot kravets ursprungliga lydelse. Bolagets möjlighet att lämna anbud i upphandlingen har därför inte påverkats av förändringen av kravet, särskilt som det redan, till följd av andra krav i det ursprungliga förfrågningsunderlaget, saknats förutsättningar för att bolaget skulle lämna anbud i upphandlingen. Förändringen kan dock ha medfört att potentiella anbudsgivare som endast erbjuder slutna blandningssystem avstått från att lämna anbud i upphandlingen. VGR borde därför självant ha avbrutit upphandlingen och därefter annonserat den på nytt.

Upphandlande myndigheter har möjlighet att förändra krav i förfrågningsunderlaget så länge dessa inte utgör väsentliga förändringar. I den mån en förändring är av väsentlig natur måste upphandlingen avbrytas och göras om. Genomgående i praxis framhålls att en förändring av villkoren i ett förfrågningsunderlag är väsentlig om förändringen kan anses ha medfört att det funnits potentiella leverantörer som avhållit sig från att lämna anbud på grund av det aktuella avtalsvillkorets ursprungliga utformning men som, om de haft kännedom om avtalsvillkorets slutliga utformning, hade varit intresserade av att delta i upphandlingen. Förändringar av villkor som kan anses ha haft sådan avhållande effekt utgör således väsentliga förändringar, och upphandlande myndigheter är i en sådan situation i princip skyldiga att avbryta den pågående upphandlingen och påbörja en ny upphandling. Förändringar av skallkrav utgör väsentliga förändringar.

De aktuella kraven har varit av väsentlig betydelse för bolaget och övriga potentiella anbudsgivares intresse och möjlighet att lämna anbud. De ursprungliga kraven var kostnadsdrivande och medförde svårkalkylerade

risker för genomförandet av uppdraget. Förändringarna har endast meddelats i form av en annonsering inom ramen för den pågående upphandlingen. Bolaget och övriga potentiella anbudsgivare har därigenom inte fått kännedom om att villkoren i upphandlingen förändrats, varvid bolaget har missat att det uppkommit förutsättningar för bolaget att lämna ett konkurrenskraftigt anbud, eftersom bolaget hade slutat att bevaka upphandlingen. VGR:s agerande strider mot transparens- och likabehandlingsprinciperna. Bolaget har därför lidit skada till följd av VGR:s agerande och upphandlingen ska göras om.

VGR bestrider bolagets yrkande och anför i huvudsak följande.

VGR har inte brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU som medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Av såväl det ursprungliga som det justerade ramavtalet framgår att cement (produktgrupp 14) hanteras via VGR:s egen depå, Sisjödepån. De aktuella kravet avseende konsignation är därför inte tillämpligt avseende cement. Den justering som har gjorts har således saknat betydelse för den del av upphandlingen som är föremål för prövning.

Justeringen gällande leveransvillkor innebär visserligen en lättnad i leverantörens skyldigheter enligt avtalet men ändringen kan knappast anses innebära att avtalet till sin art skiljer sig väsentligt från det kontrakt som ursprungligen annonserades. Inte heller kan justeringen anses medföra att ytterligare anbudsgivare skulle velat delta i upphandlingsförfarandet. Bolaget är VGR:s nuvarande leverantör och borde haft bäst förutsättningar att bedöma vilken potentiell risk det aktuella kravet innebär för leverantören. Bolagets möjlighet att lämna anbud i upphandlingen har därför inte påverkats av att avtalsvillkoret har justerats. Det justerade avtalsvillkoret publicerades den 11 december 2014, dvs. 41 dagar innan anbudstidens utgång.

Potentiella anbudsgivare har således getts goda förutsättningar att utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

Gällande förändring av krav avseende bencement har bolaget ett blandningssystem som svarar mot kravets ursprungliga och justerade lydelse. Bolagets möjlighet att lämna anbud i upphandlingen har inte påverkats av det delvis förändrade kravet. Detta synes vara ostridigt mellan parterna och under sådana omständigheter saknas det betydelse om den gjorda justeringen utgör en väsentlig förändring, vilket bestrids, eller inte. Eftersom bolaget varken lidit eller kan komma att lida skada av den gjorda justeringen saknas förutsättningar för rättens ingripande och bolagets ansökan ska avslås även på denna grund.

#### SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

##### *Tillämpliga bestämmelser*

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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår 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 har 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*

I LOU saknas detaljerade bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering i förfrågningsunderlaget. En åtgärd som innebär att förfrågningsunderlaget ändras under pågående upphandling får därför bedömas enligt de allmänna principer som upphandlingslagstiftningen bygger på och som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. En förändring som innebär väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget kan inte anses vara tillåten.

I målet är ostridigt att de krav som redogjorts för ovan har ändrats. Förvaltningsrätten konstaterar att i såväl det ursprungliga som det uppdaterade avtalet klart och tydligt framgår att cement är undantaget konsignation och hanteras via Sisjödepån. Eftersom aktuell överprövning endast rör produktgruppen cement kan en förändring av konsignationskravet inte innebära en sådan väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget som bolaget anför.

Kravet rörande påföljder vid fel och leveransförsening har tagits bort ur upphandlingen. Detta innebär bland annat att det inte längre finns en skyldighet att stödköpa godkänd produkt från annan leverantör i det fall VGR kräver en omleverans och detta skulle leda till kortare leveranstid, eller att leverantören ska stå för merkostnaden för stödköp som VGR gör. VGR har själva anför att detta innebär en lättnad i leverantörens skyldigheter enligt avtalet. Mot denna bakgrund anser förvaltningsrätten att borttagandet av det aktuella kravet innebär en sådan väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget som inte är tillåten. Vidare har kravet rörande blandningssystem ändrats. Förändringen av det ursprungliga kravet som innebar att blandning skulle ske under vakuum till att blandning ska ske i ett slutet system kan anses vara en lättnad gällande kravuppfyllelse. Även denna förändring är

enligt förvaltningsrättens mening en sådan väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget som inte kan anses vara tillåten enligt LOU.

För att upphandlande myndighet ska tillgodose likabehandlings- och transparensprinciperna är det inte tillräckligt att upphandlande myndighet, så som i aktuellt fall, endast publicerar väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget i en komplettering inom ramen för den pågående upphandlingen. Upphandlande myndighet måste i dessa fall formellt avbryta den pågående upphandlingen och påbörja en ny upphandling genom att publicera ett meddelande om den nya upphandlingen. Förändringarna av villkoren i förfrågningsunderlaget kan ha medfört att det har funnits leverantörer som avhållit sig från att ge in anbud. De förändringar som VGR har gjort får därför anses innebära att VGR har brutit mot likabehandlings- och transparensprinciperna (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 2 juni 2010 i mål nr 1132-10).

Förvaltningsrätten har härfter att pröva om bolaget har lidit eller riskerat att lida skada på grund av VGR:s agerande. Avseende kravet på hur blandning ska ske av cement är det ostridigt i målet att bolaget uppfyller såväl det ursprungliga som det justerade kravet. Bolaget kan därför inte anses ha lidit någon skada av den förändring av kravspecifikationen som har skett.

Bolaget har dock också anfört att det inte lämnat in något anbud med utgångspunkt från de ursprungliga villkoren gällande påföljder vid fel och leveransförsening. VGR:s förfarande genom att ha ändrat villkoren och endast annonserat förändringarna inom ramen för upphandlingen har inneburit att bolaget i vart fall riskerat att lida skada. Förvaltningsrätten anser inte att det förhållandet att bolaget är VGR:s nuvarande leverantör medför

en annan bedömning. Den aktuella bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och kan därför inte åtgärdas på annat sätt än att upphandlingen ska göras om.

Tidigare meddelat interimistiskt beslut upphör därmed att gälla.

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Markus Zander.





# 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. 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.