



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I LINKÖPING**

**DOM**  
2017-05-23  
Meddelad i Linköping

Mål nr  
2526-17  
2602-17

**SÖKANDE**

Bolaget Diagnostiska och Kirurgiska Aktiebolag, 556376-1310  
Box 308  
433 25 Partille

Ombud: Jurist Hanna Lundqvist  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

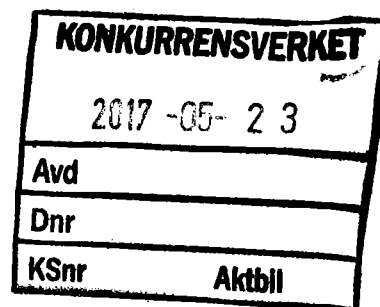
**MOTPARTER**

1. Östergötlands läns landsting, 232100-0040  
Upphandlingscentrum  
581 91 Linköping

2. Landstinget i Kalmar län, 232100-0073  
Box 601  
391 26 Kalmar

**SAKEN**

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



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förordnar om att upphandlingen ska göras om såvitt avser avtalsområdena 1, 2, 3, 5, 6 och 10.

Dok.Id 288478

**Postadress**  
Box 406  
581 04 Linköping

**Besöksadress**  
Brigadgatan 3

**Telefon**  
013-25 11 00  
**E-post:** [forvaltningsratten@linkoping@dom.se](mailto:forvaltningsratten@linkoping.dom.se)  
[www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se](http://www.forvaltningsratten@linkoping.domstol.se)

**Telefax**  
013-25 11 40

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

**BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Östergötlands läns landsting och Landstinget i Kalmar län (Landstingen) genomför gemensamt upphandlingen *Kirurgiska instrument UC-2015-326* (upphandlingen). Upphandlingen utgör ett ramavtal och genomförs genom öppet förfarande enligt LOU. Tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet varav vissa produkter har värderats utifrån endast pris och andra utifrån bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Landstingen har vad avser de i målet aktuella anbudsområdena antagit anbud lämnat av B. Braun Medical AB (anbudsområde 3, 5 och 6) samt Stille AB (anbudsområde 1, 2 och 10). Bolaget Diagnostiska och Kirurgiska Aktiebolag (bolaget) anbud har förkastats med hänvisning till att det inte uppfyllde vissa obligatoriska krav för anbudsområdena 1, 2, 3, 5, 6 och 10.

Bolaget ansöker nu om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om avseende avtalsområdena 1, 2, 3, 5, 6 och 10.

Landstingen motsätter sig bifall till ansökan.

**VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS ANFÖRT****Bolaget**

*Upphandlingsdokumentet strider mot likabehandlings- och transparensprincipen*

Landstingen har genom utformningen av upphandlingsdokumentet agerat i strid mot likabehandlings- och transparensprincipen då det inte tydligt framgår vilka egenskaper hos produkterna som krävs för att de ska uppfylla de uppställda kraven. Upphandlingsdokumentet innehåller visserligen, i vissa delar, övergripande beskrivningar av vilka egenskaper offererade produkter

ska ha, men mycket begränsad vägledning om vad Landstingen kan komma att godta och inte godta vid prövningen av anbud. Det framgår inte heller av upphandlingsdokumentet hur bedömningen av uppställda obligatoriska krav kommer att ske. Anbudsgivarna har därmed inte kunna bilda sig en uppfattning av vilka egenskaper Landstingen kommer att kräva vid prövningen och har därmed inte kunnat förutse hur ett konkurrenskraftigt anbud ska utformas. Anbudsgivarna har inte någon skyldighet att påpeka eventuella otydligheter i upphandlingsdokumentet. Vad Landstingen anför om att bolaget inte har påtalat otydligheterna under anbudstiden är därmed irrelevant. Genom att inte på förhand ange vad man kommer att ta hänsyn till vid prövning av anbuden har Landstingen haft en obegränsad valfrihet och prövningsrätt vid genomförande av upphandlingen.

*Landstingens tillämpning av uppställda krav strider mot likabehandlings- och transparensprincipen*

Utöver att det av upphandlingsdokumentet inte går att utläsa hur bedömningen av uppställda utvärderingskriterier kommer att ske och vad Landstingen kommer att ta hänsyn till vid prövningen, går det inte att av utvärderingsprotokollet utläsa vad Landstingen faktiskt har tillmätt betydelse. Av protokollet framgår endast om offererade produkter uppfyller kravet eller inte. Någon ytterligare motivering lämnas inte. Landstingen kan inte heller i efterhand och på direkta frågor från bolaget ge någon ytterligare information om hur bedömningen av kravuppfyllnad har gjorts. Utvärderingsprotokollet är den enda dokumentation som Landstingen har upprättat avseende bedömningen av anbuden. För att uppfylla kravet på transparens räcker det inte att – som Landstingen gör – endast hänvisa till att en produkt inte uppfyller ett visst krav, utan att ange varför produkten inte uppfyller kravet och på vilket sätt produktens egenskaper inte är tillräckliga.

