



SÖKANDE

Smith & Nephew AB, 556198-8345
Box 143
431 22 Mölndal

Ombud: Advokaten Thomas Ryhl och biträdande juristen Emelie Svensson
NJORD Law Firm
Pilestraede 58
Dk-1112 Köpenhamn
Danmark

MOTPART

Regionen Jönköpings län, Upphandlingsenheten
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Björn Lind och biträdande juristen Evelina Stein
Wesslau Söderqvist Advokatbyrå HB
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

Överprövning av en upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Regionen Jönköpings län (regionen) har inlett ett öppet upphandlingsförfarande som avser ramavtal för leverans av förbandsmateriel (dnr: RJL 2017/1750). Såvitt avser anbudsgrupperna nedan har genom tilldelningsbeslut annan leverantör antagits och Smith & Nephew AB:s förkastats:

- AJ (positionerna 189–191)
- AJ-1 (positionerna 193–194)

Dok.Id 254657

Postadress
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00
E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag–fredag
08:00–16:00

- CL (positionerna 429–431)
- P (positionerna 81–87)
- P1 (positionerna 88–91)
- Position 432

Upphandlingsdokumenten

Upphandlingsföremålet

Upphandlingen avser leveranser av förbandsmaterial till ett uppskattat värde av 10 750 000 kr per år. Anbud kan lämnas på hela eller delar av efterfrågat sortiment. I de fall flera positioner är samlade i en del/grupp ska anbud lämnas för samtliga i delen/gruppen ingående positioner. Anbud kan komma att antas helt eller delvis. Avsedd avtalsperiod är två år, med möjlighet till maximalt 24 månaders förlängning. Det kvalificerade anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till lägsta kostnad kommer att antas för aktuell position/grupp.

Anbudens innehåll och utformning

Anbud ska lämnas elektroniskt och utformas enligt upphandlingsdokumenten. Reservationer accepteras inte.

Upphandlingsdokumenten innehåller en produktspecifikation där anbudsgivaren ska fylla i efterfrågade uppgifter för samtliga positioner som ingår i de grupper anbudet avser. Det är inte tillåtet att offerera samma produkt på flera positioner inom samma grupp.

Obligatoriska krav på anbudsgivaren och dennes produkter

Offererade produkter ska motsvara i produktspecifikationen redovisade produkter och beskrivningar. I produktspecifikationen redovisade benämningar, storlekar, mått m.m. är angivna med utgångspunkt från det sortiment som används idag. Avvikelser i storlekar och mått på offererade produkter kan accepteras under förutsättning att produktens kvalitet, funktion och användarvänlighet inte påverkas negativt. Offererade produkter ska dels uppfylla

de generella produktkrav som anges i upphandlingsdokumentens kravspecifikation, dels de specifika krav som anges för varje position i upphandlingsdokumentens produktspecifikation.

Anbudsprövningen

Anbudsgivare ska på regionens begäran muntligen kunna presentera sitt anbud och offererad produkt för regionen.

De anbudsprover som efterfrågas särskilt i produktspecifikationen ska levereras i separat försändelse; Senast klockan 16.00 första arbetsdagen efter sista anbudsdagen. Prov på övriga produkter och/eller komplettering av anbudsprov ska, utan kostnad för regionen, ställas till förfogande på regionens begäran.

Tilldelningsbeslutet

Av tilldelningsbeslutet med tillhörande handlingar framgår bl.a. följande. 25 leverantörer har lämnat anbud. Av dessa har samtliga ansetts kvalificerade i den meningen att de uppfyllt upphandlingsdokumentens obligatoriska krav avseende leverantörens behörighet att utöva yrkesverksamhet, ekonomisk och finansiell ställning och teknisk och yrkesmässig kapacitet. 21 av de 25 kvalificerade anbuden har antagits helt eller delvis som det kvalificerade anbud som ansågs ekonomiskt mest fördelaktigt. Bolagets anbud antogs för vissa positioner, men förkastades för andra (se under rubriken BAKGRUND ovan).

YRKANDEN

Bolaget yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen, såvitt avser anbudsgrupperna AJ, AJ-1, CL, P och P1 och positionen 432, ska göras om.

