



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2016-06-27
Meddelad i
Växjö

Mål nr
864-16

SÖKANDE

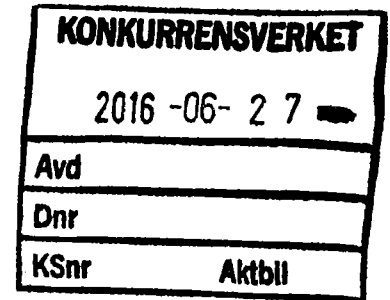
Vita Verita AB, 556705-9943
Västra Rydsvägen 138
196 31 Kungsängen

MOTPART

Landstinget i Kalmar län
Upphandlingsenheten
Box 601
391 26 Kalmar

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Vita Verita AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 137287

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se
www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Kalmar län (landstinget) har genomfört en direktupphandling av absorptionsdukar. Enligt tilldelningsbeslutet den 4 mars 2016 inkom två anbud. Annat bolag än Vita Verita AB tilldelades genom tilldelningsbeslutet uppdraget.

Vita Verita AB ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen görs om. Vita Verita AB anför bl.a. följande. Landstinget har genomfört en ramavtalsupphandling avseende operationsprodukter under 2014. Tilldelningsbeslut fattades 30 april 2014. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande. Vita Verita AB ansökte om överprövning av upphandlingen. Förvaltningsrätten beslutade att upphandlingen skulle göras om avseende produktgrupp 38 position 68 samt produktgrupp 39 position 69. Upphandlingen har nu gjorts om, men har genomförts som en direktupphandling. Landstinget har handlat i strid med lagen om offentlig upphandling (LOU) och det bakomliggande direktivet när de har bytt förfarande från öppet förfarande till en direktupphandling. Den enda rimliga tolkning av LOU innebär att den ursprungliga tröskelvärdesberäkningen ska ligga till grund för vilket förfarande som ska användas vid den nya omgjorda upphandlingen. Att det nu föreligger ett ramavtal för de övriga produkterna i den ursprungliga ramavtalsupphandlingen förändrar inte det samlade kontraktsvärdet för de produkter som ansågs och förfarande bör anses vara av samma slag. Flera av de produkter som upphandlades i den ursprungliga upphandlingen och de produkter som nu direktupphandlats kan tillhandahållas av samma leverantör. Den ursprungliga upphandlingen avser operationsprodukter. I en bred definition skulle produkterna kunna anses vara av samma slag eftersom produkterna är tänkta att användas vid samma tillfällen. Direktupphandlingen bryter mot 1 kap 9 § LOU, vilket bl.a. innebär att leverantörer ska likabehandlas och transparens ska iakttas. Vita Verita AB:s skada uppkommer eftersom den genomförda direktupphandlingen är

summarisk avseende vilken utvärderingsmetod som ska användas. Vita Verita AB utesluts godtyckligt i direktupphandlingen. Bolagets produkter skulle inte ha uppfyllt ställda skall-krav avseende absorption. Det är omöjligt att avgöra huruvida testet som utförts har genomförts på ett likvärdigt sätt för konkurrerande produkter. Vidare saknas uppgifter om vilket specifikt skall-krav som bolaget inte uppfyllt. Om landstinget tecknar kontrakt i enlighet med tilldelningsbeslutet kommer Vita Verita AB att lida skada så som beskrivs i 16 kap. 4 § LOU.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts helt i enlighet med LOU och vad som stipuleras i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen har genomförts som en direktupphandling. Skälet till detta är att det totala värdet av upphandlingen markant understiger lagstadgad direktupphandlingsgräns. Förvisso gjordes den ursprungliga upphandlingen som ett öppet förfarande med anledning av att den innehöll ett stort antal ytterligare produktgrupper med helt andra varor än just absorbtionsdukar. Exempel på produkter från upphandlingen var påsar, spolaggregat, elektroder och filter. Absorbtionsdukarna är inte av samma slag av vara som övriga produkter där avtal kunde tecknas i den delvis överprövade upphandlingen, även om samordning skedde för att dra nytta av administrativa fördelar. Leverantörer som saluför just absorbtionsdukar som används i samband med operationer har typiskt sett inte övriga produkter i sortimentet som saluförs av andra leverantörer och omfattades av den ursprungliga upphandlingen och vice versa. Endast två leverantörer lämnade anbud i produktgruppen 38 position 68 och produktgrupp 39 position 69. Vita Verita AB var en av dessa anbudsgivare. De två anbudsgivarna inkom inte med anbud i några andra produktgrupper än produktgrupperna för just dukarna. Varje ny upphandling är en egen unik upphandling utan koppling och bäring till vad som upphandlats tidigare. Det var korrekt att utesluta Vita Verita AB då det inte uppfyllde samtliga obligatoriska skalkrav. I tilldelningsbeslutet redogjorde landstinget utförligt varför Vita Verita

