



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2016-07-04
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 2790-16

SÖKANDE

CCS Healthcare AB, 556335-4439
 Box 10054
 781 10 Borlänge

Ombud: advokaten Magnus Myrbäck och jur.kand. Sara Söderling
 Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
 Box 4501
 203 20 Malmö

MOTPARTER

1. Region Skåne
 291 89 Kristianstad

2. LiV Healthcare AB
 Makadamgatan 16
 250 13 Helsingborg

KONKURRENSVERKET	
2016 -07- 0 4	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att Region Skånes upphandling av "hudvård och desinfektion" ska göras om för position 40-50.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning i övrigt.

Dok.Id 318597

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00
E-post: kansli1.fma@dom.se
 www.forvaltningsrattentalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne (Regionen) genomför med ett öppet förfarande en upphandling av "hudvård och desinfektion".

YRKANDEN OCH INSTÄLLNINGAR

CCS Healthcare AB (CCS) ansöker om överprövning av upphandlingen såvitt avser positionerna 20-50, 120-130, 190, 220 och 230 samt 320. CCS yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om rättelse avseende position 20-50, 220 och 230 samt 320 på så sätt att anbudet från CCS antas och att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska göras om avseende positionerna 120, 130 och 190.

Regionen anser att CCS ansökan om överprövning ska avslås.

LiV Healthcare AB bestrider bifall till CCS yrkanden.

PARTERNAS ARGUMENTATION OCH SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Positionerna 20-50, desinfektionsmedel

CCS:

Regionen har i strid med likabehandlingsprincipen felaktigt antagit anbudet från LiV Healthcare AB (LiV) då anbudet inte uppfyller ställda obligatoriska krav i upphandlingen.

Av den kravspecifikationen framgår att desinfektionsmedlet bl.a. ska vara godkänt enligt EN 14476 av en eller flera referensvirus, dvs. Adenovirus, Murine Norovirus, Poliovirus, vilket ska bifogas anbudet.

Som stöd för att LiV uppfyller kravet hänvisar LiV i sitt anbud, såvitt avser positionerna 20-30, till Des+72, EN14476 MNV (referenstest för Murine Norovirus), Des +72, EN14476 Adeno virus (referenstest för Adenovirus) och Des +72 och EN Bovine Viral Diarrhoea Virus (referenstest för Bovine Diarrhoea Virus) samt, såvitt avser positionerna 40-50, till DES+45, EN14476 Testbeställning (beställning av referenstester).

LiV har även lämnat in kompletterande tester daterade den 9 februari 2016, dvs. efter anbudstidens slut. Dessa tester avser dels ett kompletterande referenstest för Murine Norovirus avseende position 20-30 och dels kompletterande referenstester avseende position 40-50 för Adenovirus, Murine Norovirus och Human Rotavirus. LiV har också lämnat in ett referenstest för Poliovirus avseende position 20-30 som inte omfattas av LiV:s förteckning. Det är oklart vid vilken tidpunkt, men det kan antas att även detta test lämnades in efter anbudstidens slut. Mot bakgrund av detta bör rätten helt bortse från ovan nämnda tester.

Överlag kan man ifrågasätta samtliga testresultat eftersom testerna genomförts i strid med EN 14476. Enligt den europeiska standarden för desinfektion EN 14476 är den maximala testkoncentrationen 97 %. Trots detta står det i testrapporterna att produkterna testats med 100% V/V koncentration, vilket är i strid med EN 14476. Samtliga tester bör därför underkännas och lämnas utan avseende.

Position 20-30

Testet som avser Bovine Viral Diarrhoea Virus är irrelevant eftersom det inte avser något av de angivna referensvirusen.

Referenstesterna som avser Adenovirus och Poliovirus ger inte stöd för att de offererade produkterna är godkända enligt EN 14476. För att en produkt ska uppfylla och passera EN 14476 krävs att produkten kan uppvisa en virusdödande effekt på $>4.0 \log_{10}$ reduktion. Detta framgår klart av konklusionen i respektive test, "*The required pass for EN 14476:2013 is a $>4.0 \log_{10}$ reduction.*" De av LiV offererade handdesinfektionsmedlen, position 20-30, har i referenstesterna för Adenovirus och Poliovirus enbart kunnat uppvisa en virusdödande effekt på $3.16 \log_{10}$ reduktion respektive $2.17 \log_{10}$ reduktion och är därmed inte godkända enligt EN 14476.

Referenstestet för Murine Norovirus som LiV lämnat in tillsammans med sitt anbud och referenstestet för Poliovirus bör underkännas eftersom de genomförs i strid med EN 14885. De upphandlade desinfektionsmedlen är nämligen exempel på ytdesinfektion avsedd att användas på ytor i kontakt med patient eller medicinsk personal och omfattas därmed av EN 14885, som reglerar tillämpningen av Europastandarder för kemiska desinfektionsmedel och antiseptiska medel. Den här typen av ytdesinfektion får inte ha en längre kontakttid än 5 minuter. Som framgår av testresultatet har desinfektionsmedlet testats med en kontakttid på 15 respektive 10 minuter, vilket gör testresultaten ogiltiga. Enligt Regionen kan en kontakttid på upp till 60 minuter tillåtas på vissa ytor. Detta är irrelevant eftersom en kontakttid på upp till 60 minuter endast är tillämpligt för desinfektionsmedel som ska användas för att desinficera instrument. De aktuella produkterna som upphandlas för position 20-30 ska användas för att desinficera ytor som kan komma i kontakt med patienter och medicinsk personal och då är den maximala kontakttiden 5 minuter.

