



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2014-04-09
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
6809-13
Enhet 1

SÖKANDE

BSN Medical AB, 556605-6197

Ombud:

Advokat Natalie Svensson
Jur. kand. Susanna Wetzler
Magnusson Advokatbyrå
Hamngatan 4
211 22 Malmö

KONKURRENSVERKET	
2014-04-10	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

MOTPARTER

1. Landstinget Dalarna
2. Landstinget Sörmland
3. Örebro läns landsting
4. Landstinget i Västmanland
5. Landstinget i Uppsala län
6. Eskilstuna kommun
7. Flens kommun
8. Gnesta kommun
9. Katrineholms kommun
10. Nyköpings kommun
11. Oxelösunds kommun
12. Strängnäs kommun
13. Trosa kommun
14. Vingåkers kommun

genom Varuförsörjningen
Landstinget i Uppsala län
Virdings Allé 32 B
754 50 Uppsala

SAKEN

Offentlig upphandling

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits genom att anbudet från BSN Medical AB i produktgrupperna 158 och 159 beaktats vid en ny anbudsprövning.

Dok.Id 115484

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00

E-post: forvaltningsrattenuppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Varuförsörjningen har för ett antal landsting och kommuner gjort en upphandling av förbandsmaterial, dnr VF2012-0008. Tilldelningsbeslut fattades den 18 december 2013.

YRKANDEN M. M.

BSN Medical AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att bolagets anbud tas upp till prövning samt att bolaget tilldelas kontrakt avseende produktgrupperna 158 och 159 i upphandlingen.

Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande. Bolagets offererade produkter inom produktgrupperna 158 och 159 har felaktigt uteslutits. Bolaget har offererat lägst pris och skulle därmed ha vunnit i dessa delar.

Ett av de obligatoriska kraven avseende såväl produktgrupp 158 som 159 har varit att produkten är klippbar. Bolaget har bekräftat detta genom att i enlighet med förfrågningsunderlaget svara ”ja” i sitt anbud. Det har av den upphandlande myndigheten inte efterfrågats något krav på produktblad eller annan information för att styrka de obligatoriska kraven. Den upphandlande myndigheten har i strid med förfrågningsunderlaget uteslutit anbudet med motiveringen att kravet på klippbarhet inte uppfyllts. I produktens bruksanvisning anges visserligen att ”förbandet egentligen inte är tänkt att klippas till önskad storlek”. Om detta skulle bli nödvändigt kan de absorberande partiklarna komma i kontakt med sårbädden, vilket dock inte i sig är farligt. Den hydrogel som bildas kan sköljas bort i samband med nästa förbandsbyte. Hydrogel används även som en enskild produkt för att förbättra sårsläkning. Även om produkterna inte har enkom utformats med syftet att klippas så är detta fullt möjligt och görbart och absolut inte något som inverkar negativt på vare sig produkt eller vård. Formuleringen i pro-

duktbladet indikerar i sitt sammanhang att förbandet är klippbart även om det inte enkom har utformats med detta syfte. Det anges inte i bruksanvisningen att det skulle föreligga några risker om förbandet klipps vilket hade gjorts om så varit fallet.

Den upphandlande myndigheten har i förfrågningsunderlaget inte närmare specificerat vad den avsett med ”klippbar”. Myndigheten har inte heller angett på vilket sätt bolagets offererade produkt inte skulle uppfylla kravet på klippbarhet. Att det i bruksanvisningen anges att förbandet inte är tänkt att klippas till önskvärd storlek betyder inte att produkten inte är klippbar. Bruksanvisningen är inte i strid med förfrågningsunderlaget. Bolagets produkt uppfyller samtliga krav som ställs på den i förfrågningsunderlaget.

De offererade produkterna har sedan länge levererats till ett flertal landsting och förbanden används bl.a. på detta sätt idag, dvs. klipps till önskad storlek. Bolaget har hittills inte fått erfara några klagomål eller reklamationer med anledning av att förbandet klippts.

Den upphandlande myndigheten har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att i strid med förfrågningsunderlaget ta hänsyn till uppgifter som inte efterfrågats utan att kontrollera uppgifterna.

Av fastställd praxis framkommer att om det i förfrågningsunderlaget inte uppställts något krav på att anbudsgivaren ska styrka riktigheten i sitt svar har den upphandlande myndigheten inte någon rätt att utesluta en anbudsgivare som bekräftat att ett obligatoriskt krav är uppfyllt. Detta gäller även om det på annat sätt anses framgå av ett anbud att kravet inte är uppfyllt.

I upphandlingsprotokollet anges att samtliga anbudsgivare uppfyller kvalificeringskraven och går vidare till utvärdering. Trots detta har bolagets anbud felaktigt uteslutits.

Eftersom bolaget offererat lägst pris för de ifrågavarande produktgrupperna skulle bolagets anbud ha antagits. Bolaget har därför lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada av bristerna i upphandlingen.