Landstingens bedömning av om offererade produkter uppfyller kraven har dessutom gjorts på ett sätt som möjliggör godtycke och ger Landstingen en obegränsad valfrihet. Bolaget ifrågasätter inte att det är den upphandlande myndigheten som har att utforma krav och kriterier i en upphandling, men det finns ett antal objektiva kriterier att ställa upp i syfte att avgöra om aktuella krav är uppfyllda. Exempelvis kan ett värde i Newton användas för att definiera när pincetter ska anses ha lågt motstånd i fjädringen och ett mått i millimeter kan anges för att bestämma hur stora fingeröglorna ska vara för att anses rymliga. Landstingen har emellertid inte tillämpat några sådana objektiva kriterier utan det har helt varit referensgruppens subjektiva upplevelser som avgör om kravet anses uppfyllt eller inte. Då referensgruppen har saknat objektiva kriterier att utgå ifrån vid bedömningen av anbuden är det inte relevant vilken kompetens gruppen hade eller om den testat alla föremål på samma sätt. Gruppen har ju vid varje enskild bedömning varit tvingad att utgå från sin subjektiva upplevelse och har därmed kunnat väga in ovidkommande hänsyn i bedömningen. Gruppens medlemmar har sannolikt haft kännedom om vilken anbudsgivare som lämnat vilket anbudsprov eftersom Landstingen, efter påpekande från bolaget om svårigheten med att efterleva krav på att anbudsproverna skulle vara omärkta, tog bort detta obligatoriska krav. Vad Landstingen anför om att referensgruppen har använt sig av samma tillvägagångssätt vid bedömningen av samtliga anbud är därför inte relevant. För att upphandlingen ska stå i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen krävs inte att det är visat i målet att referensgruppen de facto har tagit ovidkommande hänsyn vid bedömningen av anbuden utan det är tillräckligt att upphandlingsdokumentets otydliga utformning medför en risk för att gruppens bedömning påverkas av ovidkommande hänsyn och godtycklighet.

Eftersom Landstingen inte har använt några objektiva kriterier vid testerna visar resultatet av testerna inte vilken produkt som bäst uppfyller Landstingens behov, så som de är beskrivna i upphandlingsdokumentet. Utformningen

av kraven innebär att Landstingen i efterhand kan konstruera vilka egenskaper hos produkterna som medför att produkten uppfyller de uppställda kraven och därmed vilka anbud som är konkurrenskraftiga. Resultatet av testerna är därmed inte heller förutsägbart och en rimligt informerad anbudsgivare har inte kunnat förutse hur denne ska utforma sitt anbud för att anbudet ska vara så konkurrenskraftigt som möjligt.

Nedanstående krav utgör exempel på otydligt utformade obligatoriska krav och Landstingens felaktiga tillämpning av upphandlingsunderlaget i de aktuella anbudsområdena.

*Anbudsområde 1: Saxar samt Anbudsområde 2: Saxar Supercut*

- God skärpa

Landstingen anger i avsnitt 7.2.1 b) respektive 7.3.1 c) i upphandlingsdokumentet att saxarna ska ha god skärpa. Vad som utgör god skärpa definieras i avsnitt 6.1.1 i upphandlingsdokumentet, där Landstingen anger att produkten ska vara tillräckligt slipad för att "med lätthet" kunna ta sig igenom flera olika vävnader. Det går emellertid inte att utläsa av upphandlingsdokumentet vad "med lätthet" innebär, exempelvis hur snittet i testmaterialet ska se ut för att produkten ska anses uppfylla kravet. Landstingen anger visserligen i avsnitt 7.2.1 respektive 7.3.1 i upphandlingsdokumentet hur testet av saxarna kommer att genomföras, nämligen genom att referensgruppen kommer att klippa med saxarna i träningsband typ Thera-Band. Bolaget har efterfrågat dokumentation från testtillfället, t.ex. dokumentation för genomförda snitt i testmaterialet för respektive produkt, jämförelse mellan olika saxars snitt och information om hur referensgruppen har gjort bedömningen av de olika snitten. Någon sådan dokumentation finns emellertid inte. Enligt Landstingen har referensgruppen fått ge en samlad bedömning om definitionen av god skärpa, och således kravet, kunde anses vara uppfyllt.

Nämnas bör att bolaget tidigare har försett Landstingen med det träningsband typ Thera-Band i vilket saxarnas skärpa testades och är därför väl förtroget med materialet och att bolagets offererade saxar med lätthet tar sig igenom det. Bolaget ifrågasätter mot den bakgrunden att Landstingen vid bedömningen av saxarna i den nuvarande upphandlingen anser att saxarna inte har en god skärpa. Landstingen har dessutom – eftersom bolaget sedan den 1 september 2013 levererar kirurgiska instrument till Landstingen – använt aktuella saxar i närmare fyra år utan att ha framfört klagomål på dess skärpa.

