



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I JÖNKÖPING**

**DOM**  
2015-05-04  
Meddelad i  
Jönköping

Mål nr  
6105-14

**SÖKANDE**

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

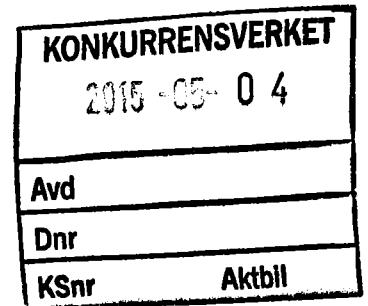
Ombud: Advokaten Ulf Yxklinten  
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB  
Box 226  
201 22 Malmö

**MOTPART**

Marks kommun  
Upphandlingsfunktionen  
Teknik- och serviceförvaltningen  
511 80 Kinna

**SAKEN**

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



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har skett på så sätt att en ny utvärdering genomförs i enlighet med vad som anges under rubriken skälen för förvaltningsrättens avgörande.

**BAKGRUND**

Marks kommun (kommunen) genomför en upphandling avseende sjukvårdsprodukter med dnr 14/14. Genom tilldelningsbeslut den 2 december 2014 har Staples Sweden AB (Staples) antagits som leverantör. Samtliga lämnade anbud har utvärderats.

Dok.Id 159751

<b>Postadress</b> Box 2201 550 02 Jönköping	<b>Besöksadress</b> Hamngatan 15	<b>Telefon</b> 036-15 66 00 <b>E-post:</b> forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se	<b>Telefax</b> 036-15 66 55	<b>Expeditionstid</b> måndag – fredag 08:00-16:00
---	-------------------------------------	--	--------------------------------	---

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande.

#### **1.1.5. Helt eller delat anbud**

Anbud ska lämnas på hela det efterfrågade sortimentet, för att anses vara kvalificerat ska offererade produkter finnas på minst 90% av positionerna. Anbud ska således omfatta ett heltäckande sortiment.

#### **2.1.7. Kvalitetsarbete**

Anbudsgivaren ska ha ett väl dokumenterat kvalitetsarbete i sin verksamhet. Anbudsgivaren kan antingen vara certifierad enligt ISO 9001 (eller likvärdigt), eller ska kunna påvisa ett på annat sätt dokumenterat kvalitetsarbete i sin dagliga verksamhet. Detta ska styrkas genom eget dokument eller intyg/certifikat som bifogas anbudet. Detta innebär att följande ska finnas om man inte kan påvisa certifikat ISO 9001 eller likvärdigt:

1. Kvalitetspolicy
  - som är daterad och antagen av ledningen
  - som innehåller ett åtagande om att arbeta med ständiga förbättringar
2. Rutiner för
  - uppföljning av kvalitetsarbetet
  - hantering av avvikelser, korrigerande och förebyggande åtgärder
  - kompetensutvecklingsplan för personalen med avseende på kvalitetsarbetet och det ständiga förbättringsarbetet. [---]

#### **3.1.1. Produktspecifika krav**

[---] Samtliga produkter ska ha en kvalitetsnivå anpassad för specifik användning inom hälso- och sjukvårdens arbetsområde. För varje position i varukorgen får endast ett pris lämnas, specifikationerna får inte ändras. [---]

#### **YRKANDEN**

OneMed Sverige AB (OneMed) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering sker utan beaktande av Staples anbud.

Kommunen anser att ansökan ska avslås.

#### VAD PARTERNA ANFÖR

##### *OneMed*

Staples anbud uppfyller inte de i upphandlingen uppställda kraven och ska därför rätteligen diskvalificeras. Därmed ska OneMeds anbud, som var näst bäst, antas. I förfrågningsunderlaget anges att ”Samtliga produkter ska ha en kvalitetsnivå anpassad för specifik användning inom hälso- och sjukvårdens arbete”. Det är ett självklart villkor att offererade produkter minst uppfyller de lagar och andra regler som gäller för respektive produkt. Staples har avseende positionerna 168, 169, 174A, 174B, 174C, 175A, 175B och 175C offererat produkter som inte får säljas på den svenska marknaden. De offererade produkterna innehåller oblekt bomull som kan vara smittad med bakterien *enterobacter cloacae*. Att de offererade produkterna inte får säljas framgår av e-post från Läkemedelsverket samt av informationsmeddelande från Staples leverantör Mediplast AB.

Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att anbudsgivare ska ha ett väl dokumenterat kvalitetsarbete i sin verksamhet. Staples har, vid anbudets ingivande, inte visat att de har en ISO-certifiering som avser sjukvårdsprodukter. Kommunen ska granska de inkomna anbuden i det skick de getts in. Möjligheten till komplettering är mycket begränsad. De krav som ställs för kvalificering ska vara uppfyllda senast vid anbudstidens utgång. Inte heller har Staples på annat sätt styrkt att man har ett väl dokumenterat fungerande kvalitetsarbete. Staples har, genom att offerera produkter som är farliga att använda och som inte får säljas i Sverige, visat att man saknar ett sådant kvalitetsarbete. Staples har även i anbudet påstått att vissa produkter de offererat är godkända av Sveriges Astma- och Allergiförbund trots att de inte är det. Detta visar på tydliga brister i Staples kvalitetsarbete. Bristerna styrks vidare av att Staples fortfarande i december 2014 på sin

e-butik erbjuder de olagliga produkterna till försäljning. Dessa produkter har Läkemedelsverket redan i september 2014 förbjudit till försäljning på den svenska marknaden. I omedelbart samband med Läkemedelsverkets beslut gick Mediplast AB ut med information till samtliga distributörer som köpt produkterna och informerade om Läkemedelsverkets beslut samt förklarade att man ville ta tillbaka produkterna. Sådant besked har Mediplast AB också lämnat till Staples. Staples har således varit fullt informerade om Läkemedelsverkets bedömning och beslut samt mottagit Mediplast AB:s begäran om återtagande av produkterna. En anbudsgivare som offererar och fortsätter att saluföra produkter trots vetskap om produkternas farlighet, Läkemedelsverkets beslut och en begäran från tillverkaren om återtagande kan inte under några omständigheter anses ha ett sådant väl fungerande kvalitetsarbete i sin verksamhet som följer av förfrågningsunderlaget.

Staples anbud innehåller vidare produkter varav mindre än 90 procent är likvärdiga med de efterfrågade. Eftersom minst 90 procent av de efterfrågade produkterna ska offereras har Staples inte heller uppfyllt detta skrävkrav, eftersom de otillåtna produkterna får likställas med att Staples inte offererat några produkter överhuvudtaget på ovan nämnda positioner. Vidare har Staples avseende positionerna 84, 107 och 163 offererat produkter som har en otillåten storlek eller felaktigt utförande. Kommunen har genom en referensprodukt krävställt att en produkt ska vara kräppad. Kommunens påstående om att en icke kräppad produkt är likvärdig strider mot principen om förutsebarhet och skulle innebära att referensprodukterna inte har någon betydelse alls. På dessa positioner kan Staples därmed inte anses ha offererat några produkter alls.

Samma sak gäller för positionerna 106, 107 och 111 där Staples offererat en och samma produkt till tre olika priser trots att det inte är tillåtet enligt punkt 3.1.1 i förfrågningsunderlaget. Dessutom har fel storlek offererats

avseende position 107. Avseende positionerna 88A och 88B har Staples offererat en produkt som inte uppfyller det krav avseende positionerna att bakterier ska tas in och låsas upp i förbandet. Avseende positionerna 110, 111, 112, 129, 130 och 131 har Staples offererat produkter som inte är likvärdiga med efterfrågade produkter. Bl.a. har referensprodukterna på position 110 och 111 helt andra egenskaper än de, billigare produkter, som Staples offererat. På positionerna 129–131 har efterfrågats förband med referensprodukt Sorbion. Staples har offererat en annan produkt, Mextra, och de av Staples offererade produkterna är därför icke likvärdiga. Gällande produkter offererade på positionerna 27–36 finns ingen bekräftelse på att handskarna uppfyller ställda krav och är godkända enligt standard 1–4 Europeisk standard.