Regionen anser att ansökan ska avslås.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget

Inställning

Öppenhetsprincipen har inte antagits under anbudsprövningen. Det saknas information om hur proverna av bolagets produkter har gått till, vad som bedömts i samband med dessa prover och vilka kriterier som varit viktiga vid den bedömning som gjorts i samband med proverna.

Bakgrund

Ur kolumnen ”utvärdering” i dokumentet ”Tilldelning Smith & Nephew”, kan utläsas att prover har förekommit av bolagets produkter under en sjudagarsperiod och att bolagets produkter inte ansetts uppfylla de obligatoriska kraven mot bakgrund av vad som framkommit vid dessa provningar. Förutsättningarna för dessa prover är dock oklara.

Bolaget har under de senaste fyra åren varit leverantör av förbandsmateriel till regionen. Under denna tid har bolaget inte mottagit några klagomål eller kommentarer som kunde ge bolaget skäl att ifrågasätta om produkterna uppfyllde regionens krav eller inte. I den föregående upphandlingen för åren 2013–2017 ställdes samma kvalitetskrav som i förevarande upphandling. Bolaget offererade samma produkter då som nu, men regionen har gjort en helt annan bedömning huruvida bolagets produkter uppfyller kraven. Att bolagets produkter nu underkänts är förvånande för bolaget och grunderna för detta borde förklaras. I det till tilldelningsbeslutet hörande protokollet som regionen hänvisar till ges endast korthuggna och omotiverade kommentarer, t.ex. att bolaget produkter ”inte fäst”, ”lämnat trådiga spår”, ”orsakat

utslag” o dyl. Bolaget har sökt svar på följande frågor angående regionens bedömning av bolagets produkter:

- Hur många dagar har produkterna testats?
- På vilka patienter har produkterna testats?
- Duschade samtliga patienter en eller flera gånger om dagen?
- Hur många patienter har testat varje produkt?
- Har bolagets produkter testats på samma sätt som de 24 andra leverantörernas produkter?
- Har expertgruppen tagit utgångspunkt i sin erfarenhet i bolagets produkter?
- Har samma personer testat alla produkter eller har produkterna delats upp så att varje expert endast testat 1–2 produkter?

Den sistnämnda frågan, d.v.s. den avseende om det är samma person som testat produkterna, har besvarats av regionen under handläggningen i förvaltningsrätten. Resterande frågor kvarstår.

Mot bakgrund av det ovan anförda kan konstateras att regionen genomfört provningar som ett moment vid anbudsprovningen, utan att upplysa om bedömningskriterierna vid nämnda provningar. Detta har lett till ogrundade bedömningar av innebörd att obligatoriska krav i upphandlingen inte skulle ha uppfyllts.

Regionen

Inställning

Regionen har uppfyllt de krav på insyn, tydlighet och öppenhet som följer av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU.

Utveckling av regionens inställning

I upphandlingsdokumenten anges att offererade produkter ska uppfylla såväl de generella produktkrav som anges i kravspecifikationen, som de specifika krav som anges för varje position i produktspecifikationen. De obligatoriska krav som anges i kravspecifikationen respektive produktspecifikationen är

tydligt utformade. Vidare framgår av upphandlingsdokumenten att anbudsgivarna ska lämna anbudsprover för att visa att de uppfyller de obligatoriska kraven. Därvid bör beaktas att tilldelningsgrunden är ekonomiskt mest fördelaktigt med hänsyn till pris. Det har därför inte varit aktuellt att göra någon bedömning huruvida offererade produkter uppfyller något kvalitetsrelaterat tilldelningskriterium mer eller mindre väl. Bedömning av produkterna har endast gjorts i form av en kontroll av om de offererade produkterna uppfyller de obligatoriska kraven eller inte. I de fall det vid kontrollen (provningen) framkommit att de av bolaget offererade produkterna inte uppfyller de obligatoriska kraven framgår det klart av tilldelningsbeslutet med tillhörande protokoll på vilket sätt produkterna avviker från de obligatoriska kraven.

