



KONKURRENSVERKET	
2012-09-21	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

KLAGANDE

Octopus Medical AB, 556577-7660

Ombud:

Advokaten Bo Ahlenius och jur.kand. Jon Eriksson Örtengren
Advokatfirman Glimstedt i Lund AB
Box 1246
221 05 Lund

MOTPART

Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrättens i Stockholm dom den 12 april 2012 i mål nr 4828-12,
se bilaga A

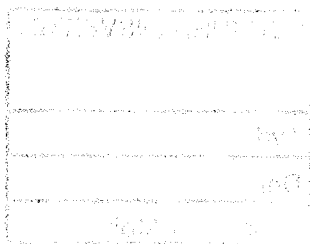
SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrättens intermistiska beslut den 16 maj 2012 upphör därmed att gälla.



YRKANDEN M.M.

Octopus Medical AB (Octopus) fullföljer sin talan och tillägger, utöver vad som tidigare anförts, bl.a. följande. Vid förfrågan från Octopus hos Stockholms läns landsting (SLL) om utgivande av anbudsunderlag som ingivits av St Jude Medical Sweden AB (St Jude) har Octopus endast erhållit de två produktbladen. Utifrån denna omständighet samt vad SLL har anfört i målet kan det konstateras att St Judes anbud, i fråga om uppgifter beträffande produktens livslängd, har begränsats till ett generellt intygande om att samtliga skall-krav är uppfyllda och därtill de två produktbladen. Varken SLL eller St Jude har gjort gällande att ytterligare uppgifter avseende produkternas livslängd och dess beräkning har fogats till anbudet. Förvaltningsrätten har i sina domskäl konstaterat att uppgifterna i de båda produktbladen avviker från de skall-krav som uppställts men invänt att produktbladen utgör en icke-obligatorisk del av anbudet och att den information som finns ingiven där inte kan tillmätas tillräcklig betydelse för att visa att det aktuella skall-kravet inte är uppfyllt. Octopus gör gällande att produktbladen är av yttersta vikt i det aktuella fallet, eftersom de är den enda information i St Judes anbud som behandlar produktens livslängd. Kravspecifikationen efterfrågar uttryckligen att anbudsgivaren ska ange specificerad information om produktens livslängd beräknat på ett visst sätt. St Jude har svarat genom att ge in informationen i form av produktblad. SLL vitsordar att angivande av livslängden har skett i enlighet med produktbladen och inget annat. Med anledning av att förvaltningsrätten tidigare har konstaterat att produktbladen avviker från det skall-krav som har uppställts, är det anmärkningsvärt att förvaltningsrätten enligt dess domskäl inte finner anledning att ifrågasätta SLL:s påstående att livslängden har angetts på ett korrekt sätt i anbudet. St Judes livstidsangivelse grundar sig, tvärt emot vad förvaltningsrätten har konstaterat, uppenbarligen på en beräkningsmodell som inte överensstämmer med skall-kravet.

Av 5 kap. 7 § 4 p LOU framgår att den upphandlande myndigheten är skyldig att utvärdera anbud som lämnas inom ramen för förnyad konkurrensutsättning i enlighet med reglerna i 12 kap. LOU på samma sätt som anbudsvärderingen alltid ska göras. Utgångspunkten är alltså att samtliga anbud som lämnas inom ramen för den förnyade konkurrensutsättningen ska bedömas utifrån samtliga de kriterier som anges i förfrågningsunderlaget. Oaktat hur det förhåller sig med det, har det i målet aktuella anbudet av St Jude omfattat pacemakersprodukter vilka har offererats för första gången i samband med den förnyade konkurrensutsättningen. Av förfrågningsunderlaget som är aktuellt i målet framgår att samtliga skall-krav som anges i ramavtalets kravspecifikation gäller även i den förnyade konkurrensutsättningen.

