



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LULEÅ**

Föredragande: C. Andersson

**DOM**

2012-08-10

Meddelad i

Luleå

Mål nr

772-12 E

D5

**SÖKANDE**

Svenska Labex AB, 556476-4990  
Box 22159  
250 23 Helsingborg

Ombud: Advokat Henrik Hybbinette  
Ramberg Advokater AB  
Box 7531  
103 93 Stockholm

**MOTPART**

Norrbottens läns landsting  
971 89 Luleå

**SAKEN**

Offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om allmän upphandling,  
LOU

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012-08-13	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 29822

**Postadress**  
Box 849  
971 26 Luleå

**Besöksadress**  
Skeppsbrogatan 41

**Telefon**  
0920-29 54 90

**E-post:** [forvaltningsrattenilulea@dom.se](mailto:forvaltningsrattenilulea@dom.se)  
[www.dom.se](http://www.dom.se)

**Telefax**  
0920-29 54 98

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

## BAKGRUND

Norrbottnens läns landsting (nedan Landstinget) har genomfört en öppen upphandling gällande medicinsk utrustning "Blodserologi utrustning NLL" för leverans till laboratorium avdelningen vid Sunderby sjukhus. Enligt tilldelningsbeskedet daterat den 5 april 2012 har upphandlingen tilldelats Ortho Clinical Diagnostics, Johnson & Johnson AB (nedan Johnson & Johnson). Svenska Labex AB var en av tre anbudsgivare.

## YRKANDE M.M.

**Svenska Labex AB** har ansökt om överprövning och i första hand yrkat att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudet från Johnson & Johnson ska förkastas eftersom det inte uppfyller samtliga ska-krav. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om då den strider mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens.

**Landstinget** anser att ansökan om överprövning ska lämnas utan bifall.

## OMSTÄNDIGHETER I MÅLET

**Svenska Labex AB** har till stöd för sitt yrkande bland annat anfört följande.

### *Begagnad utrustning*

Johnson & Johnson har i strid med upphandlingens förutsättningar och ska-krav offererat en begagnad utrustning. Av punkt 3.5 i Anbudsinbjudan framgår att Mall för varukontrakt och Mall för ramavtal ska accepteras i sin helhet. Det framgår vidare av punkten 3 i Mall för varukontrakt att upphandlingen omfattar "*installation av ny utrustning*". Motsvarande upp-

gift finns redan i första punkten i Anbudsinbjudan punkt 1.1 där det anges ”*installation av ny utrustning*”. Trots detta har Johnson & Johnson offereerat en begagnad utrustning och uppfyller därmed inte upphandlingens skalkrav avseende ny utrustning. Innebörden av begreppet ”ny” kan inte innebära annat än att utrustningen ska vara ny. Den ska alltså inte vara begagnad.

#### *Funktion*

I kravspecifikationen punkt 4 anges som skalkrav att ”reagenserna” ska kunna fyllas på medan utrustningen arbetar. Den utrustning som Johnson & Johnson erbjudit medger inte detta. På det sätt som Landstinget utformat skalkravet är det Svenska Labex AB uppfattning att tester ska köras utan avbrott trots att påfyllning av reagens sker. Påfyllning av reagens vid användning av Johnsons & Johnsons utrustning förutsätter att utrustningens dörrar eller luckor öppnas. Detta kräver i sin tur att pipettering av analyserna avbryts. Med andra ord kan inte reagens fyllas på medan utrustningen arbetar och skalkravet är därmed inte uppfyllt.

#### *Principerna om likabehandling och transparens*

För det fall att förvaltningsrätten anser att Johnson & Johnsons anbud anses uppfylla skalkraven yrkar Svenska Labex AB att upphandlingen i andra hand ska göras om.

I upphandlingar av utrustning gäller som utgångspunkt att sådan ska vara ny – inte tidigare använd. Även begagnad utrustning kan givetvis bli föremål för upphandling – detta är dock en avvikelse från normen och måste därför på ett klart och tydligt sätt framgå av förfrågningsunderlaget.

Eftersom det inte på ett tydligt sätt framgått att Landstinget skulle acceptera begagnad utrustning strider upphandlingen mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens i LOU. Anbudsgivarna har inte getts möjlighet att konkurrera på samma villkor.

Landstinget har till stöd för sin inställning bland annat anfört följande.