Avseende de produkter Staples offererat på positionerna 32, 33, 34 och 36 anger Staples oriktigt att produkterna är godkända av Sveriges Astma- och Allergiförbund. Samtliga dessa produkter kan därför inte över huvud taget anses offererade. En summering av antalet positioner för vilka Staples inte offererat produkter som är likvärdiga med efterfrågade eller för vilka Staples på annat sätt brustit i kravuppfyllande visar att Staples på åtminstone 27 st. positioner inte kan anses ha offererat produkter. Eftersom Staples därmed inte offererat produkter på minst 90 procent av positionerna samt saknar eller har ett bristfälligt kvalitetsarbete borde anbudet rätteligen ha förkastats.

Bristerna i upphandlingen avser själva kvalificeringen av Staples anbud och kan därför åtgärdas genom rättelse. OneMed har lidit skada då man vid en korrekt genomförd upphandling hade vunnit den.

#### *Kommunen*

Kommunen har varit i kontakt med läkemedelsverket gällande de påstått otillåtna produkterna. Det är viktigt att man skiljer på om en produkt enligt

Läkemedelsverket inte får släppas ut på marknaden eller om den återkallas. Det är helt enkelt en riskbedömning som görs av Läkemedelsverket och i det aktuella fallet är offererade produkter inte återkallade utan tillverkaren har endast förbjudits att fortsätta släppa ut dessa produkter på marknaden. I praktiken innebär detta att återförsäljare får sälja slut på befintligt lager av produkten. När sedan befintligt lager är slut får endast produkter av blekt bomull säljas och offererade produkter övergår automatiskt till ersättningsprodukter av blekt bomull till samma pris. OneMeds uttalande om dessa produkter som olagliga respektive farliga har alltså ingen grund och de produkter som Staples offererat på nämnda positioner uppfyller således ställda krav.

Vad gäller bristande kvalitetsarbete kan anbudsgivaren, enligt förfrågningsunderlaget, visa detta antingen genom en kopia på tredjepartscertifiering (typ ISO-certifiering) eller genom ett eget dokument som bifogas anbudet. Staples har en certifiering från ISO 9001. En kopia på detta har bifogats anbudet och uppfyller därför ställda krav på ett väl dokumenterat kvalitetsarbete. Kommunen har efter kontakt med SP Sveriges Tekniska Forskningsinstitut fått bekräftat att certifieringen gäller även för sjukvårdsprodukter. De produkter Staples offererat uppfyller också ställda krav och det finns därför inte heller därigenom någon påvisad brist i kvalitetsarbetet.

Eftersom Staples offererade produkter på aktuella positioner uppfyller ställda krav faller OneMeds resonemang och dessa positioner ska således medräknas. Staples har därigenom offererat produkter på mer än 90 procent av positionerna. Staples anbud innehåller alltså inte några brister som ska rättas i enlighet med OneMeds yrkanden. Handskarna på positionerna 27–36 uppfyller ställda krav då de är certifierade på alla punkter som krävs. Vad gäller yrkandet avseende positionerna 84, 107, 153A och 163 medger kommunen att ett belastningspris ska tillkomma på positionerna 84 och 107 på grund av att fel storlek offererats respektive att fel artikelnum-

mer angivits. Position 153A är rätt offererad, information om ändring har gått ut under anbudstiden. Vad gäller position 163 finns inget efterfrågat krav på att produkten ska vara ”kräppad”. När det gäller det felaktiga priset på positionerna 106, 107 och 111 är det en uppenbar felskrivning (ett kommatecken som hamnat fel) som gjort att priserna blivit olika. På position 107 har fel artikelnummer offererats. Positionerna 106 och 107 ska därför ha ett belastningspris. Produkterna på positionerna 110, 111, 112, 129, 130 och 131 har av kommunen bedömts vara likvärdiga med efterfrågade produkter. Dessa ska därför medräknas utan åtgärd. Gällande att det felaktigt angetts att produkterna på positionerna 32, 33, 34 och 36 är godkända av Sveriges Astma- och allergiförbund är detta riktigt påpekat av OneMed. Det är dock endast att anse som en felskrivning från anbudsgivarens sida då produkterna bl.a. är godkända av Norges Astma- och allergiförbund. Dessa positioner ska därför också medräknas utan åtgärd. En summering visar att endast tre positioner kräver åtgärd och ska påföras ett belastningspris. Detta prispåslag påverkar dock inte utgången av anbudsutvärderingen och kommunens tilldelningsbeslut.

### SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

#### *Gällande regler*

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

Av 9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i ansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller

kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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 har gjorts.

*Förvaltningsrättens bedömning*

OneMed gör gällande att kommunen, genom att kvalificera och utvärdera anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav, har brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. OneMed gör vidare gällande att kommunen har gjort otillåtna kompletteringar.

För att visa att man uppfyller ska-kravet om ett dokumenterat kvalitetsarbete har Staples inkommit med ett ISO-certifikat. Kommunen har, efter anbudstidens utgång och efter påpekande från OneMed om att Staples inte uppfyller kravet om ISO-certifiering på ett korrekt sätt, kontrollerat om certifieringen gäller försäljning av sjukvårdsmaterial. Av rättstillämpningen (se Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 februari 2015 i mål nr 2947-14) framgår att en komplettering inte får ske för att säkerställa att ett obligatoriskt krav uppfylls. Om en inhämtad uppgift innebär att anbudet ändras genom att ersätta en tidigare uppgift i stället för att konkretisera denna, är det fråga om en otillåten komplettering. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att ISO-certifieringen ska gälla specifikt försäljning av sjukvårdsprodukter. Staples får därför anses ha visat att bolaget uppfyller ska-kravet redan innan kommunen gjorde den aktuella kontrollen. Kommunen har därför inte brutit mot någon av bestämmelserna i LOU på denna grund.



En av huvudprinciperna enligt LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga ska-krav i förfrågningsunderlaget inte ska utvärderas. Av förfrågningsunderlaget framgår att samtliga produkter ska ha en kvalitetsnivå anpassad för specifik användning inom hälso- och sjukvårdens arbetsområde. Av handlingarna i målet framgår att kommunen har antagit ett anbud som innehåller produkter som enligt Läkemedelsverket inte får vare sig släppas ut eller tas i bruk på den svenska marknaden. Anledningen till läkemedelsverkets beslut är att produkterna kan innehålla enterobacter cloacae bakterier när de når slutanvändaren vilket medför att patienter utsätts för en risk som inte kan anses vara acceptabel och förenlig med en hög hälso- och säkerhetsnivå. Vidare framgår att begreppet "släppa ut på marknaden" i Läkemedelsverkets regelverk ska tolkas som levereras (gratis eller mot betalning).

Produkter som medför att patienter utsätts för en risk som inte kan anses vara acceptabel och förenlig med en hög hälso- och säkerhetsnivå och till följd av detta inte får släppas ut eller tas i bruk på den svenska marknaden uppfyller, enligt förvaltningsrättens mening, inte ska-kravet att samtliga produkter ska ha en kvalitetsnivå anpassad för specifik användning inom hälso- och sjukvårdens arbete. Det faktum att Mediplast AB inte, i och med Läkemedelsverkets beslut, tvingas återkalla redan levererade produkter ändrar inte denna bedömning. Anbudsprövningen har därmed skett med avsteg från förfrågningsunderlaget och i strid med likabehandlingsprincipen. Detta kan ha påverkat anbudsprövningen till OneMeds nackdel. OneMed får därför anses ha gjort sannolikt att kommunen brutit mot LOU på så sätt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Grund för ingripande med stöd av LOU föreligger därför.

Eftersom felet i upphandlingen inte är hänförligt till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är rättelse en tillräckligt ingripande åtgärd. Rättelse ska ske på så sätt att en ny utvärdering genomförs där endast de anbud

som uppfyller samtliga ska-krav som anges i förfrågningsunderlaget beaktas.

Vid denna utgång finner förvaltningsrätten ingen anledning att pröva huruvida Staples anbud uppfyller kravet om att det ska finnas offererade produkter på minst 90 procent av positionerna.

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

Olle Molin

Föredragande har varit Sara Norman Heckscher.



# 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 nå 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.