- Rymliga fingeröglor

Landstingen anger i avsnitt 7.2.1 d) att saxarna ska ha rymliga fingeröglor. Vad som utgör rymliga fingeröglor definieras i avsnitt 6.1.2 i upphandlingsdokumentet, där Landstingen anger att öglornas storlek ska vara anpassade för händer från storlek 6-8,5, enligt gällande standard för handskstorlekar. Det går överhuvudtaget inte att utläsa av upphandlingsdokumentet vad kravet innebär, eftersom hänvisningen till handskstorlekar inte går att härleda till ett visst mått. Handskar består av ett flexibelt material som anpassar sig efter användarens handstorlek. Det innebär att en person med större händer kan välja en mindre handskstorlek och en person med mindre händer kan välja en rymligare handskstorlek. Det framgår inte heller av upphandlingsdokumentet hur bedömningen av om offererade saxar har rymliga fingeröglor ska göras. Bolaget har efterfrågat dokumentation från testillfället och information om hur referensgruppen har gjort bedömningen, exempelvis om Landstingen har bestämt ett visst mått i millimeter som avgör om öglorna är tillräckligt rymliga för att uppfylla kravet. Landstingen har emellertid inte uppställt någon sådan objektiv grund för prövningen. I stället har personer i referensgruppen som normalt använder handskstorlekar inom intervallet 6 – 8,5 utvärderat instrumentet genom att ”sätta på sig det” och testa att klippa.

Referensgruppen har inte dokumenterat de bedömningar som gjorts. En persons upplevelse av om fingeröglornas storlek är anpassade för händer från handskstorlek 6-8,5 kan givetvis variera, särskilt mot bakgrund av att personer med lika stora händer kan föredra olika handskstorlekar och tvärtom.

Landstingen har bedömt nio olika saxar från bolaget inom anbudsområde 1. Av dessa bedömde Landstingen att två saxar uppfyllde samtliga krav och att tre saxar hade för små fingeröglor. Fingeröglornas innermått på de godkända saxarna och de saxar som Landstingen ansåg hade för små fingeröglor varierade mellan, som minst, 19x23 millimeter och, som mest, 21x25 millimeter. En variation om endast två millimeter utgjorde alltså, enligt Landstingen, en så avgörande skillnad att den ena saxens utformning ansågs uppfylla kravet och den andra saxens utformning medförde att anbudet förkastades avseende anbudsområdet. Det framgår inte av upphandlingsdokumentet att en sax som har ett innermått om 19x23 millimeter inte anses uppfylla kravet och att en sax som är 21x25 millimeter gör det. Landstingen har dessutom – eftersom bolaget sedan den 1 september 2013 levererar kirurgiska instrument till Landstingen – använt aktuella saxar i närmare fyra år utan att ha framfört klagomål på fingeröglornas storlek. Bolaget ifrågasätter mot den bakgrunden att Landstingen vid bedömningen av saxarna i den nuvarande upphandlingen anser att saxarna inte har tillräckligt rymliga fingeröglor.

- Klippa ända ut i spets

Landstingen anger i avsnitt 7.2.1 e) respektive 7.3.1 d) i upphandlingsdokumentet att saxarna ska klippa ända ut i spets. Det framgår inte av upphandlingsdokumentet vad innebörden av kravet är. Det anges visserligen i avsnitt 7.2.1 respektive 7.3.1 att kravet kommer att testas av referensgruppen i samma material som vid test av god skärpa. Det framgår emellertid inte hur referensgruppen kommer att göra bedömningen av om kravet är

uppfyllt. Bolaget har efterfrågat dokumentation från testillfället och information om hur referensgruppen har gjort bedömningen. Landstingen kunde emellertid inte ge någon sådan information utan angav endast att referensgruppen fick ge en samlad bedömning om saxen hade förmåga att klippa ut i spets. Referensgruppen har inte heller i detta fall dokumenterat sina bedömningar.

Som framgår ovan har bolaget tidigare försett Landstingen med det träningsband typ Thera-Band som testet utfördes på. Bolaget är därför väl förtroget med materialet och att bolagets offererade saxar klipper ända ut i spets i det. Bolaget ifrågasätter mot den bakgrunden att Landstingen vid bedömningen av saxarna i den nuvarande upphandlingen anser att saxarna inte klipper ända ut i spets.

#### *Anbudsområde 3: Pincetter*

Landstingen anger i avsnitt 7.4.1 a) i upphandlingsdokumentet att pincetterna ska ha lågt motstånd i fjädringen vid stängning. Det framgår inte av upphandlingsdokumentet vad Landstingen anser vara ett lågt motstånd i fjädringen. Det framgår inte heller av upphandlingsdokumentet hur Landstingen kommer att genomföra testet av om fjädringen har lågt motstånd. Bolaget har efterfrågat dokumentation från testillfället och information om hur referensgruppen har gjort bedömningen, exempelvis om Landstingen har fastställt ett värde i Newton för de respektive pincetterna och, i så fall, vad det uppmätta värdet under testet uppgick till. Landstingen har emellertid inte fastställt några sådana objektiva värden. I stället har testet, enligt Landstingen, skett genom att låta medlemmarna i referensgruppen testa att klämma ihop pincetten med sina fingrar. Referensgruppen har inte dokumenterat sina bedömningar. Olika personers upplevelse av vad som utgör "lågt motstånd" varierar givetvis och ett test som består i att ett antal personer trycker ihop pincetten kan därför ge olika utfall beroende på vem som ingår i referens-



gruppen. Landstingen har dessutom använt aktuella pincetter i närmare fyra år utan att ha framfört klagomål på ett för högt motstånd. Bolaget ifrågasätter också mot den bakgrunden att Landstingen vid bedömningen av pincetterna i den nuvarande upphandlingen anser att pincetterna har ett för högt motstånd.

