



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2014-07-03
Meddelad i
Växjö

Mål nr
521-14

SÖKANDE

OneMed Sverige AB, 556764-4140
Box 50
401 20 Göteborg

Ombud: Advokat Ulf Yxklinten
MAQS Law Firm Advokatbyrå i Malmö KB
Box 226
201 22 Malmö

MOTPART

1. Karlshamns kommun
374 81 Karlshamn

2. Olofströms kommun
Box 302
293 24 Olofström

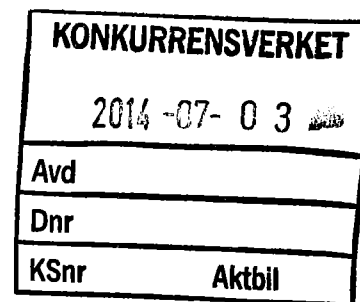
3. Sölvesborgs kommun
294 80 Sölvesborg

Ombud för 1-3: Teo Zickbauer
Ronneby kommun
372 80 Ronneby

4. Ronneby kommun
372 80 Ronneby

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår OneMed Sverige AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 95333

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Ronneby kommun, Sölvesborgs kommun, Olofströms kommun och Karlshamns kommun (kommunerna) genomför en upphandling avseende ramavtal för succesiva avrop av sjukvårdsmaterial. Tilldelning sker till det, enligt utvärderingskriterierna, ekonomisk mest fördelaktiga anbudet. Genom tilldelningsbeslut den 4 februari 2014 beslutade kommunerna att anta Staples Sweden AB (Staples) som leverantör.

OneMed Sverige AB (OneMed) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs utan beaktande av Staples anbud och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Kommunerna har i sitt förfrågningsunderlag under punkt 1.4.2 angett att samtliga varor ska offereras för att ett anbud ska vara komplett. Vidare har kommunerna i förfrågningsunderlaget punkt 1.5 angett att samtliga skallkrav ska vara uppfyllda för att ett anbud ska kvalificeras för utvärdering. Staples anbud brister avseende 35 produkter då uppställda skallkrav inte uppfylls. Staples anbud ska därför diskvalificeras och inte utvärderas. I förfrågningsunderlaget punkt 3.1 *Sortiment* anges att anbudsgivare ska ange sitt artikelnummer så att de offererade produkterna ska kunna identifieras. Det saknas artikelnummer i Staples anbud. Anbudet har även brister på det sätt att det inte varit möjligt att identifiera ett antal av de offererade produkterna på Staples hemsida eller med hjälp av Staples bruttoprislista. Staples har själva vidgått detta i sitt yttrande. Vidare har Staples i produktspecifikationen under position 12 offererat en kanyl som inte är likvärdig med efterfrågad produkt. Den offererade kanylen är inte sticksäker vilket är ett krav både i tvingande lagstiftning enligt 8 a § AFS 2005:1 samt enligt kommunernas skallkrav att all provtagningsutrustning ska vara säkerhetsprodukt. I produktspecifikationen under positionerna 62 och 63 efterfrågas två olika storlekar men Staples har enbart offererat en storlek och storleken är ingen av de offererade storlekarna. De

produkter som offererats i produktspecifikationen under positionerna 126, 134-137 är inte likvärdiga med efterfrågade produkterna även om hänsyn tas till det av kommunernas ändringar i det produktspecifika skallkravet. Den produkt som Staples offererat under positionerna 216 är inte heller likvärdig med efterfrågad produkt. Kommunerna har den 6 december 2013, bara tre dagar före anbudstidens utgång, ändrat kravspecifikationen på efterfrågade produkter vilket medfört att förutsättningarna för upphandlingen ändrats på ett sätt som strider mot LOU. Det finns objektivt godtagbara skäl till att ställa krav på silikonytskikt. Kommunerna har genom sin ändring av förutsättningarna för upphandlingen påverkat det konkurrensuppsökande skedet. OneMeds anbud har vid utvärderingen rankats som nummer två efter Staples anbud. OneMed hade vid en korrekt genomförd utvärdering utsetts till vinnande anbud och bolaget har därmed lidit skada eller riskerat att lida skada. Vidare har kommunernas sena ändringar av skallkrav inneburit risk för skada för OneMed eftersom bolaget inte haft faktisk möjlighet att göra om och optimera sitt anbud efter de nya förutsättningarna.

