



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2011-07-01  
Meddelad i  
Linköping

Mål nr  
1648-11  
Enhet 2

**SÖKANDE**

Terumo Sweden AB, 556635-1176  
Sven Källfelts gata 18,  
426 71 Västra Frölunda

**MOTPART**

Landstinget i Östergötland  
Upphandlingscentrum  
581 85 Linköping

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-07-04	
<b>Avd</b>	
<b>Dnr</b>	
<b>Doss</b>	<b>Aktbil</b>

---

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan på så sätt att Landstinget i Östergötlands upphandling med benämning *UC2010-172 Sprutor och kanyler*, ska göras om.

Dok.Id 44144

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsratten@linkoping.dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

**YRKANDE M.M.**

Landstinget i Östergötland (Landstinget) genomför en upphandling med benämning *Sprutor och kanyler, UC-2010-172*. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande. Genom tilldelningsbeslut den 8 mars 2011 har landstinget antagit annan anbudsgivare än Terumo Sweden AB (Terumo) vad avser produktposition 20, Spruta Luer-lock, produktgrupp 5.1.9.

Terumo ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Terumos anbud bedöms uppfylla skallkravet om tydlig och lättavläst gradering och att de därmed ska tilldelas produktposition 20, Spruta Luer-lock. I andra hand yrkar Terumo att upphandlingen görs om. Till grund för talan anförs bl.a. följande. Landstingets bedömning har varit mycket subjektiv och godtycklig. Upphandlingen har inte genomförts enligt de grundläggande kraven på transparens enligt LOU. Enligt förfrågningsunderlaget sker tilldelning efter lägsta pris. Då Terumo uppfyller de i förfrågningsunderlaget aktuella skallkraven och deras anbudspris var det lägsta, borde de ha blivit tilldelade produktgruppen i fråga. Om landstinget tecknar avtal med annan leverantör kommer Terumo att lida stor skada.

Landstinget bestrider bifall till Terumos yrkande. Om förvaltningsrätten finner att Terumo uppfyller aktuellt skallkrav yrkar landstinget att en förnyad anbudsutvärdering sker, i vilken Terumos spruta anses uppfylla skallkravet.

**SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

*Lagtext*

Av 1 kap. 9 § LOU framgår 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 16 kap. 2 § LOU framgår bl.a. följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser bl.a. engångssprutor, injektionskanyler, infusionskanyler och spike. Frågan i förevarande mål avser tilldelningen av kontrakt gällande Sprutor Luerlock, produktgrupp 5.1.9.

#### *Förfrågningsunderlag*

Av förfrågningsunderlag, *Utvärderingsrapport*, framgår bl.a. följande.

#### 2.4. Anbudsprövning

##### 2.4.1. Prövningshandläggning

Anbudsprövning sker i två steg, kvalificering av säljare och anbud respektive anbudsutvärdering.

##### 2.4.2. Kvalificering av anbud och anbudsgivare

Denna första fas av anbudsprövningen syftar till att klarlägga huruvida anbudsgivare kvalificerar sig för utvärdering utifrån efterfrågade bevis a-c nedan:

- a) Utifrån ekonomisk och finansiell ställning genom under "Leverantörsupplysningar" efterfrågade intyg och bevis.

b) Utifrån förmåga, kapacitet och duglighet för aktuellt uppdrag genom under "Leverantörsupplysningar" eller på annat sätt angivna uppgifter.

c) Uppfyllande av förfrågningsunderlagets samtliga skallkrav.

Av punkten 2.4.3. *Anbudsutvärdering* framgår vidare att vid utvärderingen utvärderas endast de anbud som uppfyllt kraven i kvalificeringsfasen.

Av 2.4.4. *Utvärderingskriterier och tilldelning* framgår att tilldelning sker till anbud med lägst pris.

Landstingets förfrågningsunderlag består av 25 produktpositioner (6 – 30). Inom varje position kommer den produkt som uppfyller samtliga skallkrav enligt referensgruppens bedömning med lägsta pris antas.

Av *Kravspecifikation obligatoriska*, punkten 5.1.9. framgår att injektions-sprutor Luerlock ska uppfylla följande krav.

Sprutans plast skall vara transparent så visuell kontroll av innehåll lätt kan ske.

Sprutans material skall inte interagera med läkemedel.

Graderingen skall vara tydlig och lätt att avläsa.

Kolven skall glida lätt och jämnt i hela dess längd.

Spruta och kolv skall vara utformad så att ofrivillig separation av spruta och kolv inte sker.

Sprutan skall ej läcka eller tömma sig själv.

Sprutan skall vara greppvänlig och skall kunna användas med enhandsfattning.

Sprutans material skall vara så beskaffat att etiketter ej lossnar.

Sprutan skall vara 3 komponent.