*Anbudsområde 5: Peanger*

- Rymliga fingeröglor

Landstingen anger i avsnitt 7.6.1 b) i upphandlingsdokumentet att peangerna ska ha rymliga fingeröglor. Vad som utgör rymliga fingeröglor definieras i avsnitt 6.1.2 i upphandlingsdokumentet, där Landstingen anger att öglornas storlek ska vara anpassade för händer från storlek 6-8,5, enligt gällande standard för handskstorlekar. Som nämnts ovan innebär detta att det inte går att utläsa vad kravet innebär, eftersom hänvisningen till handskstorlekar inte går att härleda till ett visst mått. Det framgår inte heller av upphandlingsdokumentet hur bedömningen av om peangens fingeröglor är rymliga ska göras och Landstingen har inte dokumenterat hur bedömningen har gjorts. Bolaget utgår emellertid från att referensgruppens test av peangernas fingeröglor har gjorts på liknande sätt som för saxar, det vill säga genom att personer i referensgruppen har "satt på sig" instrumentet. Återigen blir referensgruppens subjektiva bedömning avgörande och i strid mot likabehandlings- och transparensprincipen.

Bolaget lämnade, i enlighet med avsnitt 7.6.3 i upphandlingsdokumentet, åtta anbudsprover inom anbudsområde 5. Landstingen har emellertid endast gjort en bedömning av fyra olika peanger. Av dessa bedömde Landstingen att en peang uppfyllde samtliga krav och att en peang hade för små fingeröglor. Fingeröglornas innermått på den godkända peangen var 22x27 millimeter och motsvarande mått på den peang som Landstingen ansåg hade för

små ringeröglor var 19x24 millimeter. En variation om endast tre millimeter utgjorde alltså, enligt Landstingen, en så avgörande skillnad att den ena peangen ansågs uppfylla kravet och den andra peangen medförde att anbudet förkastades avseende anbudsområdet. Det framgår inte av upphandlingsdokumentet att en peang som har ett innermått om 19x24 millimeter inte anses uppfylla kravet och att en peang som är 22x27 millimeter gör det. En rimligt informerad anbudsgivare har därmed inte kunnat förutse vilka egenskaper offererade produkter ska ha för att uppfylla kravet och hur denne ska utforma sitt anbud för att anbudet ska vara så konkurrenskraftigt som möjligt. Landstingen har därtill använt bolagets peanger i närmare fyra år utan att ha framfört klagomål på fingeröglornas storlek. Bolaget ifrågasätter mot den bakgrunden att Landstingen vid bedömningen av peangerna i den nuvarande upphandlingen anser att peangerna inte har tillräckligt rymliga fingeröglor.

- Öppnas och stängas med en hand

Landstingen anger i avsnitt 7.6.1 d) i upphandlingsdokumentet att peangerna ska kunna öppnas och stängas med en hand. Det framgår inte av upphandlingsdokumentet hur Landstingen avser att testa om offererade peanger uppfyller kravet. Bolaget har offererat peanger som är utformade för att kunna öppnas och stängas med en hand och ifrågasätter mot den bakgrunden Landstingens bedömning att en av de offererade peangerna inte uppfyller kravet i avsnitt 7.6.1 d) i upphandlingsdokumentet. Bolaget ifrågasätter också hur referensgruppen har genomfört bedömningen. Peanger är handgjorda instrument som kräver en viss hantering för att uppnå avsedd funktion. Exempelvis kan peangen bli trög om leden motioneras för många gånger utan att ha blivit smord, vilket skulle kunna utgöra en orsak till att peangen upplevs som trög att öppna och stänga med en hand av de referenspersoner som har testat peangen. Då Landstingen inte har dokumenterat referensgruppens bedömningar saknas det emellertid möjlighet att avgöra hur

bedömningen har gjorts och vilka egenskaper hos bolagets offererade peang som medförde att den inte ansågs uppfylla kravet.

- Hänsyn till omständigheter som inte framgår av upphandlingsdokumentet

Landstingen har avseende en av bolagets offererade peanger angett att den är ”vass i spetsen” och en ”patientrisk”. Det framgår inte av upphandlingsdokumentet att spetsens utformning är en parameter som Landstingen tar hänsyn till vid prövning av om de offererade peangerna uppfyller obligatoriska krav.