Mot bakgrund av att det i slutsatsen till testrapporten står att de offererade produkterna testats med 100 % V/V koncentration, vilket dels är uppenbart oriktigt eftersom produkten alltid späds vid testillfället och dels är i strid

med EN 14476, borde Regionen ha insett att det fanns anledning att ifrågasätta testrapportens slutsatser. Oaktat huruvida Regionen borde ha insett angivna ska-kravbrister vid anbudsprövningen har förvaltningsrätten en skyldighet att beakta ska-brister som blir kända inom ramen för överprövningsprocessen.

Sammanfattningsvis visar endast referenstestet för Murine Norovirus att det offererade desinfektionsmedlet har en tillräcklig virusdödande effekt för att godkännas enligt EN 14476 men eftersom testet inte utförts i enlighet med EN 14885 ska det lämnas utan avseende. Mot bakgrund av detta uppfyller de offererade produkterna inte samtliga obligatoriska ska-krav och LiV:s anbud borde därför ha förkastats och istället borde CCS ha tilldelats kontrakt.

Position 40-50

Enligt LiV:s följebrev begär LiV om tidsdispens för att inkomma med test som avser uppfyllnad av ovannämnda krav. LiV har inte till sitt anbud bifogat godkända tester i enlighet med det obligatoriska kravet Regionen uppställt. Att Regionen eftergivit kravet och tillåtit LiV att komplettera med dessa uppgifter i efterhand är ett uppenbart brott mot likabehandlingsprincipen och mot förutsättningarna för komplettering enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU.

Referenstesten för H1N1 (Human Influenza Virus A) och Human Rotavirus är irrelevanta eftersom de inte avser något av de angivna referensvirusen.

Referenstesterna som avser Adenovirus och Murine Norovirus och är daterade den 9 februari ska lämnas utan avseende eftersom de inkom efter anbudstidens slut. Vidare står det i testrapporten för Adenovirus att "*DES +45 [position 40-50] does not possess viricidal activity.*" Detta innebär att

desinfektionsmedlet inte heller är godkänt enligt EN14476 och ska därmed även på denna grund bortses ifrån.

Sammanfattningsvis visar endast referenstestet för Murine Norovirus att det offererade desinfektionsmedlet har en tillräcklig virusdödande effekt för att godkännas enligt EN 14476, men eftersom testresultatet dels lämnades in efter anbudstidens slut och dels baseras på ett ogiltigt test ska det lämnas utan avseende. Mot bakgrund av detta uppfyller de offererade produkterna inte samtliga obligatoriska ska-krav och LiV:s anbud borde därmed ha förkastats och istället borde CCS ha tilldelats kontrakt.

CCS uppfyllelse av obligatoriska krav, position 20-50

Regionens påstående om att det av det produktblad som CCS lämnat in skulle framgå att CCS offererade produkter för position 20-50 innehåller sodium lauroyl sarcosinate i en halt som överstiger 0,01 % är inte korrekt. Regionen har inte gett in något stöd för sitt påstående. I den situationen att upphandlande myndighet försvarar att ett kontrakt felaktigt tilldelats en leverantör som inte uppfyllt de obligatoriska kraven med hänvisning till ett påstående om att klagande leverantör inte heller uppfyller samma krav, åvilar bevisbördan för sistnämnda påstående den upphandlande myndigheten.

Det är bara CCS och LiV som lämnat anbud för position 20-50. För det fall domstolen skulle finna att varken CCS eller LiV uppfyller de obligatoriska kraven är skaderekvisitet uppfyllt, vilket innebär att upphandlingen ska göras om.

Regionen:

Position 20-30

I kravspecifikationen för de aktuella positionerna har det i punkt 7 uppställts krav på att produkterna "ska vara godkända enligt EN 14476 av en eller flera referensvirus, dvs. Adenovirus, Murint Norovirus, Poliovirus och ska bifogas anbudet." LiV har i sitt anbud uppgett att kravet är uppfyllt. LiV har även i samband med anbudet inkommit med ett testresultat som visar att produkterna är godkända enligt EN 14476 för referensviruset Murint Novovirus. LiV:s offererade produkter uppfyller därmed det aktuella kravet. Något krav på att anbudsgivarna ska inkomma med andra tester än EN 14476 eller att produkten ska uppfylla några andra standarder har inte uppställts. Det av LiV inlämnade testet är utfört av en oberoende tredje part och det finns ingen anledning att ifrågasätta testet. Vad CCS anför visar inte att testet genomförts på ett felaktigt sätt. Testet visar klart och tydligt att LiV:s produkter är godkända enligt EN 14476 för referensviruset Murint Norovirus.

