



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen  
Enhet 14

**DOM**  
2014-11-19  
Meddelad i  
Stockholm

Mål nr  
13030-14

**SÖKANDE**

Triolab AB, 556352-9295

Ombud: Evelina Gustavsson  
Tenders Sverige AB  
Nygatan 34  
582 19 Linköping

**MOTPART**

Stockholms läns landsting, 232100-0016

Ombud: Landstingsjurist Paul Collins  
Stockholms läns landsting  
Box 22550  
104 22 Stockholm

**SAKEN**

Offentlig upphandling

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2014-11-21	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 11 juni 2014 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 513200

**Postadress**

115 76 Stockholm

**Besöksadress**

Tegeluddsvägen 1

**Telefon**

08-561 680 00

**E-post:**

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

**Telefax**

08-561 680 01

**Expeditionstid**

måndag – fredag

08:00-16:30

**YRKANDEN M.M.**

Stockholms läns landsting (SLL) genomför en upphandling benämnd *Provtagningskit för immunologiskt avföringsprov till kolorektalcancer-screeningprogrammet*, dnr SLL1411. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU.

Förvaltningsrätten har den 11 juni 2014 beslutat att avtal i upphandlingen inte får ingås innan något annat har förordnats.

Triolab AB (Triolab) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget i huvudsak följande.

**Illojal uppdelning i strid med 3 kap. 5 § LOU**

SLL har gjort en illojal uppdelning genom att dela upp upphandlingen i olika kontrakt. Denna uppdelning har gjorts för att upphandlingen av analysinstrument ska understiga tröskelvärdet och direktupphandlingsgränsen, vilket är oförenligt med 3 kap. 5 § LOU.

Triolab valde att inte lämna något anbud av den anledningen att bolaget ansåg sig ställd inför en omöjlig situation i och med att SLL upphandlar provtagningskit, men inget tillhörande analysinstrument. Det provtagningskit som SLL upphandlar är enligt Triolab värdelöst utan leverantörens unika tillhörande reagenser och analysinstrument.

Huvudregeln är att upphandlingar som har ett naturligt samband inte bör delas upp i olika kontrakt. 3 kap. 5 § LOU förbjuder att en sådan uppdelning av upphandlingar görs, om avsikten är att underskrida tillämpligt tröskelvärde. Förvisso överstiger upphandlingen av just provtagningskiten

tröskelvärdet men risken är att analysinstrumentet upphandlas helt utan konkurrensutsättning. En rimlig följd är att upphandlande myndighet pressar vinnande leverantör att sälja analysinstrumentet till ett pris som understiger direktupphandlingsgränsen. Eftersom en leverantörs provtagningskit utan det tillhörande instrumentet inte kan ge ett så kallat kvantitativt resultat, måste den upphandlande myndigheten även införskaffa instrumentet för att över huvud taget ha ett behov av att avropa provtagningskit från ramavtalet. Det är därför olämpligt och i strid med 3 kap. 5 § LOU att göra en sådan uppdelning av dessa varor som har en naturlig koppling till varandra.

Normalt sett har varorna vid tidigare upphandlingar av liknande slag upphandlats tillsammans som ett paket. Priset på analysinstrumentet har i dessa upphandlingar överstigit direktupphandlingsgränsen, dock inte med betydande marginal. Att således upphandla delarna separat medför att provtagningskitet inte får praktisk användning och att en illojal uppdelning har gjorts för att upphandlingen av själva instrumentet ska understiga tröskelvärdet och troligen även direktupphandlingsgränsen.

#### **Förfrågningsunderlaget är ej förenligt med transparensprincipen**

Oavsett om upphandlingen har delats upp korrekt eller inte har förfrågningsunderlaget utformats på ett icke transparent sätt, vilket har påverkat Triolabs möjlighet att lämna anbud och bedöma affären. Upphandlingen strider därför mot 1 kap. 9 § LOU.