Kommunerna bestrider bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. De har inte frångått förfrågningsunderlaget, inte tagit ovidkommande hänsyn eller i övrigt brutit mot någon bestämmelse i LOU. I förfrågningsunderlaget punkt 3.1 *Sortiment* anges bl.a. att anbudsgivare vid respektive artikel i produktspecifikationen ska ange sitt artikelnummer så att dessa ska kunna identifieras. Staples har i sitt anbud angett artikelnummer. Kommunerna har inte ställt krav på att identifikation ska kunna göras varken på Staples hemsida eller i någon bruttoprislista. Under anbudstiden har kommunerna ställt krav på att ”provtagningsutrustning ska offereras som säkerhetsprodukt”. Av produktspecifikationen framgår att positionerna 5-8 är angivna som *provtagningsutrustning*. För positionerna 9-13 *Kanyl Injektion* har inte kravet uppställts på säkerhetsprodukt. Därför omfattas inte position 12 av säkerhetsproduktkravet. Kommunerna har bedömt samtliga av Staples of-

fererade produkter som likvärdiga de efterfrågade. Den 6 december 2013 publicerade kommunerna ett förtydligande angående produkter innehållande silikon. Förtydligandet innebar att kravet ändrades så att produkter utan silikon accepteras men krav på samma funktionalitet kvarstod. Anledningen till ändringen var att ett krav på silikonytskikt strider mot proportionalitetsprincipen. Upphandlingen är genomförd som en elektronisk upphandling vilket innebär att publicering av förtydligande skickas direkt till prenumeranter. Anbudsgivarna behöver inte själva söka efter information. Om publicerad information försvårar anbudsgivningen har anbudsgivaren ett ansvar att kontakta upphandlande myndighet om denna omständighet. Ingen av anbudsgivarna ställde i samband med publiceringen krav på förlängning av anbudstiden.

Staples har beretts möjlighet att yttra sig och anför bl.a. följande. De har angett sitt artikelnummer på samtliga positioner. Stora delar av deras sortiment finns tillgängligt på deras hemsida men de har även ett bredare sortiment där Staples artikelnummer är identiskt med tillverkarens artikelnummer. Det är därmed möjligt att identifiera angivna artiklar. Det finns inget skallkrav på att artikelnumret ska finnas tillgängligt på offentliga hemsidor. Det har inte uppställts något krav på att position 12 kanyl injektion ska vara en säkerhetsprodukt. I frågor och svar 13/61 anges på publik fråga 13 att provtagningsutrustning ska offereras som säkerhetsprodukt. De positioner som angetts som provtagningsutrustning är position 5-8 kanyl provtagning. Positionerna 9-13 är inte rubricerade som provtagningsutrustning. De produkter som offererats är likvärdiga.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller komma att lida skada. Av 16 kap 6 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Utredningen i målet

Punkt 3.1 och 1.4.2 förfrågningsunderlaget

Av *punkten 3.1* förfrågningsunderlaget framgår, såvitt nu är aktuellt, följande. Produktsspecifikation, bilaga 1, ska ovillkorligen fyllas i. Anbudsgivare ska vid resp. artikel ange sitt artikelnummer, så att dessa ska kunna identifieras. Eventuellt angivet varunamn eller fabrikat är enbart tänkt som referens och är inte på något sätt bindande. Likvärdiga produkter kan offereras. Av *punkten 1.4.2* förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande. Anbud skall lämnas på hela upphandlingen. Efterfrågade produkter finns redovisade i bifogad produktlista, bilaga 1. Samtliga varor skall offereras för att anbudet skall anses vara komplett. Beställaren förbinder sig inte att ta ut angiven volym för respektive produkt, utan denna är en uppskattning och kan variera under avtalstiden.