Graderingen skall vara;

3 ml 0,1 ml

5 ml 0,2 ml

10 ml 0,2 – 0,5 ml

20 ml 1,0 ml

30 ml 1,0 ml

50 ml 1,0 ml

Terumo har i sin ansökan om överprövning anfört bl.a. följande. Enligt förfrågningsunderlaget punkt 2.4.4 sker tilldelning efter lägsta pris. I kravspecifikationen för den aktuella produkten framgår att ”Graderingen skall vara tydlig och lätt att avläsa” utan någon närmare specificering. I tilldelningsbeslutet framgår inte annat än vald leverantör, trots att Terumo hade det lägsta priset. Terumo efterfrågade ett förtydligande från landstinget och fick till svar att 10 ml sprutans graderingslinjer är så smala (tunna) att sprutan blir svårläst. Detta argument har aldrig framförts till Terumo tidigare, som säljer upp emot 100 000 stycken sprutor per år till regioner och landsting i Sverige. Leveranser sker vidare i samma omfattning till den nordiska och baltiska marknaden. Produkten ifråga har saluförts sedan mitten av 2000-talet. Landstingets bedömning är därmed mycket subjektiv och godtycklig. Då Terumos anbudspris var det lägsta, borde bolaget ha blivit tilldelade produktgruppen ifråga.

Landstinget har i svar uppgett bl.a. följande. Av de fyra offererade anbuden i upphandlingen hade Terumo lägst pris på aktuell produktposition. Tilldelning har skett till anbud med näst lägst pris eftersom Terumos produktposition inte bedömdes uppfylla samtliga skallkrav. I samband med att anbudsgivarna har sänt in anbudsprover har dessa bedömts av en referensgrupp bestående av erfaren sjukvårdspersonal som arbetar med aktuella produkter dagligen. Det är möjligt att fastställa uppfyllande av vissa krav på produkten objektivt, medan andra krav kräver en något subjektiv bedömning. Så länge principerna om likabehandling och transparens upprätthålls, finns inget hinder mot krav av subjektiv natur. För landstingets del är det okänt och saknar vidare betydelse huruvida andra kunder uppställt krav, respek-

tive bedömt tydligheten och lättheten att avläsa graderingen på Terumos produkt. Vidare har landstinget i enlighet med 9 kap. 10 § LOU den 9 mars 2011, efter förfrågan från Terumo, informerat bolaget om varför deras anbud inte antogs. Av detta följer att landstingets upphandling har genomförts i enlighet med förfrågningsunderlaget och något brott mot LOU har inte begåtts. Den skada Terumo lider av att inte tilldelas aktuell produktposition beror på att dess offererade produkt inte uppfyller aktuellt skallkrav.

Terumo har i genmäle anfört bl.a. följande. Deras varumärke är mycket välkänt och välbeprövat. Då det aldrig har förekommit någon invändning mot att Terumos 10 ml spruta skulle vara svåravläst har landstinget inte uppställt ett rimligt skallkrav. Ett korrekt skallkrav bör innehålla hur man uppfyller kravet på lättavläst gradering. Terumos spruta är graderad varje 0,2 ml, vilket av många anses vara en fördel, då det blir mycket tydligt när man exempelvis vill fylla 7,4 ml. Detta skulle bli mycket otydligare i en spruta med en gradering på 0,5 ml. En spruta med många linjer visar mer precist och tydligt när man fyller den.

Som svar anför Landstinget i huvudsak följande. Det saknar betydelse om inga kunder haft invändningar mot Terumos spruta sedan tidigare. Om man ska sätta kvantiteten sprutor det gäller, i relation till den totala marknaden, förbrukar Landstinget i Östergötland ensamt cirka 140 000 10 ml Luerlock sprutor per år. Den 10 ml spruta som landstinget har valt är, i likhet med Terumos spruta, graderad varje 0,2 ml. Det som skiljer de två sprutorna åt är att den valda sprutan är smalare (mindre i diameter) vilket för med sig att den graderade skalan blir längre. Avståndet mellan graderingslinjerna blir därmed större och det innebär i sin tur att graderingslinjerna inte behöver vara lika smala (tunna) som på Terumos spruta. Vid upphandlingar bestående av ett mycket stort antal produkter, varvid det i aktuell upphandling rörde sig om cirka nittio storlekar/utföranden, är det inte möjligt att beskriva hur varje enskilt krav ska uppfyllas för varje produkt. Vidare

kan uppfyllelse av vissa krav endast verifieras genom att produkten bedöms visuellt, och i vissa fall, testas kliniskt. Det gäller i synnerhet standardprodukter som vid köp levereras i samma utförande som de offererats vid anbudsgivning. Köparen kan i sådana fall inte räkna med att tillverkare/leverantör modifierar produkten efter köparens ändamål. Om en anbudsgivare skulle vara osäker på om en tilltänkt offererad produkt uppfyller ställda krav finns, enligt förfrågningsunderlaget, möjlighet att offerera alternativa produkter. Har inte anbudsgivaren några sådana alternativa produkter, lider denne inte skada av att inte ha på förhand med säkerhet kunnat utläsa om offererad produkt uppfyller ställda krav. Terumo har inte offererat någon alternativ spruta. Varken Terumo eller annan anbudsgivare har ställt någon fråga gällande innebörden av ställda krav under tiden för inlämnande av anbud. Det kan därför inte anses föreligga någon otydlighet i förfrågningsunderlaget. Därmed är förfrågningsunderlaget tillräckligt transparent och anbudsutvärderingen har genomförts med iakttagande av likabehandling och utan ovidkommande hänsyn.