Trots att Triolab och andra anbudsgivare har ställt frågor till SLL angående huruvida SLL kommer att upphandla ett tillhörande instrument i en annan upphandling eller hur de på annat sätt avser att förvärva instrumentet, har anbudsgivarna inte fått några tillfredsställande svar. Frågor har även ställts angående avropsvolym, vilka inte heller har besvarats med ytterligare för-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I STOCKHOLM**  
Allmänna avdelningen

**DOM**

tydliganden. Det är av denna anledning Triolab valde att inte lämna något anbud. Triolab kunde inte utan dessa uppgifter kalkylera en ”verklighetsanpassad” kostnad och lämna ett konkurrenskraftigt pris. För att prissätta provtagningskiten konkurrenskraftigt bör priset för analysinstrumentet inkluderas i ett ”paketpris”. Åtminstone bör anbudsgivarna, för att fullt ut kunna bedöma affärens värde, veta om instrumentet och tillbehör samt service kommer att inhandlas och på vilka sätt och villkor det kommer att genomföras.

Den stora otydligheten i upphandlingen har påverkat Triolabs möjlighet att lämna anbud och oförutsebarheten har medfört att Triolab inte har kunnat bedöma själva affärens omfattning och kostnad. Denna oförutsebarhet har tillsammans med den begreppsförvirring för vad SLL egentligen avser att upphandla har medfört att upphandlingen inte är transparent (jfr bilaga 3 ”Artikelspecifikation” där det framgår att det som efterfrågas är ett reagenskit med inbyggd kontroll och bilaga 2 ”Kravspecifikation” där det i punkt 1.8 anges att det krävs att ett test ska vara kvantitativt med bilaga 5 ”Anbudsinbjudan” där det anges att det endast är provtagningskitet som upphandlas). Ett kvantitativt svar kräver ett analysinstrument men det inkluderas inte i upphandlingen. I förevarande fall blir det oförutsebart att fastställa vad kvantitativt innebär. De bristfälliga svaren till de ställda frågorna bringar inte heller någon klarhet i detta. Vad som upphandlas är därmed alltför motsägelsefullt och oklart för att anbudsgivarna ska kunna förutse avtalets värde och lämna konkurrenskraftiga anbud. SLL har därmed på grund av en onaturlig uppdelning av varor samt stor otydlighet i upphandlingen inte uppnått en tillfredsställande konkurrensutsättning.

Otydligheten angående analysinstrument ledde till spekulationer om huruvida analysinstrument skulle komma att upphandlas eller inte, och huruvida detta skulle komma att ske med press att ange pris under direktupphandlingsgränsen. Om SLL i stället under anbudstiden upplyst anbudsgiv-

arna om att själva analysarbetet hade upphandlats separat hade Triolab ansett riskerna med att lämna anbud vara mindre och kunna ta beslut om att lämna anbud och bedöma prisnivån i ett anbud på ett rimligt sätt. Att analysarbetet och ansvaret för inköp av analysinstrument skulle komma att ligga på annan aktör än SLL är en sådan förutsättning för upphandlingen som anbudsgivarna bort känna till för att upphandlingen ska kunna anses transparent och förutsebar.

SLL:s resonemang om att begreppen provtagningskit och reagenskit skulle vara likvärdiga är felaktigt. Generellt för leverantörer av provtagningskit gäller att provtagningskiten inte innehåller reagenser. Provtagningskit samlar in prover för analys. Sedan analyseras de insamlade proverna hela i ett instrument där reagenser tillsätts. Ska endast ett svar av typen "Ja" eller "Nej" avläsas kan reagens och provtagningskit sitta ihop, men i ett kvantitativt test ska ett värde kunna analyseras och då måste analys göras i ett instrument, där reagens tillsätts först vid analysen. Även denna otydlighet i förfrågningsunderlaget är därmed allvarlig och förtydligades inte trots att frågor ställdes, vilket även detta påverkade Triolabs val att inte lämna anbud.

SLL bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

### **Upphandlingens omfattning**

Av rättspraxis följer att en upphandlande myndighet är fri att bestämma omfattningen av en upphandling baserad på sitt eget behov. Upphandlande myndighet har vidare rätt att ställa krav som myndigheten anser vara relevanta och nödvändiga för varje enskild upphandling. Detta givet att föremålet för upphandlingen inte begränsas i syfte att kringgå LOU:s tillämpning och att de uppställda kraven inte träder de grundläggande principerna för när.