AB:s anbud inte ansågs uppfylla samtliga ska-krav. Vita Verita AB har inte lidit eller riskerat att lida någon skada i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU med anledning av att upphandlingen har genomförts som en direktupphandling. Landstinget har haft fog för att förkasta Vita Veritas anbud med anledning av att offererade produkter inte uppfyllde det obligatoriska kravet att vara avsedda för användning i operationsmiljö. Den omtvistade uteslutningsgrunden får anses vara tillräckligt tydlig för att en normalt omsorgsfull och aktsam anbudsgivare ska kunna avge ett konkurrenskraftigt anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Är landstinget bunden av sin tidigare vald upphandlingsform?

En upphandlande myndighet väljer själv om en upphandling ska genomföras och då också för vilken tid (avtalsperiod) och till vilket värde detta ska göras. Värdet av ett kontrakt ska uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet, medräknat options- och förlängningsklausuler samt de premier och ersättningar som den upphandlande myndigheten planerar att betala, 3 kap. 3 § LOU. Om värdet understiger tröskelvärdet får direktupphandling ske. Bestämmelserna i 15 kap. LOU ska då tillämpas.

En domstols dom med förordnande att en upphandling ska göras om innebär att upphandlingen inte får slutföras (jfr RÅ 2005 ref. 17). Något särskilt beslut om avbrytande krävs inte av den upphandlande myndigheten. Det är då också rimligt att den upphandlande myndigheten på nytt överväger behovet av en ny upphandling och formerna för denna, utifrån avtalsperiod, upphandlingsvärde och övriga omständigheter (jfr Kammarrättens i Göteborg dom den 3 februari 2012 mål nr 6393-11).

Förvaltningsrätten anser att utgångspunkten för bedömningen måste vara att landstinget, efter förvaltningsrättens dom den 16 juli 2014 i mål nr 1585-14 med förordnande att landstingets upphandling av operationsprodukter såvitt avser produktgrupp 38 med position 68 och produktgrupp 39 med position 69 ska göras om, inte är bunden av sitt tidigare val av upphandlingsform. Det måste stå landstinget fritt att återigen se över sitt behov av absorptionsdukar och på vilket sätt de i så fall ska anskaffas. Mot den bakgrunden kan direktupphandlingen inte anses som ett kringgående av LOU:s bestämmelser.

Är upphandlingarna av samma slag?

En direktupphandling får genomföras i enlighet med 15 kap. 3 § LOU d.v.s. om kontraktets värde uppgår till högst 28 procent av det tröskelvärde som avses i 3 kap. 1 § första stycket 2 och andra stycket. Vidare får direktupphandling användas i tillämplig omfattning i de fall förutsättningarna för förhandlat förfarande utan föregående annonsering som avses i 4 kap. 5-9 §§ är uppfyllda eller om det finns synnerliga skäl.