Terumo har i genmäle anfört i huvudsak följande. Bolagets spruta, är till skillnad från konkurrentens, mycket tydligare att avläsa. Terumos spruta har glasklar plast, vilket medför att den är tydligare vid fyllning. Plasten på konkurrentens spruta är grumlig. Även om Terumos graderingslinjer är tunna, har linjerna ett tydligt tryck. Trycket på konkurrentens spruta är tjockare, men suddigt och därmed otydligt. Siffrorna är även större på Terumos spruta och de rena graderingslinjerna medför att man tydligt ser när kolven är i linje med markeringarna. På konkurrentens spruta blir detta otydligare p.g.a. de tjocka strecken. Det har, från Terumos sida, inte funnits något behov av att efterfråga innebörden av aktuellt skallkrav eftersom den bedömning landstinget nu gjort inte förekommit tidigare, vad Terumo känner till.

Landstinget har i genmäle tillagt följande. Oavsett om produkten i fråga har en tydlig gradering innebär inte det nödvändigtvis att den är lätt att avläsa.

Terumo anför slutligen att det är troligare att en produkt med tydlig gradering är lätt att avläsa. Detta kan enklast kontrolleras genom att dra upp kolven till en linjemarkering. Om den i upphandlingen tilldelade sprutan, som har både otydliga linjer och dimmig plast, uppfyllt skallkravet, är det en självklarhet att även Terumos spruta uppfyller kravet.

Terumo har den 9 mars 2011, efter tilldelningsbeslutet den 8 mars, efterfrågat om landstinget kunde utveckla sitt beslut. I genmäle uppgav landstinget att referensgruppen ansåg att 10 ml sprutans graderingslinjer var så smala (tunna) att sprutan blev svårläst. Det tillades även att det var fördelaktigast om graderingen stämde med beteckningen, d.v.s. att en 10 ml spruta är graderad till 10 ml, och inte till 12 ml.

Till styrkande av sin talan har Terumo till förvaltningsrätten ingivit provexemplar av den i upphandlingen valda sprutan samt även sin offererade produkt.

*Förvaltningsrätten gör följande bedömning.*

Fråga i målet är om landstinget genom sin utformning av nämnda skallkrav under upphandlingsförfarandet har handlat i strid mot bestämmelserna i LOU samt om Terumo därigenom lidit eller kan komma att lida skada.

Landstinget har vid tilldelning kommit fram till att Terumo inte uppfyllt kravet på att sprutan ska vara lätt och tydlig att avläsa. Grunden till bedömningen uppges vara att graderingslinjerna på Terumos spruta är för smala (tunna). Landstinget anför vidare att det är ofrånkomligt att det vid



bedömningen av om en produkt uppfyller ett visst krav, förekommer en viss subjektiv bedömning. Terumo hävdar å sin sida att landstinget gjort en alltför subjektiv och godtycklig bedömning.


Av den bevisning som inlämnats till förvaltningsrätten finner rätten att den i upphandlingen utvalda sprutan är mindre i diameter med en längre graderingsskala vilket innebär ett större avstånd mellan linjerna. Rätten kan dock vidare konstatera, vilket är i linje med Terumos anförande, att sprutan har bredare och något suddigare graderingslinjer, medan Terumos spruta har tunnare och mer klara graderingslinjer.

Landstinget har i det aktuella förfrågningsunderlaget angett att graderingen på sprutan ska vara ”tydlig och lätt att avläsa”. Det har inte beskrivits vad som krävs för att uppfylla detta krav. Av förfrågningsunderlaget framgår inte heller hur man kommer att gå tillväga då sprutorna ska testas. Vidare föreligger ingen dokumentation i målet om hur testerna har genomförts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlingar genomföras enligt grundläggande EG-rättsliga principer, varav en av dessa är transparens (öppenhet och förutsebarhet). Förvaltningsrätten finner att uttrycket ”tydlig och lätt att avläsa” i landstingets förfrågningsunderlag ger ett stort utrymme för godtycklighet som inte grundar sig på objektiva fastställda kriterier. Det kan leda till i princip fri prövningsrätt för upphandlande enhet och anbudsgivaren saknar möjlighet att kontrollera hur bedömningen gått till. Förvaltningsrätten finner därmed att denna oklara formulering strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Terumo har härigenom kunnat komma att lida skada.

Då förfrågningsunderlaget inte uppfyller kravet på transparens finner förvaltningsrätten att rättelse inte kan ske. Ansökan ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen görs om.

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

A handwritten signature in black ink, appearing to be 'Bo Johansson', written over a horizontal line.

Bo Johansson

Föredragande har varit Charlotte Jonasson.



# 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. 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 nås 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1D LOU