Position 40-50

Även avseende dessa positioner har det uppställts ett krav på att produkterna ska vara godkända enligt EN 14476 av en eller flera referensvirus. LiV har uppgett att kravet är uppfyllt. För att visa att LiV:s offererade produkter är godkända har LiV bifogat ett intyg om att provning är beställd. LiV har således både bekräftat att produkterna är godkända och visat att produkterna kommer att vara testade. Detta visar att LiV:s offererade produkter uppfyller det aktuella kravet. LiV har dessutom, efter anbudstiden, kompletterat anbudet med ett test som visar att produkterna är godkända enligt EN 14476 för Murint Norovirus. Testet är utfört av en oberoende tredje part och det finns ingen anledning att ifrågasätta testet. Vad CCS anför visar inte att testet genomförts på ett felaktigt sätt. Det framgår av testet att produkten som testet är gjort på lämnades in för provning den 15 oktober 2015. I och med att testet var beställt och provningsprodukterna inskickade för testning

långt före anbudstidens utgång kan den inlämnade kompletteringen inte anses påverka innehållet i anbudet. Vad CCS anför visar därmed inte att LiV:s offererade produkter inte uppfyller det aktuella kravet.

CCS uppfyllelse av obligatoriska krav, position 20-50

Även om domstolen skulle finna att LiV:s produkter inte uppfyller kravet kan CCS inte anses lida eller riskera att lida någon skada av att anbudet från LiV antagits. Detta eftersom CCS på aktuella positioner offererat produkter som inte heller uppfyller alla ställda krav och således inte kan tilldelas kontrakt. Av det produktblad som CCS lämnat in framgår att CCS offererade produkt innehåller sodium lauroyl sarcosinate. Ämnet är klassificerat H 330. Av punkten 5.1 i de generella kraven framgår att de offererade produkterna inte får innehålla halter över 0,01% av ämnen klassificerade H330. CCS har inte visat eller bestridit att deras produkt innehåller en för hög halt av ämnet sodium lauroyl sarcosinate.

CCS har avseende de aktuella positionerna i sitt anbud angett att deras offererade produkter är testade i enlighet med EN 14476:2005+A1:2006. Denna standard är dock upphävd och det framgår därmed inte av CCS:s anbud att bolagets offererade produkter uppfyller den vid upphandlingen gällande EN 14476. Även om domstolen skulle finna att LiV:s produkter inte uppfyller de aktuella kraven kan CCS således inte tilldelas kontrakt.

LiV:

LiV har uppfyllt samtliga uppställda obligatoriska krav för position 20-50. Tidsdispens söktes då testlabbet haft brand i byggnaden och därför var tvungna att göra om virustesterna. Testorderna skickades in den 2 oktober 2015 och skulle ha varit klara i tid om branden inte hade inträffat. Det måste vara upp till den upphandlande myndigheten att godkänna tidsdispensen. Då LiV inte fått avslag på dispensen och tilldelningen ägde rum, bedömde LiV

det som att inköparen valde att invänta de kompletterande testerna. Motsvarande har gjorts i upphandling vid tidigare tillfälle. Kompletterande tester skickades in under utvärderingstiden.

LiVs tester har utförts på ett korrekt sätt i enlighet med EN14476:2013 + A1 2015.

Dax ytdesinfektion 70 + och Dax ytdesinfektion Plus innehåller Sarcosinate i en halt över 0,01 % och uppfyller inte Regionens krav.

CCS har utfört sina tester på en gammal, upphävd standard (EN 14476:2005 +A1 2005) och bolagets anbud ska därmed förkastas. Det framgår av kravspecifikationen, 17.2, att alla produkter som har krav på EN-standarder ska styrkas genom inlämnande av intyg tillsammans med anbud och ska vara av senast uppdaterad version.

Förvaltningsrättens bedömning

Position 20 – 50 ingår i samma grupp (2). Av kravspecifikationen framgår att en anbudsgivare ska antas för position 20-30 och en anbudsgivare för position 40-50. Avseende samtliga dessa positioner har det i de produkt-specifika kraven, punkt 7, uppställts krav på att produkterna *”ska vara godkända enligt EN 14476 av en eller flera referensvirus, dvs. Adenovirus, Murint Norovirus, Poliovirus och ska bifogas anbudet.”* Vidare anges i de generella kraven, punkten 17.2, att *”Alla produkter som har krav på EN-standarder ska styrkas genom inlämnande av intyg tillsammans med anbud och ska vara av senast uppdaterad version.”*

Position 20-30

LiV har i sitt anbud uppgett att kravet är uppfyllt och med anbudet bl.a. inkommit med ett testresultat enligt vilket produkterna är godkända enligt EN 14476 för referensviruset Murint Novovirus. Vad CCS anför visar enligt förvaltningsrättens bedömning inte att testresultatet, som utförts av oberoende tredje part, är felaktigt. Eftersom det är tillräckligt att produkterna är godkända enligt EN 14476 avseende ett av angivna referensvirus, uppfyller LiV:s anbud kravet avseende position 20-30. Vad CCS anför utgör därmed inte något skäl för ingripande enligt LOU.