Det nu aktuella upphandlingsbehovet består endast av provtagningskit. Eftersom upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande med tillämpning av LOU kan det inte vara frågan om ett försök att kringgå upphandlingslagstiftningen. Vidare är det uppenbart att analys eller instrument som erfordras för att genomföra analys inte ingår i upphandlingen och det finns på intet sätt tecken på att SLL avser att upphandla tillhörande instrument i en annan upphandling. SLL har dessutom inget behov av att upphandla analysinstrument och till instrument tillhörande reagenser när SLL redan har upphandlat laboratorieanalys som krävs för att upptäcka blod i avföringsprover. Enligt upphandling benämnd *Tjänster inom Klinisk laboratoriemedicin*, dnr SLL1004, som SLL genomförde 2010, är det Aleris Diagnostik AB (Aleris) som ska utföra analyser av bl.a. avföring. Aleris har följaktligen fått i uppdrag att analysera huruvida det finns blod i avföringen som skickas in under detta screeningprogram.

Det är korrekt att SLL i punkt 1.8 i kravspecifikationen kräver att testet ska vara "kvantitativt utan cut-off för positivitet", vilket tyder på att en analys av avföringsprovet kommer att ske. Detta påverkar dock inte faktumet att analysen av avföringen kommer att utföras av en annan part, Aleris, i enlighet med det tidigare upphandlade avtalet. För det fall särskilda analysinstrument och tillhörande reagenser skulle krävas för att uppnå ett kvantitativt resultat i analysen är det Aleris som ska se till att de finns tillgängliga, inte SLL.

Det finns även kostnadseffektivitetsskäl till varför SLL nu väljer att enbart upphandla provtagningskit. I ett screeningprogram går en stor del av provtagningsmaterialet till spillo eftersom många personer väljer att inte genomföra testet. Tidigare erfarenhet visar på att cirka 60-65 procent av de som får ett provtagningskit hemskickat skickar tillbaka testet för analys. Mot denna bakgrund vore det inte ekonomiskt försvarbart att upphandla provtagningskit och analysinstrument (med den ökande kostnad som detta

innebär) i samma upphandling när man vet att cirka 35 procent av de provtagningskit som skickas ut i screeningsprogram inte kommer att returneras. Analyskostnad för denna del blir därmed överflödig.

I syfte att öka tillgänglighet och effektivitet inom cancerscreening har SLL valt att endast upphandla provtagningskit som skickas ut redan vid första inbjudan att delta i screeningen. Därefter skickar intresserade personer tillbaka avföringsprovet för analys. Därmed förkortas processen. I detta arbete följer SLL även Socialstyrelsens och EU:s riktlinjer för kolorektalscreening.

Sammantaget kan det inte vara otillåtet att upphandla endast provtagningskit i den aktuella upphandlingen.

### **Transparensprincipen**

SLL har inte på något sätt brutit mot transparensprincipen. Det framgår tydligt av förfrågningsunderlaget att upphandlingen endast avser efterfrågat provtagningskit samt att den uppskattade årsvolymen uppgår till cirka 115 000 provtagningskit (dvs. hälften av de cirka 230 000 personer i åldern 60-69, som screeningprogrammet vänder sig till). I kravspecifikationen har SLL visserligen angett att testet ska vara "kvantitativt", men SLL har inte på något sätt indikerat att man avser att upphandla ett tillhörande instrument i en annan upphandling, vilket man hade gjort om det var avsikten.

SLL bestrider därför Triolabs påstående att otydligheten i upphandlingen har påverkat bolagets möjlighet att lämna anbud. En normal och ansvarsfull anbudsgivare har, utifrån beskrivningen av upphandlingens omfattning i anbudsinbjudan, informationen i kravspecifikationen samt övriga delar av förfrågningsunderlaget, haft förutsättningar att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

SLL bestrider även Triolabs påstående om att det finns en begreppsförvirring för vad SLL egentligen avser att upphandla. Ordet "kit" i provtagningskit betyder att det är mer än bara en tub. I samtliga FIT-tester är reagenser inkluderade i provtagningsstub/provrör. Följaktligen är provtagningskit samma sak som ett kit som innehåller reagens (ett s.k. reagenskit) varför det saknar betydelse att det står "provtagningskit" i anbudsinbjudan men "reagenskit" i artikelspecifikationen.