Kontrollen av om offererade produkter uppfyller upphandlingens obligatoriska krav har gjorts internt inom regionen av en expertgrupp. Denna bestod av 15 personer med lång erfarenhet och hög expertis. Dessa personer har testat anbudsproven på de sjukhus/avdelningar där de arbetar. En och samma ansvariga person har kontrollerat alla anbud inom en viss grupp. Kontrollen har genomförts på lika villkor för samtliga anbudsgivare. Resultatet av kontrollen har redovisats i kolumnen "utvärdering" i det till tilldelningsbeslutet hörande protokollet. Det har således inte gjorts någon skönsmässig bedömning. Några andra krav än de som framgår av upphandlingsdokumentens kravspecifikation respektive produktspecifikation har inte beaktats.

Det är inte korrekt att produktkraven (kvalitetskraven) i förevarande upphandling är desamma som i motsvarande upphandling avseende åren 2014–2017. Såväl de generella produktkraven som de specifika kraven för varje position skiljer sig åt. Kravspecifikationen innehåller betydligt fler positionsspecifika krav. Syftet med att uppställa fler krav har varit att göra det tydligt för anbudsgivarna vilka tekniska specifikationer offererade produkter

måste uppfylla för att anbudet ska gå vidare till anbudsprövningens utvärderingsdel.

Regionen har inte, som upphandlande myndighet, en sådan långtgående upplysningsskyldighet angående den utförda anbudsprövningen som bolaget påstår. Vad specifikt gäller förevarande upphandling bör beaktas att den omfattar 437 olika positioner och att fler än 20 leverantörer lämnat anbud. Detta gör det i princip omöjligt att lämna en sådan omfattande redovisning som bolaget påstår krävs.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Gällande regler

I 4 kap. 1–3 §§ LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandling får inte utformas i syfte att undanta den från lagens tillämpningsområde och får inte heller utformas i syfte att begränsa konkurrensen så att vissa leverantörer gynnas eller missgynnas på ett otillbörligt sätt. En upphandlande myndighet bör beakta miljöhänsyn, sociala och arbetsrättsliga hänsyn vid offentlig upphandling om upphandlingens art motiverar detta.

I 4 kap. 10 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska tilldela kontrakt enligt bestämmelserna i 16 kap. Myndigheten ska innan den tilldelar ett kontrakt kontrollera

1. att anbudet uppfyller de krav, villkor och kriterier som anges i upphandlingsdokumenten,
2. om leverantören ska uteslutas med stöd av 13 kap., och

3. att leverantören uppfyller de kriterier som myndigheten har angett att den kommer att tillämpa enligt 6 § och de krav som myndigheten har ställt enligt 14 kap. 1-5 §§.

Vid en kontroll ska myndigheten tillämpa 15 kap.

Enligt 16 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet tilldela den leverantör ett kontrakt vars anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga för myndigheten. Vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska utvärderas på någon av följande grunder:

1. bästa förhållandet mellan pris och kvalitet,
2. kostnad, eller
3. pris.

Myndigheten ska i något av upphandlingsdokumenten ange den grund för utvärdering av anbud som den avser att använda.

Enligt 20 kap. 4 § LOU anges följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva

1. en upphandling, och
2. giltigheten av ett avtal som har slutits mellan en upphandlande myndighet och en leverantör.

Av 20 kap. 6 § LOU följer att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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.

EU-domstolen har i dom av den 14 juli 2016, TNS Dimarso, C-6/15, EU:C:2016:555, funnit att artikel 53.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om offentlig upphandling av byggtreprenader, varor och tjänster – mot bakgrund av principen om likabe-

handling och den skyldighet till öppenhet som följer av denna princip – ska tolkas så, att i en situation där ett offentligt upphandlingskontrakt avseende tjänster ska tilldelas utifrån kriteriet om det från den upphandlande myndighetens perspektiv sett ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, är nämnda myndighet inte skyldig att i meddelandet om offentlig upphandling eller i förfrågningsunderlaget för den berörda upphandlingen upplysa potentiella anbudsgivare om den bedömningsmetod som den har tillämpat för att konkret värdera och klassificera anbuden. Denna metod får emellertid inte leda till att tilldelningskriterierna och den relativa viktningen av dessa ändras.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

EU-domstolens ovan redovisade dom visserligen avsåg det direktiv som låg till grund för den numera upphävda lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, ÄLOU, och bedömning av tilldelningskriterier. Enligt förvaltningsrättens mening är domen dock relevant avseende såväl det direktiv som ligger till grund för LOU (och därmed även LOU) som sådan anbudsprövning som är aktuell i förevarande mål (prövning av om obligatoriska krav avseende offererade produkter [tekniska specifikationer] är uppfyllda i en upphandling där tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn till pris).