Position 40-50

Bevis för att produkterna ska vara godkända enligt EN 14476 av en eller flera referensvirus, dvs. Adenovirus, Murint Norovirus, Poliovirus, ska bifogas anbudet. Av handlingarna i målet framgår att LiV inte bifogat något sådant godkänt bevis i samband med anbudslämnandet utan att LiV enbart, utöver att intyga att kravet är uppfyllt, bifogat ett intyg om att provning är beställd. Först efter anbudstidens utgång har LiV kompletterat anbudet med ett test som visar att produkterna är godkända enligt EN 14476 för Murint Norovirus. Uppställt krav uppfylldes således inte vid anbudstidens utgång.

Det finns vissa möjligheter för en upphandlande myndigheter att tillåta en komplettering av lämnat anbud, om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. En komplettering får dock inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud och det får endast innebära att tidigare lämnade uppgifter konkretiseras.

I förevarande fall handlar det om komplettering av ett bevis som var obligatoriskt att bifoga anbudet och som saknas i anbudet. Det rör det sig således om en ny uppgift och inte om en sådan komplettering som kan

tillåtas enligt 9 kap. 8 § LOU. Anbudet från LiV borde därmed ha förkastats såvitt avser position 40-50 på grund av bristande kravuppfyllnad. Genom att inte göra detta har Regionen handlat i strid med de grundläggande principerna om transparens och likabehandling som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

För att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs härutöver att CCS lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av Regionens agerande.

Det är bara CCS och LiV som lämnat anbud för position 40-50 och båda anbudsgivarna har blivit kvalificerade till utvärdering. Vid en skadebedömning ska dock såväl en vinnande som den upphandlande myndighetens invändningar beaktas i den del de utgör ett bemötande av den överprövande leverantörens talan. För att så ska vara fallet ska invändningarna avse de sakförhållanden som överprövande leverantörs talan rör (jfr Kammarättens i Göteborgs dom den 6 oktober 2015 i mål nr 1641-15).

Regionen och LiV gör gällande att CCS inte uppfyller alla ställda krav eftersom deras offererade produkter innehåller ämnet sodium lauroyl sarcosinate en halt över 0,01%, vilket strider mot punkten 5.1 i de generella kraven i upphandlingen, och att CCS därför inte har lidit eller kunna komma att lida någon skada. CCS talan i aktuell del av upphandlingen avser inlämnande av bevis för att produkterna ska vara godkända enligt EN 14476 av en eller flera referensvirus. Regionens och LiV:s invändning avser frågan om CCS anbud uppfyller ett annat uppställt krav avseende aktuella positioner än det krav som CCS talan rör. Invändningen kan därför inte beaktas i denna överprövningsprocess.

LiV och Regionen invänder även att CCS har utfört sina tester på en gammal (upphävd) standard och bolagets anbud ska förkastas på denna grund då det av kravspecifikationen, punkt 17.2 anges att alla produkter som

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

har krav på EN-standarder ska styrkas genom inlämnande av intyg tillsammans med anbud och ska vara av senast uppdaterad version.

Kravet i punkt 17.2 är direkt relaterat till det produktspecifika kravet i punkt 7 och förtydligar innehållet i det sistnämnda kravet genom att precisera att vilket bevis – dvs. intyg om EN standard av senaste version – som ska bifogas anbudet. Invändningen rör således samma krav som CCS talan rör avseende de aktuella positionerna. Invändningen ska därmed beaktas i målet.

Av handlingarna i målet framgår att de tester avseende EN 14476 som CCS bifogat sitt anbud är utförda enligt en upphävd standard. Inte heller CCS uppfyller därmed kravet på att med anbudet bifoga i förfrågningsunderlaget begärda bevis för att produkterna ska vara godkända enligt EN 14476 av en eller flera referensvirus.

Eftersom ingen av de två anbudsgivarna lämnat anbud som uppfyller kravet ifråga fanns inget anbud som kunde antas för de aktuella positionerna. Att Regionen under detta förhållande antagit anbudet från LiV måste anses ha inneburit att CCS lidit eller kunnat komma att lida skada eftersom CCS frångått möjligheten att lämna ett anbud vid en ny upphandling i denna del (position 40-50). Eftersom även skaderekvisitet således är uppfyllt föreligger skäl för ett ingripande enligt LOU. Detta kan endast ske genom att upphandlingen görs avseende nu aktuella positioner (40-50).