Enligt 15 kap 3 a § LOU ska värdet av ett kontrakt uppskattas till det totala belopp som ska betalas enligt kontraktet. En upphandling får inte delas upp i syfte att kringgå bestämmelserna i LOU. Vid beräkningen ska options- och förlängningsklausuler beaktas som om de utnyttjats. Vid beräkningen ska den upphandlande myndigheten beakta direktupphandlingar av samma slag gjorda av myndigheten under räkenskapsåret.

I målet har Vita Verita AB bl.a. gjort gällande att den ursprungliga tröskelvärdesberäkningen ska ligga till grund för vilket förfarande som ska användas vid den nya omgjorda upphandlingen. Vita Verita AB anför att flera av de produkter som upphandlades i den ursprungliga upphandlingen och de produkter som nu direktupphandlats kan tillhandahållas av samma leverantör. Vita Verita AB menar att produkterna skulle kunna anses vara av

samma slag eftersom produkterna är tänkta att användas vid samma tillfälle. Landstinget har bl.a. anført att leverantörer som saluför just absorbtionsdukar som används i samband med operationer typiskt sett inte har övriga produkter i sortimentet som saluförs av andra leverantörer och omfattades av den ursprungliga upphandlingen och vice versa. Landstinget hänvisar till resultatet av anbudssammanställningen för den första upphandlingen. Frågan som förvaltningsrätten har att pröva blir således om de två upphandlingarna är av samma slag och om värdet av avtalen ska läggas samman vid beräkningen av kontraktsvärdet.

I förarbetena till 15 kap 3 a § LOU uttalas bl.a. följande. Den innebär naturligtvis inte något förbud mot att dela upp en upphandling i delkontrakt. Upphandlingar som har ett naturligt samband i tid och beträffande innehåll bör dock inte upphandlas separat. Den upphandlande myndigheten eller enheten ansvarar således för att se till att de upphandlingar som görs inom myndigheten eller enheten inte överskider direktupphandlingsbeloppen. Det innebär vidare att en upphandlande myndighet måste ha kontroll över vilka upphandlingar som görs inom myndighetens samtliga avdelningar. Samtliga upphandlingar av samma slag inom samma upphandlande myndighet bör läggas till grund för beräkningen av kontraktets värde (prop. 2009/10:180 s. 293).

I målet framgår att endast två anbudsgivare lämnade anbud avseende absorbtionsdukar i den första upphandlingen. Landstinget får anses ha gjort sannolikt att de olika varorna vanligtvis inte kan tillhandahållas av samma leverantörer. Förvaltningsrätten konstaterar också att absorbtionsdukar inte kan ersätta t.ex. påsar, spolaggregat, elektroder och filter, som var föremål för upphandling vid den ursprungliga upphandlingen. Med hänvisning till vad som framkommit i målet finner förvaltningsrätten att det är visat att de två upphandlingarna inte gäller samma sak.

Föreligger förutsättningar att välja direktupphandling?

Det är i målet ostridigt att avtalets värde inte överstiger direktupphandlingsgränsen om endast värdet av direktupphandlingen beaktas. Genom att kontraktets värde för direktupphandlingen understiger beloppsgränsen föreligger således förutsättningarna för att använda sig av direktupphandling.

Skall-krav för absorptionsdukar m.m.

Enligt kravspecifikationen skulle offererade produkter vara avsedda för användning i operationsmiljö. Vid landstingets test uppstod mycket vattenläckage och vätska på golvet, vilket på grund av halkrisk inte kan accepteras i operationsmiljö. Landstinget har således haft fog för sin bedömning att Vita Veritas offererade dukar inte uppfyllde ställda skall-krav. Landstingets uteslutning av bolagets anbud strider därmed inte mot 1 kap. 9 § LOU.

Sammantaget bedömer förvaltningsrätten att vad Vita Verita AB har anfört i målet inte visar att kommunen har brutit mot reglerna om direktupphandling i 15 kap. 3 § LOU. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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

Anders Poulsen
rådman

Föredragande: Maria Gustafsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.