Staples anbud och förfrågningsunderlaget för produkterna under positionerna 12, 62 – 63, 126, 134-137 och 216

Kommunerna efterfrågar under position 12 kanyl injektion i form av ”Kanyl Microlance steril luerfattning”, storlek 0,9 x 40 mm gul nr 1. Staples har offererat produkten ”Kanyl inj BD eclipse 0,9x40mm”. Kommunerna efterfrågar under position 62-63 underläggsskydd i form av ”underlägg för provtagning plastad baksida 1-lagers”, storlek 30 x 38 cm (pos 62) samt ”underläggspapper provtagning”, storlek 38 x 50 cm (pos 63). Staples har, för båda positionerna, offererat produkten ”Provtag underlägg 37x50cm (200)”.

Kommunerna efterfrågar under position 126 polyuretanförband i form av ”allevyn gentle adhesive”, storlek 10 x 10 cm. Staples har här offererat produkten ”HydraTac 10x10cm”. Kommunerna efterfrågar under positionerna 134-137 polyuteranförband i form av ”förband Mepilex silikonförband”, storlek 10 x 10 cm (pos 134), ”förband Mepilex silikonförband”, storlek 20 x 20 cm (pos 135), ”förband Mepilex Border silikon”, storlek 7,5 x 7,5 cm (pos 136) samt ”förband Mepilex Border silikon”, storlek 15 x 15 cm (pos 137). Staples har offererat produkterna ”förb polyur HydroTac 10x10cm lätt självhäftande” (pos 134), ”förb polyur HydroTac 20x20cm lätt självhäftande” (pos 135), ”förb polyur HydroTac Comfort 8x8cm med häftkant” (pos 136) samt ”förb polyur HydroTac Comfort 15x20cm med häftkant”.

Kommunerna efterfrågar under position 216 salva/gel i form av ”Nu gel vatten och alginat”, storlek 15g. Staples har offererat produkten ”Sårgel IntraSite 15g”.

Förtydligande av frågor och svar publik fråga 18

Av de frågor och svar som ställts och getts i upphandlingen framgår bl.a. följande:

18 Publik fråga

”På ett antal positioner frågar ni efter polyuretanförband innehållande silikon, exempelvis Allevyn- och Mepilexförband. Vid landstingsupphandlingar av motsvarande produkter accepteras normalt sett endast artiklar innehållande silikon. Kommer ni liksom landstingen enbart acceptera artiklar innehållande silikon?”

Publikt svar

”Vi accepterar enbart artiklar innehållande silikon”

Den 6 december 2013 publicerade kommunerna ett förtydligande:

Publikt informationsmeddelande

”Publicerad fråga 18. Förtydligande ang efterfrågade produkter, polyuretanförband innehållande silikon exempelvis Allevyn- och Mepilexförband.

Kravet ändras till att vi accepterar även produkter utan silikon, men med samma krav på funktionalitet.”

Sista dag för att lämna anbud var den 9 december 2013.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Har Staples anbud uppfyllt skallkraven?

Vad avser frågan om identifikation av de offererade produkterna (punkt 3.1 förfrågningsunderlaget) anser förvaltningsrätten att något krav inte har ställts på att identifikationen ska kunna ske på visst sätt. Att Staples offererade produkter under positionerna 1, 34, 194, 243, 254, 255, 262, 274, 280, 96, 98, 100, 102, 154, 157-162, 166, 183, 198, 203, 208 och 212 inte varit möjliga att identifiera på Staples hemsida eller med hjälp av Staples brut-

toprislista kan således inte anses innebära att Staples inte uppfyller aktuellt skallkrav. Staples har uppgett att identifikation sker genom tillverkarens artikelnummer. Det finns inget i utredningen som motsäger att så är fallet. Således får Staples anbud anses uppfylla aktuellt skallkrav.

OneMed har vidare gjort gällande att Staples anbud, vad avser position 12, inte uppfyller kravet på att vara en säkerhetsprodukt eller kravet på likvärdiga produkter, genom att offererad produkt inte är sticksäker. Förvaltningsrätten finner emellertid att något krav på att position 12 ska vara en säkerhetsprodukt inte kan utläsas av förfrågningsunderlaget och därtill hörande frågor och svar. Att position 12 i Staples anbud inte är en säkerhetsprodukt kan därför inte medföra att den inte ska anses som likvärdig. Något krav i förfrågningsunderlaget på att produkten ska uppfylla AFS 2005:1 8a § finns inte. Staples anbud får således anses uppfylla skallkraven vad avser produkten under position 12.