Position 120, handdesinfektion

CCS:

Regionen har i strid med bestämmelserna i 6 kap. 1-8 §§ LOU beträffande tekniska specifikationer, alternativt grunderna för dessa bestämmelser, samt

de grundläggande principerna i 1 kap 9 §, inte ställt krav på att offererade produkter uppfyller gällande krav på märkning. Den offererade produkten innehåller >50% alkohol. Koncentrationen av etanol i produkten är enligt LiV:s säkerhetsblad 60-80 %. Etanol kan, i en koncentration som överstiger 50%, orsaka ögonirritation, farokategori 2. Detta framgår av uppgifter som rapporterats till Europeiska Kemikaliemyndigheten. Enligt förordningen 1272/2008 om klassificering, märkning och förpackning av ämnen och blandningar ska faropiktogram utropstecken anges för produkter som kan orsaka ögonirritation, farokategori 2. LiV har endast märkt produkten med en flamma, vilket är i strid med förordningen. Regionen har inte utformat sina tekniska specifikationer med hänsyn till gällande märkning, vilket är i strid med 6 kap. 2 § LOU. Regionen har agerat i strid med likabehandlingsprincipen genom att anta LiV:s anbud trots att produkterna inte är märkta CCS har lidit eller kan komma att lida skada av detta. Upphandlingen såvitt avser position 120 ska således göras om.

Regionen:

Vad CCS anför visar inte att LiV:s offererade produkt inte uppfyller de krav på märkning som ställs i förordningen 1272/2008. I förordningen finns endast krav på att produkter med alkohol ska vara märkta med flamma. Det har inte i upphandlingen ställs några krav på att anbudsgivarnas produkter vid anbudsinlämningen ska vara märkta med både flamma och utropstecken. Av Europeiska Kemikaliemyndighetens uppgifter framgår dessutom att det endast är flammen som är EU-harmoniserad klassificering och att övriga märkningar endast är självklassificeringar.

Det har i upphandlingen inte ställts något krav avseende tekniska specifikationer som ska vara uppfyllt vid anbudslämnandet. Det är den upphandlande myndigheten som bestämmer vilka krav som ska uppställas i upphandlingen. Det finns ingen skyldighet för upphandlande myndighet att

uppställa några särskilda krav på märkning eller några andra krav avseende tekniska specifikationer. Det kan omöjligen strida mot LOU att en upphandlande myndighet väljer att inte uppställa ett sådant krav. Vad CCS anför visar inte att upphandlingen strider mot 6 kap. 1-8 §§ LOU. Skäl att göra om upphandlingen avseende position 120 saknas därmed.

Förvaltningsrättens bedömning

Något krav på att produkterna ska vara märkta med såväl flamma som utropstecken har inte ställts i upphandlingen. Utformningen av förfrågningsunderlaget strider inte mot bestämmelserna i 6 kap. 1-8 §§ LOU eller grunderna för dessa bestämmelser vad gäller krav på märkning av produkter. Vad CCS anför utgör därmed inte grund för något ingripande enligt LOU.

Positionerna 130 och 190, handdesinfektion respektive flytande tvål

CCS:

De offererade produkterna är handdesinfektion respektive flytande tvål i 600 ml förpackningar. Av de generella kraven i kravspecifikation framgår att tömningsgraden på flaskorna ska anges i prislistan och tömningsgraden beräknas med hjälp av vissa angivna parametrar. Enligt förfrågningsunderlaget ska kravet verifieras av en referensgrupp och tömningsgrad justeras av upphandlande myndighet till närmaste hela procenttal. Regionen har gjort en begränsad kontroll och enbart kontrollerat det vinnande anbudets tömningsgrad. Utöver att Regionen i förfrågningsunderlaget anger att man ska beräkna tömd förpackningsvikt genom en pumptryckning vid $\frac{3}{4}$ fyllnadsgrad av flaskan på plant underlag framgår det inte hur anbudsgivarna ska utföra testet.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

Av bilagan till tilldelningsbeslutet framgår att av LiV offererad produkt bedömts ha en tömningsgrad om 99,5 % för position 130 jämfört med CCS produkt som bedömts ha en tömningsgrad om 98 % samt att av LiV offererad produkt för position 190 bedömts ha en tömningsgrad om 97,2 jämfört med CCS produkt som bedömts ha en tömningsgrad om 96%.

Eftersom aktuella förpackningar i det närmaste är identiskt utformade förväntade sig CCS att kravet inte skulle ha någon praktiskt betydelse. De stora skillnaderna i mätresultat visar emellertid att mätningen inte på ett korrekt sätt speglar relevanta förhållanden.

Det aktuella testet är irrelevant för de faktiska produkterna eftersom testet inte återspeglar hur produkterna kommer att användas inom Regionen. Majoriteten av de flaskor som används inom Regionen placeras nämligen i en lutande väggdispenser i 25-30 graders vinkel från väggen och inte på plant underlag. Vidare kommer ingen av flaskorna (oavsett placering) att tömmas genom en pumptryckning, utan de kommer att tömmas successivt genom upprepade pumptryckningar. Av förfrågningsunderlaget framgår det inte heller hur många produkter som ska testas eller vilken tömningsgrad som ska anges för det fall flera produkter testas och ger olika resultat. Bedömningskriteriet saknar därmed relevans och resultaten kan inte tillmätas någon betydelse för de upphandlade positionerna.