SLL bestrider bifall till överklagandet och anför bl.a. följande. En förnyad konkurrensutsättning bör inte vara lika administrativt betungande för den upphandlande myndigheten som upphandling av ramavtalet. Proceduren med en ny konkurrensutsättning påminner om den sedvanliga upphandlingen och i princip kan samma analys som tidigare har gjorts upprepas här. Villkor som återfinns i ett ramavtal där inte samtliga villkor är fastställda utgör, tillsammans med villkor som är specifika för respektive avrop, underlag för den avropsförfrågan som sänds till leverantörerna i en förnyad konkurrensutsättning. Generellt kan sägas att transaktionskostnaderna är lägre hos både upphandlande myndighet och anbudsgivare, eftersom båda parter är införstådda med villkoren och därmed kan förberedelsearbetet vid ett avrop begränsas. I praktiken genomförs en miniupphandling. En upphandlande myndighet bör inte förväntas kontrollera uppfyllelse av varje skall-krav som ställdes i den bakomliggande upphandlingen av ramavtalet vid varje avrop genom förnyad konkurrensutsättning på det sätt som Octopus hävdar. Detta skulle motverka syftet med ett tvåstegsförfarande. Det skulle dessutom vara ineffektivt och extremt resurskrävande. Förnyad konkurrensutsättning ska inte motsvara ett sedvanligt upphandlingsförfarande med genomgång av varenda skall-krav varje gång ett avrop ska ske.

Detta kan inte heller anses strida mot likabehandlingsprincipen, eftersom alla leverantörer ändå måste uppfylla samma skall-krav vid samma tillfälle, nämligen i samband med ramavtalsupphandlingen. I den förnyade konkurrensutsättningen, vilken bygger på ramavtalsupphandlingen, tillämpas villkoren i ramavtalet (inklusive de grundläggande skall-kraven) men fokus ligger i stället på att precisera alternativt tillämpa övriga skall-krav som anges i ramavtalet som inte är fastställda (t.ex. pris och produktsortiment).

I förfrågan anges att samtliga villkor i ramavtalet gäller för upphandlingen. Det anges även att leverantören, i och med undertecknande av dokumentet, bekräftar att samtliga krav enligt förfrågan är uppfyllda. Det har inte uppställts något krav på ingivande av dokumentation avseende produkternas livslängd i den förnyade konkurrensutsättningen, eller för övrigt några andra krav som tidigare har ställts i ramavtalsupphandlingen, eftersom detta ändå utgör en del av ramavtalet. I förfrågan anges också att anbudsgivaren vid anmodan ska bifoga dokumentation som styrker att offererade produkter uppfyller samtliga bör-krav. I syfte att styrka att produkten uppfyller bör-kraven i utvärderingen, utnyttjade SLL möjligheten att begära in produktblad. Produktbladen i fråga har inte lämnats in för att styrka den offererade produktens livslängd. Det ställs överhuvudtaget inte något krav om sådan dokumentation i förfrågan. I stället har produktbladen inhämtats och beaktats vid en senare tidpunkt i utvärderingen för att kontrollera uppfyllelse av bör-kraven. Produktbladen motsäger inte att St Judes produkt uppfyller kravet på livslängd, såsom det formulerades i ramavtalsupphandlingen, utan produktbladet redogör endast för ett annat sätt att beräkna livslängden. St Judes offererade produkt uppfyller faktiskt kravet på livslängd oavsett om livslängden beräknas enligt produktbladet eller på det sätt som gjordes i förfrågningsunderlaget i ramavtalsupphandlingen.

St Jude har beretts tillfälle att yttra sig i målet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

SLL genomför en förnyad konkurrensutsättning enligt ett tidigare upphandlat ramavtal. SLL har anfört att den upphandlande myndigheten inte bör förväntas att kontrollera uppfyllelse av varje skall-krav som ställdes i den bakomliggande upphandlingen av ramavtal vid varje avrop genom förnyad konkurrensutsättning. Octopus å sin sida har anfört att utgångspunkten är att samtliga anbud som lämnas inom ramen för den förnyade konkurrensutsättningen ska bedömas utifrån samtliga de kriterier som anges i förfrågningsunderlaget.