Landstingen och kommunerna (myndigheterna) bestrider bifall till bolagets ansökan och anför i huvudsak följande.

Det finns inte något stöd i rättskällorna för att en upphandlande myndighet är skyldig att kontrollera att lämnade uppgifter i anbud är riktiga. Däremot har myndigheten alltid rätt att kontrollera riktigheten i en lämnad uppgift.

Bolaget har bifogat produktblad till aktuella produkter utan att Varuförsörjningen behövt efterfråga det. Myndigheten ska självklart grunda sina beslut på omständigheter som myndigheten har kännedom om.

Av förfrågningsunderlaget framgår att endast anbud som uppfyller ställda obligatoriska krav utvärderas. Vidare framgår det att anbud med ofullständiga eller oriktiga uppgifter kan uteslutas.

Det har i förfrågningsunderlaget angetts att produktblad kan komma att användas för att styrka kravuppfyllnad.

Av bolagets bifogade produktblad framgår uttryckligen att den offererade produkten inte är avsedd att klippa i. Varuförsörjningens beslut grundas helt och hållet på uppgift lämnad av bolaget i dess eget anbud. Av produktbladet framgår även att de absorberande partiklarna inuti förbandet vid klippning kommer i kontakt med sårbädden.

Bolagets uppgift om att de absorberande artiklarna är ofarliga kan varken vitsordas eller bestridas. Man ställer sig frågande till varför hydrogel, som

påstås förbättra sårhäkning, behöver sköljas bort. Det är i vart fall inte styrkt vad bolaget påstår om de absorberande artiklarna.

Det ifrågasätts inte att andra vårdgivare begagnar sig av bolagets offererade produkt. Uppgiften är dock irrelevant i detta mål.

Såvitt gäller uppgiften i upphandlingsprotokollet att samtliga anbudsgivare uppfyller kvalificeringskraven och går vidare till utvärdering är detta fråga om en felskrivning. Felskrivningen saknar relevans eftersom det också framgår att bolagets anbud inte uppfyller kravet på klippbarhet.

För det fall att bolagets ansökan vinner bifall i någon del är förvaltningsrättens möjlighet begränsad till att förordna om rättelse, dvs. ett ingripande kan inte innefatta förordande om att bolaget ska tilldelas kontrakt.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten ska pröva om det finns skäl att, enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, ingripa mot landstingets upphandling med anledning av de grunder bolaget anfört.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det i upphandlingens förfrågningsunderlag inom produktgrupperna 158 och 159 ställts krav på att

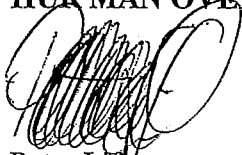
produkten ska vara "klippbar". Produktens egenskaper härvid har inte närmare preciserats. Det generella kravet på klippbarhet får därmed anses vara relativt lågt ställt. Det har vidare i förfrågningsunderlaget inte ställts något krav på att anbudsgivaren i sitt anbud ska kunna visa att produkten uppfyller det efterfrågade kravet.

Det kan därefter konstateras att det i det av bolaget bifogade produktbladet angetts att "förbandet egentligen inte är tänkt att klippas till önskad storlek". Av formuleringen följer en reservation såvitt gäller produktens användbarhet vad gäller klippbarhet. Det står i vart fall klart att produkten ifråga inte är optimalt utformad för att kunna klippas till i enlighet med en användares önskemål och behov. Bolaget har dock i målet anfört att produkten ändå utan större förfång kan klippas av användare och angett att de offererade produkterna sedan länge har levererats till ett flertal landsting och att förbanden används bl.a. på detta sätt idag, dvs. klippas till önskad storlek, utan att det föranlett klagomål eller reklamationer. Myndigheterna har å sin sida ställt sig frågande till om hydrogel, som bildas om absorberande partiklar kommer i kontakt med sårbedden såsom fallet kan bli om förbandet klippas, verkligen främjar sårhäkning och varför hydrogelen i så fall måste sköljas bort.

Frågan är om den i produktbladet lämnade reservationen får anses ha förtagit verkan av att bolaget i anbudet angett att produkten uppfyller förfrågningsunderlagets krav på klippbarhet. Förvaltningsrätten gör bedömningen att det inte av produktbladets uppgifter framgår att produkten inte uppfyller krav på klippbarhet såsom det formulerats i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten hade således inte fog att utan närmare undersökning förkasta bolagets anbud. Det har i målet inte framkommit omständigheter som utvisar att förbanden inte går att klippa eller att det är olämpligt att de klippas till önskad storlek. Genom att bolagets anbud har förkastats har bolaget lidit skada. Bolagets ansökan om överprövning ska mot

denna bakgrund bifallas på så sätt att upphandlingen inte får avslutas för-
rån rättelse vidtagits genom att anbudet från BSN Medical AB i produkt-
grupperna 158 och 159 beaktats vid en ny anbudsprövning.

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



Peter Lif

rådman

Målet har handlagts av Carl Martin Gölstam.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 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 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. 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 kammarrätten.
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.