#### *Begagnad utrustning*

Svenska Labex AB påstår att Landstinget har ett ska-krav på att den utrustning som offererats ska vara ny, i den mening att den aldrig har varit i drift tidigare. Detta påstående är felaktigt. Landstinget har i upphandlingen angett att den avser att upphandla en Blodserologiutrustning i enlighet med kravspecifikation och mall för upphandlingskontrakt och ramavtal. Det finns inte något specifikt angivet om att offererad utrustning ska vara ny (aldrig använd). Det är upp till leverantören att själv besluta kring vilken utrustning de ska offerera som på bästa sätt uppfyller de i förväg stipulerade kraven. Skrivningen ”i upphandlingen ska ingå installation av ny utrustning” anger att installationen ska avse den utrustning som har upphandlats. Den specifika utrustning som vi köpt in är ny för Landstinget oavsett om den tidigare är använd eller inte. Den av Johnson & Johnson offererade utrustningen uppfyller alla ställda krav i upphandlingen.

#### *Funktion*

I upphandlingen finns ett ska-krav om att reagenserna **skall** kunna fyllas på medan utrustningen arbetar. Detta ska-krav innebär enbart att det ska finnas en *möjlighet* att fylla på reagenser medan utrustningen arbetar. Det finns inte angivet något ska-krav på att processen inte får avstanna. Avsikten med ska-kravet är att testerna inte ska förstöras om reagensen fylls på under pågående process. Antagen utrustning gör ett uppehåll när reagen-

serna fylls på. Därefter fortsätter processer, per automatik, exakt i det läge som den stannade i, utan påverkan på resultatet. Johnson & Johnsons offererade utrustning möjliggör för påfyllnad av reagenser under pågående analys och uppfyller därmed ställt ska-krav.

*Principerna om likabehandling och transparens*

Det finns ingen uppgift om att Landstingets upphandling avser köp av utrustning som aldrig tidigare varit använd. Utrustningen ska enbart vara i enlighet med kravspecifikationen. Det är upp till leverantörerna att själva besluta vilken utrustning de vill offerera. Landstinget har utformat förfrågningsunderlaget på ett sätt som tydligt visar vilka krav som kommer att prövas och utvärderas.

Uppfattningen att alla upphandlingar av utrustning generellt gäller ny, inte tidigare använd utrustning, är helt felaktig. Den tolkningen står i strid med den gällande grundprincipen om att alla krav som kommer att beaktas tydligt ska finnas beskrivet i förfrågningsunderlaget. Det är i själva verket Svenska Labex AB:s tolkning som strider mot principen om transparens då det anger att vissa egenskaper ska anses förutfattade vid upphandlingar av just utrustningar. Egenskaper som inte är upptagna som krav får inte beaktas. Om Landstinget inte vill tillåta begagnad utrustning måste det tydligt framgå av förfrågningsunderlaget. Landstinget vill också tillägga att detta är en bransch där det är vanligt att det inkommer anbud på såväl ny som begagnad utrustning. I de upphandlingar där upphandlande myndighet valt att exkludera begagnad utrustning har detta uttryckligen angivits i förfrågningsunderlaget.

**Svenska Labex AB** har till bemötande av Landstingets yttrande bland annat anfört följande.

*Begagnad utrustning*

Svenska Labex AB vidhåller sin uppfattning att Landstinget har ett ställt ett ska-krav på att den utrustning som offereras ska vara ny.

*Funktion*

Landstinget vidhåller att vinnande anbuds utrustning gör ett uppehåll medan reagens fylls på. Eftersom ska-kravet lyder att ”reagenserna skall kunna fyllas på medan utrustningen arbetar”. Landstinget har därutöver förklarat att avsikten med ska-kravet är att proverna inte ska förstöras om reagensen fylls på under pågående process. Genom denna förklaring av syftet med kravet är det tydligt att ordalydelsen av kravet och syftet med detsamma inte sammanfaller. Ett ska-kravs syfte har ingen betydelse så länge som det inte har kommit till uttryck genom ett explicit ska-krav. Om en utrustning gör uppehåll medan reagensen fylls på innebär detta att utrustningen inte arbetar under detta moment. Uppehåll är inget annat än motsatsen till arbete. Landstingets tolkning är alltså något helt annat än vad som kommer till uttryck genom ska-kravet. Johnson & Johnson har i sitt anbud offererat en utrustning som inte gör det möjligt att fylla på reagenser medan utrustningen arbetar.

*Principerna om likabehandling och transparens*

I upphandlingar av utrustning gäller som utgångspunkt att den ska vara ny, dvs. inte vara tidigare använd. Om begagnad utrustning ska bli föremål för upphandling bör detta klart och tydligt framgå av förfrågningsunderlaget.