Ramavtal med förnyad konkurrensutsättning innebär, enligt 5 kap. 7 § LOU, att ett ramavtal har ingåtts med flera leverantörer utan att alla villkor är angivna i ramavtalet. Eftersom inte alla villkor behöver vara preciserade i ramavtalet, finns det möjlighet att precisera och vid behov komplettera villkoren, vilka angetts i förfrågningsunderlaget vid upphandling av ramavtalet. Att avvika från villkoren i ramavtalet är dock inte tillåtet enligt 5 kap. 2 § LOU. Att villkoren i ramavtalet ska gälla vid den förnyade konkurrensutsättningen kan, enligt kammarrättens mening, inte tolkas så att den upphandlande myndigheten ska vara skyldig att gå tillbaka och kontrollera att samtliga i ramavtalsupphandlingen ställda skall-krav är uppfyllda vid den förnyade konkurrensutsättningen. Detta skulle motverka syftet med att teckna ett ramavtal med möjlighet till senare avrop. Den upphandlande myndigheten bör i stor utsträckning ha möjlighet att själv bestämma vilka skall-krav i ramavtalsupphandlingen som ska göras gällande vid den förnyade konkurrensutsättningen och endast de skallkraven är myndigheten skyldig att kontrollera i anbuden som ges in i den förnyade konkurrensutsättningen. Vilka villkor och skall-krav som gäller för den förnyade konkurrensutsättningen måste framgå av förfrågningsunderlaget som skickas ut till dem som bjuds in att lämna anbud.

I Förfrågan vid förnyad konkurrensutsättningen, som SLL har skickat ut till leverantörerna, anges att samtliga villkor i ramavtalet gäller. Detta innebär, enligt kammarrättens mening, att samtliga skall-krav som ställts i ramavtalsupphandlingen, och därmed blivit villkor i ramavtalet, måste vara uppfyllda på de produkter som offereras i den förnyade konkurrensutsättningen. Anbud i den förnyade konkurrensutsättningen lämnas dock genom att förfrågan undertecknas och de bilagor som följer med förfrågan, främst artikelspecifikationen, fylls i. Artikelspecifikationen består av ett antal kolumner som fylls i av anbudsgivaren. I anvisningarna till artikelspecifikationen anges att kolumner markerade med lila skall vara ifyllda (skall-krav).

Det skall-krav som Octopus menar att St Jude inte har uppfyllt finns angivet i punkt 4.7 i Kravspecifikationen, som var en del av ramavtalsupphandlingen. Där anges att anbudsgivare skall ange produktens (pacemaker) livslängd och dess garanterade livslängd. Beräkningen av livslängden skall utgöras enligt i kravspecifikationen angivna parametrar. Pacemakers livslängd skall anges i år och beräknas utifrån de angivna parametrarna. Detta skall anges för respektive offererad modell. Garanterad livslängd skall vara minst åtta respektive sex år.

Att produkterna ska ha en viss garanterad livslängd och att beräkningen av denna livslängd ska ske enligt vissa bestämda parametrar är, eftersom det var ett skall-krav i ramavtalsupphandlingen, villkor i ramavtalet. Eftersom förfrågningsunderlaget hänvisar till villkoren i ramavtalet, måste därför detta krav vara uppfyllt även i den förnyade konkurrensutsättningen. Att anbudsgivaren enligt kravspecifikationen ska ange detta för respektive offererade modell var däremot ett skall-krav för vad anbudet i ramavtalsupphandlingen skulle innehålla. Detta kan, enligt kammarrättens bedömning, inte liknas vid ett villkor i ramavtalet. I den artikelspecifikation som ska fyllas i för den förnyade konkurrensutsättningen ges inte utrymme att fylla i garanterad livslängd eller beräkningen därav. Det har inte heller

ställt krav på att viss dokumentation ska bifogas anbudet. Det har således i den förnyade konkurrensutsättningen inte ställts något skall-krav på att garanterad livslängd och beräkningen därav *ska anges*. Däremot är det, som anförts ovan, ett skall-krav att produkterna faktiskt uppfyller kravet på garanterad livslängd beräknat enligt de i kravspecifikationen angivna parametrarna.

SLL och St Jude har anfört att St Judes offererade produkter faktiskt uppfyller kravet på garanterad livslängd om beräkningen görs enligt parametrarna i kravspecifikationen. Detta styrks också av utredning inskickad av St Jude till förvaltningsrätten. Octopus har inte visat att St Judes produkter inte uppfyller kravet. Någon grund för att ingripa enligt LOU finns därför inte och överklagandet ska avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).

Cecilia Silfverhjem
kammarrättsråd
ordförande

Rolf Bohlin
kammarrättsråd
referent

Natacha Otte Widgren
tf assessor

Anna Malmström
föredragande