Om domstolen skulle finna att kravet på tömningsgrad är relevant gör CCS, i andra hand, gällande att kravet inte är utformat på ett tillräckligt klart och tydligt sätt. Av förfrågningsunderlaget framgår exempelvis inte hur man ska säkerställa att en flaska har en fyllnadsgrad på $\frac{3}{4}$ när testet utförs/hur många flaskor som ska kontrolleras eller huruvida testet ska utföras i en kontrollerad labbmiljö eller inte. Det är också oklart med vilken noggrannhet anbudsgivarna ska ange tömningsgraden. I exemplet för hur

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

tömningsgraden ska utvärderas anges tömningsgraden med två decimalers noggrannhet och i de generella kraven i kravspecifikationen anger Regionen att de kommer att justera tömningsgraden till närmaste hela procenttal. Vidare framgår av bilagan till tilldelningsbeslutet att anbudsgivarna har använt olika grad av noggrannhet när de angett tömningsgrad, vilket kan ha påverkat jämförelsepriset.

Ett resultat av att Regionen inte tydligt angett hur testet ska genomföras eller med vilken grad av noggrannhet anbudsgivarna ska ange tömningsgraden är att det finns en stor felmarginal. CCS har exempelvis själv testat fyra av LiV:s offererade handdesinfektionsflaskor för position 130 och fått en tömningsgrad på mellan 98,3 – 98,9 %. Det kan också konstateras att Regionen avrundat tömningsgraden för de vinnande anbuden med olika grad av noggrannhet för de olika positionerna. Det har stor betydelse för utvärderingen med vilken grad av noggrannhet man anger tömningsgraden.

Sammanfattningsvis anser CCS i första hand att testet för att utvärdera tömningsgrad är irrelevant för de upphandlade produkterna. I andra hand anser CCS att kravet inte utformats på ett tillräckligt klart och tydligt sätt.

För att skaderekvisitet ska vara uppfyllt är det tillräckligt att CCS möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud ska ha påverkats. Det kan dock noteras att CCS pris avseende positionerna 180-190 var lägre än LiV:s pris.

Regionen:

Under punkten 19.1 i de generella föreskrifterna framgår att anbudsgivarna i sitt anbud ska lämna uppgift om tömningsgrad. Tömningsgraden kan sedan komma att kontrolleras av en referensgrupp och eventuellt justeras. I kravet anges tydligt hur anbudsgivarna ska räkna fram tömningsgraden. Det har varit möjligt att ställa frågor om hur tömningsgraden skulle räknas fram för

det fall man ansett att funnits oklarheter kring detta. CCS har inte ställt några sådana frågor och har dessutom angett tömningsgrad i sitt anbud.

Att tömningsgraden är relevant för upphandlingen borde vara självklart eftersom låg tömningsgrad innebär att Regionen inte får ut lika mycket av produkten. CCS gör gällande att testet inte är relevant då det inte återspeglar hur produkterna kommer att användas. Precis som CCS nämnde kan flaskan placeras i en väggdispenser. Det är dock långt ifrån alla flaskor som placeras i en väggdispenser och en stor del av flaskorna placeras inte i en väggdispenser utan står plant. Testet är således mycket relevant och nödvändigt för att få ett rättvisande resultat.

CCS anför även att funnits en otydlighet angående med vilken noggrannhet som tömningsgraden ska anges. Det har varit upp till anbudsgivarna själva att ange tömningsgraden. CCS har inte visat på vilket sätt utvärderingen har påverkats av att anbudsgivarna angivit tömningsgraden med olika noggrannhet. Det framgår dessutom av kravspecifikationen att Regionen kommer att justera tömningsgraden till närmaste hela procenttal. Som CCS uppger har det tyvärr skett ett fel vid uträkningen och vissa tömningsgrader har inte justerat till närmaste hela procenttal. Felet innebär dock ingen förändring av det slutliga resultatet. Även om tömningsgraden skulle ha avrundats till närmsta heltal skulle LiV ändå ha vunnit. CCS anger att felet har påverkat utfallet genom att hänvisa till position 130 där LiV och CCS skulle ha fått samma jämförelsepris om man använt sig av en tömningsgrad på 99 % istället för 99,5 %. CCS påstående är missvisande eftersom position 130 inte tilldelas separat utan utvärderas tillsammans med position 120. Resultatet för positionerna 120-130 påverkas därmed inte av felet. CCS har således inte visat hur avrundningsfelet eller det påstådda räknefelet avseende position 190 har påverkat utvärderingen. CCS har inte ens gjort gällande att bolaget lidit eller riskerat att lida någon skada av de påstådda felen.

CCS anför även att bolaget genomfört egna tester av LiV:s offererade flaskor för position 130 och räknat fram en tömningsgrad. Medeltalet för den av CCS framtagna tömningsgraden blir, avrundat till närmsta heltal, 99 %. CCS egna test kan därmed omöjligt visa att det finns en stor felmarginal i Regionens test eller att utvärderingen är felaktig. Tvärtom visar testet att Regionens utvärdering är korrekt och att LiV ska tilldelas kontraktet.