#### *Anbudsområde 6: Nålförare*

Landstingen anger i avsnitt 7.7.1 c) i upphandlingsdokumentet att nålföraren ska vara lätt att öppna och stänga med en hand. Det framgår emellertid inte av upphandlingsdokumentet hur trög en nålförare får vara för att Landstingen ska anse att den är lätt att öppna och stänga med en hand. Det framgår inte heller av upphandlingsdokumentet hur Landstingen kommer att genomföra testet av om nålföraren är lätt att öppna och stänga med en hand. Bolaget har efterfrågat dokumentation från testtillfället och information om hur referensgruppen har gjort bedömningen, exempelvis om referensgruppen har uppmätt ett värde avseende trögheten och i så fall vilket. Enligt Landstingen är bedömningen gjord genom att referensgruppen har testat att öppna och stänga nålföraren med sina fingrar. Om referensgruppen upplevde att nålföraren var trög vid stängning bedömdes produkten inte vara lätt att öppna och stänga med en hand och ansågs därför inte uppfylla kravet. Bolaget har offererat nålförare som är utformade för att kunna öppnas och stängas med en hand och ifrågasätter mot den bakgrunden Landstingens bedömning att en av de offererade nålförarna inte uppfyller uppställt krav.

Bolaget ifrågasätter också hur referensgruppen har genomfört bedömningen. Precis som peanger är nålförare handgjorda instrument, som kan bli tröga om leden motioneras för många gånger utan att ha blivit smord. En nålförare får dessutom en helt annan egenskap när den har en nål mellan sig än när den testas utan motstånd. Om Landstingen har genomfört testet genom att personer i referensgruppen har fått öppna och stänga nålföraren med sina fingrar, utan något motstånd, är testet därför irrelevant för att mäta nålförarens egenskaper vid avsedd användning. Då Landstingen inte har dokumenterat referensgruppens tillvägagångssätt och bedömningar saknas det möjlighet att avgöra hur bedömningen har gjorts och vilka egenskaper hos bolagets offererade nålförare som medförde att de inte ansågs uppfylla kravet. Oavsett hur testet har gjorts så varierar givetvis olika personers upplevelse av vad som är trögt och ett test som består i att ett antal personer öppnar och stänger nålföraren kan därför ge olika utfall beroende på vem som ingår i referensgruppen.

*Anbudsområde 10: Fattningsstänger och kärklämmare*

Landstingen anger i avsnitt 7.11.1 e) i upphandlingsdokumentet att tängerna ska vara fjädrande. Det framgår emellertid inte av upphandlingsdokumentet vad som avses med fjädrande och vilka egenskaper offererade tänger ska ha för att de ska uppfylla kravet. Bolaget har efterfrågat information om ifall Landstingen har fastställt ett värde för vad som anses utgöra en fjädrande tång och vad det värdet i så fall uppgår till. Enligt Landstingen finns det emellertid inte något sådant fastställt värde. Landstingen kan inte svara på hur referensgruppen har gjort bedömningen och bedömningen är inte dokumenterad. Upphandlingsdokumentets utformning, referensgruppens tillvägagångssätt vid prövningen och Landstingens avsaknad av dokumentation av prövningen har gett Landstingen en obegränsad valfrihet och fri prövningsrätt av anbudet inom anbudsområdet. Vidare framgår det av upphandlingsdokumentet att det är anbudsgivaren som ska svara på frågan om täng-

erna är fjädrande eller inte. Det framgår av att kravet i avsnitt 7.11.1 e) inte åtföljs av en symbol med ett frågetecken i. Den symbolen indikerar att upphandlaren ska göra en bedömning och svara på frågan (se s. 1 i upphandlingsdokumentet). Avsaknaden av en sådan symbol innebär att det är anbudsgivaren som ska svara på frågan om kravet är uppfyllt. Trots att bolaget i anbudet har angett att den offererade tången är fjädrande har Landstingen förkastat bolagets anbud avseende anbudsområde 10 med motiveringen att den offererade tången inte uppfyller kravet i avsnitt 7.11.1 e). Landstingen har således bedömt bolagets offererade tång i strid mot upphandlingsunderlaget.

*Bolaget har lidit skada*

Bolaget har lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada till följd av felen i upphandlingen. Bolaget har på grund av de otydliga kraven och den godtyckliga bedömningen av offererade produkters kravuppfyllnad inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bolagets anbud skulle inte ha förkastats om Landstingen bedömt det i enlighet med kraven i upphandlingsdokumentet och i LOU. Bolaget hade därtill haft en möjlighet att offerera andra produkter med andra egenskaper om man hade vetat vilka egenskaper hos produkterna som krävdes för att uppfylla de obligatoriska kraven och hur kravuppfyllnaden skulle bedömas.

**Landstingen**

Beträffande de anbudsområden som är föremål för bolagets ansökan så framgår det av upphandlingsdokumentet vad som förväntas av offererade produkter inom respektive anbudsområde. Landstingen har beskrivit vad som ska utvärderas och hur utvärderingen av kraven ska ske. I avsnitt 6.1.1 har Landstingen angett vilka definitioner som ligger till grund för utvärdering av såväl obligatoriska krav som utvärderingskrav. Där anges bl.a. vilka

fingeröglor som är att bedöma som rymliga. De obligatoriska kraven är tydligt utformade och en upphandlande myndighet har alltid rätt att kontrollera att dessa är uppfyllda. Detta oavsett om bolaget i sitt anbud bekräftat att kravet uppfylls. Denna prövning har bl.a. genomförts avseende motstånd i fjädringen vid stängning av pincett. En normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare har kunnat förutse vilka egenskaper offererade produkter ska ha för att uppfylla kraven i upphandlingsdokumentet och förfarandet har såväl beskrivits som genomförts med den tydlighet som krävs för att tillgodose likabehandlings- och transparensprincipen.