Vad avser positionerna 62 – 63 konstaterar förvaltningsrätten att Staples har lämnat anbud avseende båda positionerna. Vid bedömning huruvida dessa offererade produkter är likvärdiga med vad som efterfrågats framhåller förvaltningsrätten att den upphandlande myndigheten har ett visst fritt skön att bedöma om så är fallet. Kommunerna har bedömt produkterna som likvärdiga. Den bedömning som kommunerna gjort i detta hänseende kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses vara av sådan art att kommunerna därmed har åsidosatt bestämmelserna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

Slutligen har OneMed gjort gällande att Staples anbud, vad avser produkterna under positionerna 126, 134-137 och 216, inte är likvärdiga med efterfrågade produkter, även om hänsyn tas till den ändring i det produktspecifika skallkravet som skett. Någon närmare precisering har inte gjorts av OneMed i detta avseende. Förvaltningsrätten konstaterar således att One-

Med inte visat att den av kommunerna gjorda bedömningen, att offererade produkter är likvärdiga, strider mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

Sammanfattningsvis gör förvaltningsrätten således bedömningen att Staples anbud uppfyller skallkraven i de avseenden som OneMed har riktat invändningar. Någon annan grund för varför Staples anbud ska förkastas har inte anförts.

Påståendet om fel i förfrågningsunderlaget

I LOU saknas detaljerade bestämmelser om ändring, förtydligande och komplettering i förfrågningsunderlaget. En åtgärd som innebär att förfrågningsunderlaget ändras under pågående upphandling får därför bedömas enligt de allmänna principer som upphandlingslagstiftningen bygger på och som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU. En förändring som innebär väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget kan inte anses vara tillåten. Vid prövningen av om en ändring är att betrakta som väsentlig får en samlad bedömning göras av hur åtgärden påverkar upphandlingen, varvid bl.a. orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, tidpunkten för ändringen samt om några åtgärder vidtagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser till följd av ändringen kan vara till ledning för bedömningen av om förfarandet är förenligt med de upphandlingsrättsliga principerna och LOU.

Det är i målet ostridigt att förändringen har publicerats i Frågor och Svar 13/61 som är en del av förfrågningsunderlaget tre dagar före anbudstidens utgång. Det är även ostridigt att samtliga anbudsgivare fått samma information vid samma tidpunkt. Att ändringen gäller ett skallkrav på produkter i upphandlingen talar för att förändringen ska anses väsentlig. Mot att förändring är väsentlig talar emellertid att skallkravet endast har förändrats på så sätt att kommunerna härefter godtog förband utan silikonytskikt, men

med krav på samma funktionalitet. Att förändringen endast avser produkter under fem positioner, och att anbud måste lämnas på hela upphandlingen, innebär vidare att förändring får anses mindre omfattande. Förvaltningsrätten gör sammantaget ändå bedömningen att den ändring som skett i förfrågningsunderlaget genom det av kommunerna publicerade förtydligandet innebär en väsentlig förändring. Anbudslämnarna har därefter inte haft skälig tid för att anpassa sitt anbud till de nya förutsättningarna. Kommunerna har således agerat på ett sätt som strider mot såväl likabehandlings- som öppenhetsprincipen. Att publiceringen av förtydligandet skickats direkt till de anbudsgivare som är prenumeranter föranleder ingen annan bedömning.

Har OneMed lidit skada till följd av felet i förfrågningsunderlaget?

OneMed har lämnat ett anbud men har gjort gällande att nämnda brist i förfrågningsunderlaget påverkat möjligheterna för bolaget att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Någon närmare utredningen eller precisering av skaderekvisitet har inte lämnats av OneMed. Felet hänför sig till att andra produkter än sådana som innehåller silikon godtas, men med samma krav på funktionalitet. Under sådana förhållanden kan OneMeds påstående om att bolaget lidit skada pga. av att bolaget inte getts mer tid för att optimera sitt anbud ifrågasättas. Förvaltningsrätten finner därvid att OneMed inte gjort sannolikt att det lidit, eller kan komma att lida, skada till följd av nu aktuellt fel i förfrågningsunderlaget. Således kan OneMeds ansökan om överprövning inte bifallas.

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

Per Hansson



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 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.