En grundläggande upphandlingsrättslig princip är vidare att förfrågningsunderlag och kriterierna däri ska var formulerade på ett sådant sätt att alla anbudsgivare kan tolka dem på samma sätt. Oavsett om Landstinget angett

att utrustningen ska vara ny eller inte, anges inte någonstans i förfrågningsunderlaget att utrustningen kan vara begagnad.

**Landstinget** har därefter bland annat svarat följande.

Kravet på möjlighet att fylla på reagenser medan utrustningen arbetar är uppfyllt i den av Johnson & Johnson offererade utrustningen. Johnson & Johnson har, i sitt anbud, svarat att det uppfyller ställt ska-krav kring möjligheten att fylla på reagenser. Med anledning av aktuell överprövning har Landstinget gjort en mer detaljerad kontroll av uppfyllandet av ska-kravet. Enligt Johnson & Johnson fortsätter centrifugering samt inkubering av pågående analyser utan avbrott vid påfyllnad av reagenser. Processen av pågående prover fortsätter. Detta måste anses uppfylla kravet på att reagenserna ska kunna fyllas på medan utrustningen arbetar. Ska-kravets ordalydelse pekar på att det är möjligheten att kunna fylla på reagensen som bedöms. Inte exakt vad som händer med processen i maskinen vid påfyllnad. Syftet såsom Landstinget beskrivit står inte i strid med ordalydelsen. De båda tolkningssätten sammanfaller. Att Svenska Labex AB vill tolka ska-kravet strängare än det är skrivet kan inte beaktas.

#### **TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER**

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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. 6 § LOU stadgas att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna 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.

### SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Inledningsvis konstaterar förvaltningsrätten att i förfrågningsunderlaget ska en upphandlande myndighet beskriva föremålet för upphandlingen och de krav som myndigheten ställer. Förfrågningsunderlaget utformas därefter efter dessa krav. Kraven och villkoren måste dock vara förenliga med de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling, icke-diskriminering, proportionalitet, transparens och ömsesidigt erkännande.

Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följer att en upphandlande enhet inte får efterge eller bortse från förfrågningsunderlagets obligatoriska krav – de så kallade ska-kraven. De krav den upphandlande enheten ställer i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande enheten ska utvärdera och pröva anbudet.

#### *Begagnad utrustning*

Svenska Labex AB har gjort gällande att den av Johnson & Johnson offererade produkten inte uppfyller de i upphandlingen ställda ska-kraven eftersom den inte är ny.

I punkten 3 ”mall för varukontrakt” anges visserligen att leveransen omfattar även *installation av ny utrustning*. Förvaltningsrätten anser dock inte att denna formulering rimligen utesluter att offererad utrustning kan vara begagnad. Ordalydelsen av ny är förvisso att produkten inte är begagnad men såsom Landstinget har anfört omfattar inte uttrycket *installation av ny utrustning* på något sätt att utrustningen som sådan måste vara ny. Förvalt-



ningsrätten anser därmed att den av Johnson & Johnson offererade produkten – vad gäller denna del – uppfyller ställt ska-kraven i upphandlingen.

*Funktion*

Svenska Labex AB har vidare gjort gällande att den av Johnson & Johnson offererade utrustningen inte heller uppfyller ställt ska-krav som innebär att reagenser ska kunna fyllas på medan utrustningen arbetar. Landstinget har svarat att utrustningen uppfyller det ställda ska-kravet i upphandlingen då centrifugering samt inkubering av pågående analyser fortsätter utan avbrott vid påfyllnad av reagenser. Processen av pågående prover fortsätter då enligt Landstinget.

Med beaktande av att den upphandlande myndigheten får ges ett visst tolkningsföreträde vad gäller bl. a. förfrågningsunderlag, finner förvaltningsrätten att vad Landstinget har anfört får anses ge vid handen att utrustningen uppfyller de i förfrågningsunderlaget ställda ska-kraven. Vad Svenska Labex AB anfört kan därmed enligt förvaltningsrättens mening inte ligga till grund för uppfattningen att utrustningen inte uppfyller det ställda ska-kravet i upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte är visat att den av Johnson & Johnson offererade utrustningen inte uppfyller de i upphandlingen uppställda ska-kraven.

Förvaltningsrätten finner inte heller att påtalade brister i förfrågningsunderlaget är av den art och omfattning att grund för åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU föreligger. Vad Svenska Labex AB anfört innebär inte enligt förvaltningsrätten att Landstinget har brutit mot någon bestämmelse i LOU och att detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Ansökan om överprövning ska således lämnas utan bifall.

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

Förvaltningsrätten erinrar om den så kallade tiodagarsfristen i 16 kap 10 §  
LOU.



Britt Dahlin



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

**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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.