



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2 Enhet 21

DOM
2015-08-26
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6440-15

Sida 1 (7)

KONKURRENSVERKET	
2015-08-27	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Nipro Nordics AB, 556922-3141
Box 7009
103 86 Stockholm

Ombud: Advokaten Malin Wallin och jur. kand. Anna Wennberg
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 7009
103 86 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen, 232100-0131
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 355870

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 ramavtalsupphandling av *Dialys Förbrukning Filter/Dialysator*, dnr SN 144/2015. Upphandlingen omfattar tre produktgrupper och anbud kan lämnas på en eller flera av dessa grupper. Avtal kommer att tecknas med en eller flera leverantörer (max tre) per produktgrupp och med rangordning.

Av tilldelningsbeslut meddelat den 10 juni 2015 framgår att VGR valt att teckna avtal med tre leverantörer avseende produktgrupperna 1 och 2 samt med en leverantör avseende produktgrupp 3. Nipro Nordics AB (Nipro) har rangordnats på andra plats i produktgrupperna 1 och 2.

YRKANDEN M.M.

Nipro ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har vidtagits på så sätt att en ny utvärdering av anbuderna görs och att Nipro tilldelas avtal med plats nr 1 i rangordningen. I andra hand yrkar Nipro att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för ansökan anför Nipro bl.a. följande.

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande börkrav: *Bör vara av låg vikt på avd.sp. minst 16 st. 4=Under 5 kg 0= Över 5 kg*. Nipro har för detta börkrav fått ett prispåslag om 720 000 kr på grund av att Nipros avdelningsförpackning väger 5,1 kg. Detta påslag har samtliga anbudsgivare blivit tilldelade, förutom Fresenius Medical Care Sverige AB (FMI) vars förpackning anges väga 3,6 kg.

Börkravet har under anbudstiden ifrågasatts av såväl Nipro som flera andra anbudsgivare. Syftet med börkravet har av VGR angetts vara att förpackningarna ska vara lätta för personalen att förflytta. Förflyttningen av förpackningen är dock mycket begränsad eftersom den lyfts från ett rullband upp på en hylla. Det är inte proportionerligt att detta börkrav ska viktas med 40 procent och därmed tillmätas så stor betydelse. Vikten har inte så stor betydelse för det som ska upphandlas och skillnaderna i vikt anbudsgivarna emellan är begränsad. Syftet med det ställda kravet är förståeligt, men att ge detta krav en så betydande inverkan kan inte anses förenligt med proportionalitetsprincipen.

Börkravet har inte en tydlig och affärsmässig koppling till kontraktsföremålet. Kravet på koppling till kontraktsföremålet innebär att dessa krav ska säkerställa att eller bidra till förverkligandet av den målsättning som eftersträvas. De ställda kraven får inte gå utöver vad som är nödvändigt för att säkerställa syftet med upphandlingen. Detta syfte måste rimligen vara att köpa in efterfrågade produkter för att kunna tillhandahålla god vård. Redan mot denna bakgrund framstår det som oproportionerligt att produktens vikt tillmätts så stor vikt. Syftet med det ställda kravet är av mindre betydelse, eftersom sambandet mellan kravet och föremålet för upphandlingen brister.

Det är i vilket fall oproportionerligt att det aktuella börkravet, som därtill inte har ett klart samband med kontraktsföremålet, tillmätts en så stor betydelse som 40 procent. Det bör framhållas att börkrav med patientfokus saknas i upphandlingen och att VGR i stället lägger större vikt vid produktens vikt än dess kvalitet. Inte heller det faktum att bristande uppfyllelse innebär ett påslag om 720 000 kr för att förpackningen inklusive produkt väger 0,2 kg mer än önskat krav i förfrågningsunderlaget framstår som proportionerligt. Om kravet alls ska ställas borde påslaget ha gjorts i relation till den vikt som överskjuter 5 kg. Något annat kan inte anses rimligt i förhållande till syftet med kravet, nämligen att värna perso-

nalen. Det kan därutöver starkt ifrågasättas varför viktgränsen har satts till 5 kg. Detta eftersom alla anbudsgivare förutom FMI har fått ett prispåslag. Den valda utvärderingsmodellen ger därför inte ett rättvisande resultat. Om kravet på produktens vikt inte hade ställts hade betydligt fler anbudsgivare haft möjlighet att uppfylla kraven i förfrågningsunderlaget. Det påslag som ges om produkten väger över 5 kg, resulterar i att endast FMI har haft möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt anbud och är mot denna bakgrund att anse som oproportionerligt. Kravet leder därmed till att konkurrensen på marknaden inte utnyttjas och kravet framstår som riktat till FMI, som dessutom är VGR:s nuvarande leverantör av dialysfilter.