I RÅ 2002 ref. 50 uttalar Högsta förvaltningsdomstolen att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds förnär. De grundläggande principerna har upprätthållits av Landstingen i denna upphandling och skäl för ingripande föreligger således inte på denna grund.

Vidare har bolaget inte under upphandlingens annonseringstid påpekat att de i upphandlingsdokumentet angivna definitionerna, kraven samt beskrivning av tillvägagångssätt ansetts vara otydliga. Om bolaget varit av uppfattningen att något varit otydligt kunde bolaget bett om ett förtydligande från Landstingen genom "Frågor och svar". Detta har inte gjorts varför bolagets invändning om bristande likabehandling och transparens synes vara en efterhandskonstruktion.

Landstingen har utvärderat inkomna anbudsprover i enlighet med vad som angivits i upphandlingsdokumentet. För Landstingen är det av största vikt att de produkter som ska användas i Landstingens vårdande verksamheter är av sådan kvalitet att patientsäkerheten upprätthålls. Referensgruppen upphandlingen består av vårdpersonal och instrumenttekniker som i sina dagliga

verksamheter använder likvärdiga produkter. Det finns således inget skäl att ifrågasätta referensgruppens kompetens eller de gjorda bedömningarna.

Bolaget synes vara av uppfattningen att Landstingen borde ha tillämpat vissa av bolaget nämnda kriterier, men det är den upphandlande myndigheten som har att utforma de krav och kriterier som sedan ska prövas. Landstingen har tydligt angett vilka krav och utvärderingskriterier som ska bedömas – om än inte alltid med exakthet beträffande hur produkterna ska testas i detalj. Detta innebär dock inte att de grundläggande principerna trätts för när. Vid vissa bedömningar av produkters egenskaper är det av naturliga skäl nästintill omöjligt att definiera med exakthet hur kraven ska uppfyllas. Således är en viss grad av subjektiv bedömning oundviklig. Landstingen har genom att använda sig av samma tillvägagångssätt vid utvärdering av samtliga anbud samt genom att referensgruppen lämnat gemensam bedömning per produkt, säkerställt att de grundläggande principerna inte trätts för när. Gruppens bedömningar har därmed inte gjorts med obegränsad valfrihet och godtycke.

Landstingen har i samband med utskick av tilldelningsbeslut även bifogat dokument vari det redogörs för hur anbudsproverna har bedömts. I dokumentationen har referensgruppen lämnat ett utfall samt hänvisat till relevant krav, för det fall en produkt inte uppfyller ställda krav. Det gruppen tillmätt betydelse vid utvärderingen är, genom hänvisning till relevant krav, tydligt. Detta i enlighet med upphandlingsdokumentets beskrivning av utvärderingens tillvägagångssätt.

Vad gäller avsaknad av märkning av anbudsprover så kan det inte anses strida mot LOU att en referensgrupp är medveten om vilken produkt som utvärderas. Det är inte på något sätt visat i målet att referensgruppen skulle ha tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen.

Slutligen har bolaget anfört att Landstingen nyttjar flera av deras offererade produkter i sina verksamheter i dagsläget utan att ha framfört klagomål under avtalstiden. Detta saknar dock relevans för huruvida Landstingen agerat i enlighet med LOU i denna upphandling.

## SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

### Rättslig reglering

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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av 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 (20 kap. 6 § LOU).

### Upphandlingsdokument

I kravspecifikationen anges bl.a. följande.

#### *6.1.1 Definitioner i förfrågningsunderlaget*

I detta förfrågningsunderlag förekommer definitioner, vars innebörd förtydligas nedan.

*Operationskvalitet* = Avser instrument med hög kvalitet gällande standarder på materialframställningen. Tillverkade enligt DIN EN ISO 13485:2003 och EEC 93/42. Instrumenten ska vara tillverkade av syrafast rostfritt stål enligt standard AISI 316/SS -EN 2343

*Normalkvalitet* = Inte att förväxla med avdelningskvalitet. Här avses begreppet instrument som **inte** har hårdmetallinlägg eller supercut-skär.



*God skärpa* = Produkten är tillräckligt slipad för att med lätthet kunna ta sig igenom flera olika vävnader.

*Gracil* = Produkten bibehåller en smal, fin och nätt utformning i samtliga storlekar.

*Rymliga fingeröglor* = Öglornas storlek ska vara anpassade för händer från storlek 6 - 8,5, enligt gällande standard för handskstorlekar.

*Nordisk design* = Instrumentet är utformat på sådant sätt att öglorna i handtaget är vertikala mot bladet. Bild nedan illustrerar ett instrument utformat med Nordisk design

-----

## 7.2 Anbudsområde 1: Saxar

### 7.2.1 Obligatoriska krav

Saxarnas skärpa kommer att testas av referensgrupp. Testet kommer att genomföras genom att klippa med saxarna i träningsband typ Thera-Band. Referensgruppen kommer gemensamt att avgöra om kravet kan uppfyllas.

