



SÖKANDE
Solann AB, 556656-6286
Uddnäs vägen 23
176 76 Järfälla

MOTPART
Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

SAKEN
Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad
LOU

KONKURRENSVERKET	
2018 -11- 14	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Region Halland (regionen) genomför en upphandling av Instrument för öppen och laparoskopisk kirurgi, dnr DNRGS170234. Upphandlingen är uppdelad i olika produktgrupper. Aktuellt mål rör position 40 i produktgrupp 11 – Engångsinstrument uni/bipolär diatermi utan separat delning.

Av tilldelningsbeslut den 15 juni 2018 framgår att annan leverantör än Solann AB vunnit upphandlingen avseende position 40 i produktgrupp 11.

Det förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som Solann AB anför.

YRKANDEN M.M.

Solann AB ansöker om överprövning och anför bl.a. följande. Bolaget har blivit uteslutet eftersom regionen anser att bolagets anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet att det för laparoskopiska instrument tydligt ska framgå för vilken portdiameter instrumentet är avsett. På de laparoskopiska instrument som bolaget erbjuder framgår portdiameter tydligt både på ytterförpackningen och i bruksanvisningen, allt enligt rådande praxis inom vården. Att även innerförpackningen skulle ha märkningen framgår inte av det ställda kravet. Det som framgår är att det ska vara tydligt men inte på vilket sätt det ska vara tydligt. Dessutom framgår det, för dem som är vana att använda denna typ av instrument, tydligt vilken portdiameter de är avsedda för. Att också innerförpackningen skulle ha märkning framgår inte av ställt krav. Vid sådan kännedom hade de ställt en fråga direkt i upphandlingen för att kunna uppfylla regionens tolkning av kravet. Bolagets produkter säljs i flera länder i Europa och bolaget har vunnit andra upphandlingar i Sverige utan märkning på innerförpackningen. Det kan därför inte anses vara en självklarhet vad som avsetts med det aktuella

kravet. Kravet har formulerats på ett otydligt sätt och därmed öppnat upp för en subjektiv bedömning. Som anbudsgivare har de inte kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud då de inte vetat vad som förväntats. Detta innebär att upphandlingen inte följt transparensprincipen. Otydlighet från regionen har dessutom lett till olika tolkningar och därmed olika bedömningar av lämnade anbud. Således är inte heller principen om likabehandling uppfylld.

Regionen anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Solanns produkt uppfyller genom sin märkning enbart på ytterförpackning och i bruksanvisning inte det aktuella kravet. Det är uppenbart att produktens innerförpackning förväntas vara försedd med märkning. Kravet är inte otydligt formulerat och kan inte ge upphov till sådana tolkningar som Solann påstår. Instrument lagerhålls inte i operations-salen. Att ta med instrumentens transportförpackning eller bruksanvisning till operationsmiljön låter sig inte heller göras. Det är därför av uppenbara skäl högst relevant att instrumentets innerförpackning är märkt med för ändamålet relevant information. Detta är någonting som på marknaden verksamma leverantörer förutsätts känna till. Att en van användare eventuellt skulle kunna avläsa portdiametern förändrar inte bedömningen. Samtliga övriga anbudsgivare har tolkat kravet på samma sätt och offererat produkter med märkning på instrumentets innerförpackning. Att det endast var en anbudsgivare som i slutändan tilldelades kontrakt beror på bristande kravuppfyllelse i andra hänseenden. Det föreligger inte heller någon överträdelse av likabehandlingsprincipen då samtliga anbud och anbudsgivare behandlats på samma sätt. Skulle förvaltningsrätten anse att de agerat i strid med upphandlingslagstiftningen förordas att upphandlingen rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering genomförs.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 § 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 (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning är en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna för upphandling eller någon annan bestämmelse i LOU. I mål om överprövning av en upphandling gäller som huvudprincip att den part som påstår att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange grunderna för sin talan. Domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (se Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

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 för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrättens bedömning

Det är den upphandlande myndigheten som identifierar sitt behov inför en upphandling. Den upphandlande myndigheten kan sedan utifrån detta behov utforma de krav som ska gälla för produkten ifråga, förutsatt att principerna i LOU inte överträds. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste upphandlingsdokumentet vara tydligt och innehålla samtliga krav på det som upphandlas. Vid utvärderingen av anbuden får den upphandlande myndigheten inte anta ett anbud som avviker från upphandlingsdokumentets obligatoriska krav. Ett anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav får således inte antas.

Det obligatoriska krav som är föremål för bedömning i målet är utformat på följande sätt.

För laparoskopiska instrument ska det tydligt framgå för vilken portdiameter instrumentet är avsett.

Det står klart att Solann och regionen har tolkat innebörden av kravet på olika sätt och att det finns olika uppfattningar om vad som krävs för att offererad produkt ska anses uppfylla kravet. Regionen har anfört att det är uppenbart att produktens innerförpackning förväntas vara försedd med märkning då instrumentens transportförpackning eller bruksanvisning inte kan tas med in i operationsmiljön och att detta är någonting som på marknaden verksamma leverantörer förutsätts känna till. Förvaltningsrätten anser inte att Solann har visat att regionens tolkning av kravet skiljer sig från den i branschen etablerade. Vad Solann anfört om att de vunnit andra upphandlingar i Sverige utan märkning på innerförpackningen har inte vidareutvecklats eller lämnats in stöd för och anses inte tillräckligt för att göra en annan bedömning. Förvaltningsrätten anser således inte att Solann har visat att utformningen av kravet skulle vara otydligt eller ge möjlighet till olika tolkningar på sådant sätt att det kan anses strida mot bestämmelserna i LOU.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att Solann inte har visat att utvärderingen är behäftad med sådana felaktigheter att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Det saknas således skäl för att ingripa mot upphandlingen på de grunder som Solann har anfört och ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Karin Hansson
Tf. rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Melanie Sporre.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.