Förvaltningsrättens bedömning

En upphandlande myndighet har stor frihet såvitt gäller val och utformning av förfrågningsunderlag, inklusive utvärderingsmodell, förutsatt att det är förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna och LOU i övrigt.

Av proportionalitetsprincipen följer att den upphandlande myndigheten inte får ställa högre eller andra krav och kriterier än vad som behövs och är ändamålsenligt i den aktuella upphandlingen.

Syftet med kravet med att tömningsgrad ska redovisas och att denna ska tillmätas betydelse vid utvärderingen på i förfrågningsunderlaget angivet sätt är att Regionen ska veta hur mycket Regionen kan få ut av produkterna ifråga. Detta är i vart fall relevant när de ställs på plant underlag, vilket förekommer. Uppgiften har således ha en klar koppling till upphandlingsföremålet. Såväl kravet på att lämna uppgiften som det faktum att uppgiften tillmätts betydelse i utvärderingen måste enligt förvaltningsrättens mening därmed anses vara såväl relevant som proportionerligt.

Enligt förvaltningsrättens mening måste förfrågningsunderlaget vidare anses vara tillräckligt tydligt när det gäller hur tömningstest ska göras och redovisas av anbudsgivarna.

Det är ostridigt att Regionen förfarit felaktigt då vissa av anbudsgivare lämnade tömningsgrader inte har justerats justerat till närmaste heltal i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. CCS har emellertid inte förmått visa att CCS har lidit eller kunnat komma att lida skada till följd av detta då det inte framgår att det påverkat slutresultatet för respektive produktgrupp.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att vad CCS anfört inte visar att det föreligger sådana brister i förfrågningsunderlaget eller i tillämpningen som utgör grund för ett ingripande enligt LOU.

Positionerna 220 och 230, hållare och tillbehör

CCS:

Upphandlingen har skett i strid med likabehandlingsprincipen genom att Regionen felaktigt förkastat CCS anbud och antagit anbudet från LiV, trots att LiV lämnat ett högre pris på dessa positioner. Regionen ska för de aktuella positionerna anta det anbud som har lägst pris under förutsättning att de uppfyller efterfrågad funktion och uppställda ska-krav. CCS offererade produkter uppfyller samtliga ska-krav och har lägst pris. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att anbudsgivare ska offerera produkter för samtliga positioner ingående i gruppen eller att dessa ska utvärderas gemensamt.

Regionen:

Av kravspecifikationen framgår att position 210-240 utgör en grupp samt att det är en leverantör som ska tilldelas hela gruppen. LiV har därmed tilldelats kontraktet. Att CCS har offererat lägre pris för position 220 och 230 saknar

betydelse då dessa positioner inte utvärderas var för sig utan det är den anbudsgivare som har lägst pris för gruppen som tilldelas kontrakt.

Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, under punkten 1.1.1 anges att "*Upphandlingen syftar till att ramavtal kommer att tecknas med en leverantör per produktgrupp/position.*" Av kravspecifikationen framgår att såväl position 220 som 230 ingår i grupp 12 och att en anbudsgivare ska antas för position 210-240. Att CCS lämnat lägre pris på vissa positioner (positionerna 220 och 230) innebär inte att det var felaktigt av Regionen att tilldela LiV kontrakt avseende aktuella positioner då inte annat framkommit än att LiV lämnat lägst totalpris för positionerna 210-240. Vad CCS anför innebär således inte att det föreligger grund för ett ingripande enligt LOU.

Position 320, Oparfumerad handkräm

CCS:

Upphandlingen har skett i strid med likabehandlingsprincipen genom att Regionen felaktigt förkastat CCS anbud trots att CCS uppfyllt samtliga ställda ska-krav.

Regionen har förkastat CCS anbud med hänvisning till att "*CCS produkt innehåller bensoesyra och enligt de generella kraven får ämne som klassas som H372 inte ingå i högre koncentrationer än >0,01%. CCS produkt innehåller <0,1%*". Detta påstående är felaktigt, dels eftersom Bensoesyra inte är H372-klassat och det således inte framgår av punkt 5.1 i de generella kraven att de offererade produkterna inte får innehålla en högre koncentration än <0,01 % av Bensoesyra, dels eftersom den verkliga koncentrationen av bensoesyra i CCS offererade handkräm är <0,01. Enligt uppgift i det inlämnade säkerhetsbladet innehåller CCS produkt <0,1%

Bensoesyra. Utifrån en sådan uppgift är det omöjligt att dra någon slutsats beträffande huruvida produkten innehåller halter av Bensoesyra som understiger eller överstiger 0,01%. CCS produkt innehåller 0,00024% Bensoesyra, vilket framgår av den innehållsförteckning som CCS har lämnat in. Syftet med säkerhetsblad är att de som hanterar kemiska produkter ska få information för att kunna undvika skador på hälsa och miljö. Ett säkerhetsblad ger dock ingen information om de faktiska koncentrationerna av varje beståndsdel i den färdiga produkten, vilket framgår av innehållsförteckningen. Regionen har agerat i strid med förfrågningsunderlaget när de använt säkerhetsbladet som underlag för att bedöma koncentrationen av Bensoesyra i de av CCS offererade produkterna. Regionen gjorde fel som förkastade CCS anbud. Istället borde CCS ha tilldelats kontrakt.