Föreskrifterna i upphandlingsdokumenten

Det förhållandet att det uppställts obligatoriska krav på att anbudsprover ska lämnas in, samtidigt som tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördel-

aktiga anbudet med hänsyn till pris anbudsprover, kan inte förstås på annat sätt än att anbudsproverna skulle användas vid en kontroll av om obligatoriska krav uppfylldes eller inte. Det framgår således otvetydigt av upphandlingsdokumenten att leverantörerna skulle lämna anbudsprover och att regionen skulle använda dessa för att kontrollera uppfyllelsen av de i kravspecifikationen respektive produktspecifikationen angivna obligatoriska kraven. Mot bakgrund av EU-domstolens ovan redovisade dom, kan regionen inte anses ha varit skyldig att i förväg lämna detaljerad information om vilken metod som skulle användas för att pröva om offererade produkter uppfyllde de obligatoriska kraven eller inte. Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten därför att bolaget inte förmått göra sannolikt att upphandlingsdokumenten har utformats i strid med LOU.

Den genomförda anbudsprövningen och dess underlag

Kontrollen huruvida inlämnade anbudsprover uppfyller angivna obligatoriska krav har genomförts av en intern expertgrupp. I de fall kontrollen resulterat i att aktuellt anbudsprov inte ansetts uppfylla kraven har detta motiverats genom angivande av relevanta protokollsanteckningar från anbudsprövningen. I dessa protokollsanteckningar har visserligen inte specificerats vilket eller vilka enskilda obligatoriska krav som inte uppfyllts. Protokollsanteckningarna måste därför läsas tillsammans med upphandlingsdokumentens kravspecifikation respektive produktspecifikation. Lästa på detta sett har protokollsanteckningarna en relevant koppling till obligatoriska krav som på förhand definierats i upphandlingsdokumenten. Vad bolaget anför om att kommentarerna är kortfattade och inte erhåller en mer fullständig redovisning av hur aktuell produkt har kontrollerats och mer exakt hur man har resonerat sig fram till aktuell slutsats medför därför inte att det är sannolikt att regionen har gjort en osaklig eller på annat sätt felaktigt bedömning. Bolaget har således inte förmått göra sannolikt att regionens anbudsprövning har genomförts i strid med föreskrifterna i upphandlingsdokumenten eller på annat sätt i strid med LOU.

Bolagets frågor till regionen

Bolaget har ställt detaljerade frågor till regionen angående den metod som använts vid regionens kontroll av produkterna och vilka närmare överväganden som gjorts i samband med denna kontroll. Regionen kan dock inte anses skyldig att i efterhand lämna sådan detaljerad information. Det är istället tillräckligt att resultatet av prövningen anges och det huvudsakliga skälet/de huvudsakliga skälen för detta. Därefter är det bolaget som har att göra sannolikt att regionen avvikit från upphandlingsdokumentens föreskrifter eller på annat sätt brutit mot LOU. Mot bakgrund härav och med beaktande av de bedömningar som gjorts ovan finner förvaltningsrätten att bolaget inte förmått göra sannolikt att regionen – genom att inte lämna bolaget sådan detaljerad information om anbudsprövningens genomförande som bolaget begärt – brutit mot de krav på öppenhet och tydlighet i förfarandet som följer av LOU. Inte heller i övrigt har bolaget förmått göra sannolikt att upphandlingsförfarandet genomförts i strid med LOU:s föreskrifter.

Sammanfattande bedömning

Bolaget har inte förmått göra sannolikt att regionen brutit mot LOU på sätt som medför att bolaget lider eller kan komma att lida skada i LOU:s mening. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i bilaga (DV 3109/1 D LOU).

Kjell Hammarborg

Rådmannen Kjell Hammarborg har avgjort målet. Föredragande jurist har varit Ulf Nordberg.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,

5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