Kravet "Saxen ska klippa ända ut i spets" kommer att testas av samma referensgrupp i samma material som ovan. Även i detta fall kommer en gemensam bedömning att avgöra om kravet kan uppfyllas.

a. Saxarna ska vara demonterbara och remonterbara vid service

Ja/Nej. Ja krävs

b. Saxarna ska ha god skärpa.

Ja/Nej. Ja krävs

c. Långa saxar ska behålla samma gracila utformning och precision som mindre storlekar

Ja/Nej. Ja krävs

d. Saxarna ska ha rymliga fingeröglor enligt definition i punkt 6.1.2.

Ja/Nej. Ja krävs

e. Saxarna ska klippa ända ut i spets

Ja/Nej. Ja krävs

-----

### 7.3 Anbudsområde 2: Saxar av typ Supercut

#### 7.3.1 Obligatoriska krav

Saxarnas skärpa kommer att testas av referensgrupp. Testet kommer att genomföras genom att klippa med saxarna i träningsband typ Thera-Band. Referensgruppen kommer gemensamt att avgöra om kravet kan uppfyllas.

Kravet "Saxen ska klippa ända ut i spets" kommer att testas av samma referensgrupp i samma material som ovan. Även i detta fall kommer en gemensam bedömning att avgöra om kravet kan uppfyllas.

a. Saxarna ska vara demonterbara och remonterbara

Ja/Nej. Ja krävs

b. Saxarna ska ha rymliga fingeröglor enligt definition i 6.1.2

Ja/Nej. Ja krävs

c. Saxarna ska ha god skärpa

Ja/Nej. Ja krävs

d. Saxarna ska klippa ända ut i spets

Ja/Nej. Ja krävs

e. Långa saxar ska behålla samma gracila utformning och precision som mindre storlekar

Ja/Nej. Ja krävs

#### 7.3.2 Utvärderingskriterier

Saxar av typ Supercut bör vara av mycket god kvalitet. Med god kvalitet menas att saxen är:

- Gracil oavsett längd

- Tar sig igenom vävnader utan problem, för att minimera vävnadsskador.

Kriterierna kommer att testas av referensgrupp genom att testa materialets förmåga i träningsband typ Thera-Band. Referensgruppen har därefter möjlighet att göra en bedömning genom att välja bland nedanstående tre alternativ:

Uppfyller kriterierna utan anmärkningar

Uppfyller kriterierna med anmärkningar, men kan ändå godtas

Uppfyller inte kriterierna

Om ett anbud inte uppnår högsta nivån kommer referensgruppen att lämna en motivering till varför.

Produkten uppfyller kriterierna för kvalitet enligt definition ovan:

Fasta svarsalternativ. Uppfyller kravet utan anmärkningar (100 p.),

Uppfyller kravet med anmärkningar, men kan ändå godtas (50 p.),

Uppfyller inte kravet (0 p.)

-----

*7.4 Anbudsområde 3: Pincetter**7.4.1 Obligatoriska krav*

- a. Pincetterna ska ha lågt motstånd i fjädringen vid stängning  
Ja/Nej. Ja krävs
- b. Pincetterna ska sluta tätt vid sammanslagning  
Ja/Nej. Ja krävs
- c. Pincetternas skänklar ska inte korsas vid sammanslagning.  
Ja/Nej. Ja krävs
- d. Pincetterna ska vara väl sammanfogade vid basen.  
Ja/Nej. Ja krävs
- e. Spetsen på pincett av typ Gillies ska inte vara smalare än 1,5 mm  
Ja/Nej. Ja krävs

-----

*7.6 Anbudsområde 5: Peanger**7.6.1 Obligatoriska krav*

- a. Peangerna ska vara fjädrande  
Ja/Nej. Ja krävs
- b. Peangerna ska ha rymliga fingeröglor enligt definition i 6.1.2  
Ja/Nej. Ja krävs
- c. Peangernas käftar ska sluta tätt och vara parallella  
Ja/Nej. Ja krävs
- d. Peangerna ska kunna öppnas och stängas med en hand  
Ja/Nej. Ja krävs
- e. Peangerna ska ha ett lås som inte öppnas av sig själv när det är låst  
Ja/Nej. Ja krävs

-----

*7.7 Anbudsområde 6: Nålförare**7.7.1 Obligatoriska krav*

- a. Nålföraren ska ha utbytbar platta.  
Ja/Nej. Ja krävs
- b. Nålföraren ska ha rymliga fingeröglor enligt definition i 6.1.2.  
Ja/Nej. Ja krävs
- c. Nålföraren ska vara lätt att öppna och stänga med en hand och ha ett väl fungerande lås.  
Ja/Nej. Ja krävs
- d. Nålföraren ska sluta tätt runt nålen.  
Ja/Nej. Ja krävs

*7.7.2 Utvärderingskriterier*

Kravet nedan innebär att suturen inte bör fastna i boxen när man knyter med nålföraren. Kravet kommer att testas av referensgrupp, där någon av nedanstående tre alternativ kan väljas:

Uppfyller kravet utan anmärkningar

Uppfyller kravet med anmärkningar, men kan ändå godtas

Uppfyller inte kravet

Om ett anbud inte uppnår högsta nivån kommer referensgruppen att lämna en motivering till varför.