Upphandlingen har sålunda varit behäftad med brister och har genomförts i strid med principen om proportionalitet och LOU. Som en direkt följd har Nipro placerats som nummer två i rangordning i stället för nummer ett. Därigenom har Nipro lidit eller riskerar att lida skada.

VGR anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

VGR har inte brutit mot någon av de EU-rättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. Nipro kan därmed inte ha lidit skada eller riskerat att lida skada.

I upphandlingen handlar det om avdelningsförpackningar. Fråga är om produkter som personal hanterar varje vecka på avdelningar. Det finns inga rullband på VGR:s avdelningar. VGR har under anbudstiden angett varför kravet med dess viktning är med i kravspecifikationen enligt följande:

”Den efterfrågade produkten ska hanteras av hälso- och sjukvårdspersonal, företrädesvis sjuksköterskor vid dialysavdelningarna. Manuell hantering av de efterfrågade produkterna skapar återkommande lyft där vikten på förpackningarna är av central betydelse för belastningen på personalen

och därmed risken för förslitningsskador, vilket är av väsentlig betydelse ur arbetsmiljösynpunkt.”

VGR måste få avgöra vad som upphandlas och vad som ska bedömas i en upphandling. Projektgruppen har utifrån sin kompetens och erfarenhet bedömt att en avdelningsförpackning som överstiger 5 kg ska få ett pris-påslag. För att kunna erbjuda god vård krävs även personal. Kravet har ett samband med kontraktsföremålet. Kravet är inte oproportionerligt.

Helt riktigt hade endast en anbudsgivare en förpackning som understeg 5 kg. Kravet har emellertid varit transparent och lika för alla. Nipro offererade en förpackning som översteg 5 kg. För att kompensera prispåslaget så hade de kunnat välja att sänka sitt anbudspris eller ändra sin förpackning. Kravet är inte riktat.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (1 kap. 9 § LOU).

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 har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma vilka krav den vill ställa i ett upphandlingsförfarande och några principiella hinder mot att myndigheten uppställer särskilda viktkrav finns inte. Detta gäller under förutsättning att de som i detta fall syftar till att möjliggöra att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs, och att de inte medför att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare ett kontrakt. Tillämpningen av nämnda kriterier ska dessutom ske med iakttagande av såväl förfarandereglerna som de grundläggande principer som följer av unionsrätten, däribland proportionalitetsprincipen.

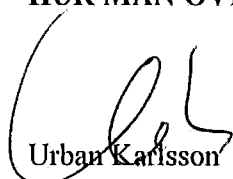
Frågan i målet är om VGR vid sin upphandling av viss sjukvårdsmateriel har haft rätt att i förfrågningsunderlaget ställa krav avseende förpackningsvikten på denna. De krav som ställs måste emellertid vara kopplade till det som ska upphandlas, dvs. de ska avse och påverka just den efterfrågade produkten. Ett krav med innebörd att produkten, i detta fall förpackningsvikten, av arbetsmiljöskäl inte bör väga mer än 5 kg får anses ha en sådan koppling.

Det krav som VGR har ställt upp avseende förpackningsvikten har en objektiv utformning och diskriminerar ingen leverantör. Kravet framstår inte heller som godtyckligt eller uppenbart osakligt. Det noteras då att det bestämda gränsvärdet om 5 kg ger uttryck för att vara inte särskilt snävt tilltaget och det med hänsyn till att nuvarande leverantör har offererat förpackningsvikt om endast 3,6 kg. Utifrån de omständigheter som Nipro hänvisar till får det klandrade därför anses inte oproportionerligt. Även om utvärderingsmodellen visserligen hade kunnat ha haft annan en utformning, så framstår vare sig ifrågavarande viktning av kravet eller prispåslaget som oproportionerligt. Kravet har sålunda inte heller inneburit att kon-

kurrensen har satts ur spel eller begränsats på ett sådant sätt att LOU eller unionsrätten har trätts förnär.

Sammanfattningsvis har bolaget inte visat att det nu klandrade kravet strider mot proportionalitetsprincipen och därmed inte heller mot 1 kap. 9 § LOU. Eftersom skäl för ingripande mot upphandlingen därför saknas, ska ansökan avslås.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kamrarrätten 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 kamrarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kamrarrätten 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 kamrarrätten 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 kamrarrätten.

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.