Det torde vara uppenbart i upphandlingen att SLL efterfrågat ett provtagningskit. Ett provtagningskit kan mycket väl innehålla reagenser såsom ordet "kit" klart definierar. Bolagets påstående om att det är tillsättande av reagens först i samband med analys som skiljer ett dikotomt Ja/Nej-test från ett mer nyanserat kvantitativt test är därmed inte korrekt.

Sammanfattningsvis är förfrågningsunderlaget i alla delar förutsebart och innehåller inga otydligheter.

## **SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET**

### **Tillämpliga bestämmelser**

1 kap. 9 § LOU har följande lydelse. Upphandlande myndigheter ska 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.

Av 3 kap. 5 § LOU framgår att en byggentreprenad eller en planerad anskaffning av en viss mängd varor eller tjänster inte får delas upp i avsikt att kringgå bestämmelserna om upphandling över tröskelvärdena i denna lag.



I 16 kap. 6 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

### **Förvaltningsrättens bedömning**

Triolab har gjort gällande att SLL har gjort en illojal uppdelning av upphandlingen i strid med 3 kap. 5 § LOU. Bolaget menar vidare att förfrågningsunderlaget inte är förenligt med transparensprincipen. Förvaltningsrätten gör i dessa frågor följande bedömningar.

#### *Illojal uppdelning*

Enligt Triolab har provtagningskit och analysinstrument ett sådant naturligt samband att de inte bör delas upp i olika kontrakt. Triolab menar att SLL, genom att begränsa den aktuella upphandlingen till att enbart avse provtagningskit, har gjort en illojal uppdelning av upphandlingen i syfte att kringgå LOU.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet har en långtgående frihet att bestämma föremålet för upphandlingen. SLL har i målet anfört att myndigheten redan har upphandlat en analystjänst och därför inte haft något behov av att upphandla analysinstrument och till instrument tillhörande reagenser. Förvaltningsrätten finner att det i målet inte har framkommit annat än att det varit SLL:s behov som styrkt hur upphandlingsföremålet bestämts. Utredningen ger därför inte stöd för att SLL har delat upp upphandlingen i olika delar i syfte att kringgå bestämmelser om tröskelvärden i LOU. Det saknas därför skäl för ingripande med stöd av LOU med anledning av vad som framkommit i denna del.

*Transparensprincipen*

Triolab menar även att SLL inte utformat förfrågningsunderlaget på ett tillräckligt tydligt sätt. Enligt Triolab har det funnits en begreppsförvirring angående vad SLL avser att upphandla i och med att det i anbudsintjudan angetts att upphandlingen avser "provtagningsskit" medan det i artikelspecificationen angetts "reagenskit med inbyggd kontroll". Triolab menar vidare att upphandlingen brustit i transparens eftersom SLL inte klargjort hur en eventuell upphandling av analysinstrument skulle komma att ske.

SLL har under anbudstiden svarat på frågor som inkommit under anbudstiden och därvid bl.a. uppgett att den aktuella upphandlingen endast avser efterfrågat provtagningsskit. Förvaltningsrätten finner att det aktuella förfrågningsunderlaget tillsammans med de svar som SLL lämnat under anbudstiden får anses ha gett anbudsgivarna tillräckligt tydlig information om vad SLL har för avsikt att upphandla i upphandlingen. Förvaltningsrätten finner därför att upphandlingen inte brister i transparens i detta avseende. Förvaltningsrätten anser inte heller att det förhållandet att SLL inte informerat om att analysen kommer att utföras av en annan part gör att upphandlingen brustit i transparens på sådant sätt att finns skäl för ingripande med stöd av LOU.

*Sammanfattning*

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis inte visat att upphandlingen genomförts i strid med LOU. Ansökan ska därför avslås.

### HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns  
i bilaga 1 (DV 3109/1 A LOU).

  
Eva Bäckström

Rådman

Carina Westin har varit föredragande.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att **prövningstillstånd** meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.
2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.