Nålförarens utformning tillåter suturen att löpa lätt över boxen och käftarna.

Fasta svarsalternativ. Uppfyller kriteriet utan anmärkningar

(100 p.), Uppfyller kriteriet med anmärkningar (50 p.),

Uppfyller inte kriteriet (0 p.)

-----

*7.11 Anbudsområde 10: Fattningstänger och Kärklämmare**7.11.1 Obligatoriska krav*

a. Fattningstång av modell Babcock ska vara gracil

Ja/Nej. Ja krävs

b. Tängerna ska kunna öppnas och stängas med en hand

Ja/Nej. Ja krävs

c. Tängerna ska ha ett lås som inte öppnas av sig själv när det är låst

Ja/Nej. Ja krävs

d. Tängernas käftar ska sluta tätt och vara parallella.

Ja/Nej. Ja krävs

e. Tängerna ska vara fjädrande.

Ja/Nej. Ja krävs

f. Tänger med fingeröglor ska ha rymliga fingeröglor enligt definition i

6.1.2.

Ja/Nej. Ja krävs

-----

**Förvaltningsrättens bedömning**

Av rättspraxis följer att upphandlande myndighet har ett stort utrymme att själv avgöra vilka tekniska krav som t.ex. en efterfrågad vara måste uppfylla för att anbudsgivare ska tillåtas konkurrera om kontraktet ifråga (se t.ex. RÅ 2010 ref 78). Uppställda obligatoriska krav måste dock alltid vara utformade så att de uppfyller LOU:s allmänna principer avseende bl.a. transparens och

likabehandling. När det, till skillnad från förevarande mål, gäller icke-obligatoriska krav i form av viktade kvalitetskriterier i en utvärderingsmodell ger dock praxis från EU-domstolen stöd för att kravet på transparens inte omfattar den bedömningsmetod som tillämpas för att konkret värdera och klassificera anbudet (se EU-domstolens avgörande i mål C-6/15 *Dimarso*).

Inom aktuella anbudsområden har följande kvalitetsmått ingått i de obligatoriska tekniska krav som föranlett att av bolaget erbjudna produkter inte har accepterats; (i) ”god skärpa”, (ii) ”rymliga fingeröglor”, (iii) ”klippa ända ut till spets”, (iv) ”långt motstånd i fjädringen vid stängning” (v) ”öppnas och stängas med en hand” (vi) ”ska vara lätta att öppna och stänga med en hand” samt (vii) ”fjädrande”. Vidare har angetts att med begreppet ”god skärpa” avses att produkten är tillräckligt slipad för att med lätthet kunna ta sig igenom flera olika vävnader och att med begreppet ”rymliga fingeröglor” menas att öglornas storlek ska vara anpassade för händer från storlek 6 - 8,5, enligt gällande standard för handskstorlekar. Av utredningen i målet framgår att en referensgrupp har testat ingivna varuprover utifrån satta kriterier och därvid gjort en gemensam bedömning huruvida de obligatoriska kraven var uppfyllda eller ej.

För att uppnå konkurrens och upprätthålla likabehandling i en offentlig upphandling krävs att upphandlingsdokumenten på ett tydligt sätt förmedlar vilken miniminivå av kvalitet som erbjuden produkt måste uppnå för att kunna accepteras. Det kan konstateras att upphandlingsdokumenten avseende ovanstående tekniska krav (i-vii) inte ger någon närmare vägledning för anbudsgivarna vad som avgör om en offererad vara t.ex. inte har ett långt motstånd i fjädringen vid stängning, inte med lätthet kan ta sig genom olika vävnader eller inte är lätt att öppna med en hand. Innehållet i denna kravbedömning, som också avgör om anbudet ska tillåtas delta i konkurrensen om kontraktet eller ej, känner endast den s.k. referensgruppen till. Någon in-

formation vad referensgruppen fäst avseende vid då kravuppfyllelsen prövats ges inte heller i meddelat utvärderingsprotokoll eller i övrigt.

Ovan nämnda förhållande medför enligt förvaltningsrätten att upphandlingsdokumenten i aktuellt avseende inte kan anses uppfylla det krav på transparens som följer av LOU. De otydliga obligatoriska kraven ger även, enligt förvaltningsrätten, utrymme för Landstingen att ta ovidkommande hänsyn vid anbudsprövningen i strid med principen om likabehandling.

Med beaktande av att bolagets anbud förkastats i upphandlingen med hänvisning till bristande uppfyllelse av aktuella obligatoriska krav finner förvaltningsrätten att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada till följd av Landstingens ovan angivna överträdelse av LOU. Eftersom begångna fel har sitt ursprung i det konkurrensuppsökande skedet föreligger skäl att förordna om att upphandlingen ska göras om såvitt avser avtalsområdena 1, 2, 3, 5, 6 och 10. Ansökan om överprövning ska således bifallas.

#### **HUR MAN ÖVERKLAGAR**

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

Tomas Kjellgren  
Rådman

Föredragande jurist: Andrea Ritzer.



# 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. 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 vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.