Om domstolen skulle finna att CCS produkter inte uppfyller kravet gör CCS, i andra hand, gällande att förfrågningsunderlaget inte varit så klart och tydligt utformat att anbudsgivarna kunnat avgöra att ingivna säkerhetsblad skulle ligga till grund för bedömningen av huruvida kravet i punkt 5.1 var uppfyllt. Upphandlingen har därmed brustit i transparens och förutsebarhet och således genomförts i strid med 1 kap. 9 § LOU på ett sätt som medfört att CCS kan komma att lida skada.

Regionen:

I punkt 5.1 i de generella kraven framgår att de offererade produkterna inte får innehålla ämnen som är klassade H372 i högre koncentrationer än <0,01%. Bensoesyra är klassat H372. Det framgår i punkterna 5.3 och 16.1 i de generella kraven att säkerhetsblad ska inlämnas som visar att kravet är uppfyllt. Av det säkerhetsblad som CCS lämnat in i samband med anbudet framgår att koncentrationen av Bensoesyra är < 0,1 %. Det är ostridigt att det säkerhetsblad som CCS lämnat in inte visar att kravet på koncentration

är uppfyllt. CCS uppfyller därmed inte heller kraven i punkterna 5.3 och 16.1. Precis som CCS gör gällande är det inte endast det säkerhetsblad som lämnades in vid anbudet som kan ligga till grund för bedömningen om ett anbud uppfyller kravet utan annan information kan, i enlighet med kravspecifikationen, begäras in. Det framgår dock tydligt av 16.1 i kravspecifikationen att säkerhetsblad ska inlämnas tillsammans med anbudet. Säkerhetsbladet ska vara utfärdat i enlighet med förordning 1907/2006 om registrering, utvärdering, godkännande och begränsning av kemikalier. I förordningen uppställs bl.a. krav på vilka uppgifter ett säkerhetsblad ska innehålla. Ett säkerhetsblad som inte uppfyller kraven i förordningen kan inte anses uppfylla kravet i punkt 16.1 i kravspecifikationen. Av det säkerhetsblad som CCS gav in framgår att koncentrationen av Bensoesyra är <math>< 0,1\%</math>. Detta indikerade att den offererade produkten inte uppfyllde det aktuella kravet, vilket medförde att CCS anbud avseende denna position rätteligen förkastades. CCS har, efter anbudstidens utgång, lämnat en innehållsförteckning som anger att den faktiska koncentrationen av Bensoesyra är 0,00024 %. Det dokument som CCS har lämnat in är dock endast en innehållsförteckning som dessutom är uppdaterad senast 2012. Detta dokument kan inte anses vara ett giltigt verifikat på att den koncentration som angivits i det senare upprättade säkerhetsbladet är felaktigt. CCS kan därmed inte anses uppfylla det aktuella kravet.

Förvaltningsrättens bedömning

Den offererade produkten innehåller Benseosyra vilket är klassat H372. Av de generella kraven, punkten 5.1, följer att den offererade produkten inte får innehålla Bensoesyra i högre koncentration än 0,01%. Av punkten 5.3 framgår att som verifikat för kravuppfyllnad ska lämnas råvaruleverantörernas säkerhetsblad för ingående ämnen. Det måste därmed anses ha varit tydligt för anbudsgivarna att säkerhetsbladet skulle användas som bevis för att kravet var uppfyllt.

Enligt det av CCS inlämnade säkerhetsbladet innehåller offererad produkt <0,1 % Bensoesyra. Det går inte av uppgiften i säkerhetsbladet att utläsa huruvida produkten uppfyller det uppställda kravet eller inte. Förvaltningsrätten anser att Regionen under detta förhållande haft fog för sin bedömning att anbudet från CCS inte uppfyllde ställda krav avseende position 320 och därmed förkasta anbudet i denna del.

SAMMANFATTANDE BEDÖMNING

Förvaltningsrätten finner att Regionen borde ha förkastat LiV:s anbud såvitt avser positionerna 40-50 på grund av bristande kravuppfyllnad och att CCS lidit eller kunnat lida skada till följd av detta, även om Regionen borde ha förkastat även CCS anbud eftersom inte heller det anbudet uppfyller det aktuella kravet. Grund för ett ingripande i upphandlingen föreligger därmed avseende positionerna 40-50, vilket endast kan ske genom att upphandlingen i denna del ska göras om.

Vad CCS anför avseende positionerna 20-30, 120-130, 190, 220 och 230 samt 320 utgör enligt förvaltningsrättens bedömning inte skäl för ett ingripande enligt LOU, varför ansökan om överprövning av upphandlingen ska avslås i dessa delar.

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



Anders Mattsson

Anna Aktermo har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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