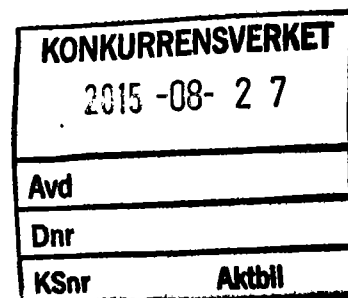


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 3 Enhet 32

DOM

2015-08-27

Meddelad i
GöteborgMål nr
6204-15**SÖKANDE**

Medela Medical AB, 556252-8652

Box 7266

187 14 Täby *

Ombud: Advokaterna Frank Reijbrandt och Thomas Söderqvist

Kiström Advokatbyrå KB

Box 7184

103 88 Stockholm

MOTPART

Region Halland

Box 517

301 80 Halmstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 355819

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag – fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 2
6204-15**BAKGRUND**

Region Halland genomför en upphandling av operationsprodukter (sugar, dränage samt diatermi), Ru150002. Av tilldelningsbeslutet framgår att Mediplast AB har vunnit upphandlingen såvitt avser bl.a. positionerna 22-26.

YRKANDEN M.M.

Medela Medical AB (Medela) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att Medelas anbud beaktas vid utvärderingen. Medela yrkar i andra hand att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om såvitt avser positionerna 22-26. Som skäl för yrkandena anförs i huvudsak följande. Det som upphandlas är i allt väsentligt uppsamlingspåsar som placeras i kanistrar och ansluts till slangar som är kopplade till medicinska vakuumsugar. Därutöver upphandlas även tillbehör som på olika sätt ska kopplas ihop med uppsamlingspåsarna. Kanisterrarna, uppsamlingspåsarna och tillbehören utgör tillsammans ett slutet uppsamlingssystem.

I den aktuella upphandlingen innehåller specifikationerna på flera ställen hänvisningar till varumärket Serres utan att det har varit omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt utan sådana hänvisningar. Hänvisningarna har inte heller innehållit orden "eller likvärdigt". Även om det inte uttryckligen anges i specifikationerna att uppsamlingspåsarna och tillbehören ska vara av varumärket Serres utan endast att de ska vara kompatibla med Serres kanistrar och sugsystem innebär hänvisningarna att det uteslutande är Serres produkter som kan upphandlas. Medela och övriga aktörer på marknaden har sina egna, likvärdiga slutna uppsamlingssystem vars uppsamlingspåsar och tillbehör inte är

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 3
6204-15

kompatibla med de andra aktörernas system. Genom kravet på kompatibilitet har Serres och dess återförsäljare Mediplast AB gynnats framför andra aktörer på marknaden. Förfrågningsunderlagets utformning strider följaktligen mot 6 kap. 4 § LOU.

Skallkraven är vidare konkurrensbegränsande och utformade i strid med likabehandlingsprincipen. De är även oproportionerliga (jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 22 oktober 2014 i mål 3560-14). Det finns ingen aktör på marknaden som tillverkar tillbehör som passar Serres system och det är inte skäligen att förvänta sig att någon ska göra det. Förhållandet att regionen har justerat vilka storlekar på uppsamlingspåsar som kan offereras visar att regionen har varit medveten om att förfrågningsunderlaget har utformats i strid med de grundläggande principerna i LOU och försökt få upphandlingen att framstå som konkurrensneutral. Justeringen är dock endast en chimär eftersom kravet på kompatibilitet kvarstår. Om en upphandlande myndighet fortlöpande bestämmer sig för att behålla kanistrar kan ingen konkurrerande aktör vinna en upphandling. Detta vore synnerligen skadligt ur ett konkurrensperspektiv. Regionens påstående om att miljöhänsyn ligger bakom beslutet att behålla kanisterna framgår inte av förfrågningsunderlaget utan framstår som en efterhandskonstruktion. Sett till regionens verksamhet i övrigt får kassering av kanisterna anses utgöra en mikroskopisk del av det material som kasseras och förbrukas varje år. Medela tar dessutom hand om de kanistrar som byts ut. Ett byte av de befintliga kanisterna skulle därför inte få någon påvisbar negativ effekt på miljön. De eventuella miljöfördelarna står under inga förhållanden i proportion till de konkurrensbegränsande nackdelarna som beslutet medför. Ett byte av kanistrar skulle inte heller vara förenat med merkostnader eller merarbete för regionen eftersom det är en vedertagen sedvänja i branschen att anbudsgivare som vinner upphandlingar av uppsamlingspåsar och tillbehör kostnadsfritt tillhandahåller kanistrar som passar till uppsamlingspåsarna.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 4
6204-15

Vad gäller de offererade produkterna vill Medela framhålla följande. Medelas anbud avseende uppsamlingspåsar (position 22) har endast förkastats på grund av att påsarna inte passar till befintliga kanistrar. Anbudet avseende seriekopplingslangar (position 24) har förkastats på grund av att slangarna innehåller PVC. Avsaknad av PVC utgör dock inte ett skallkrav enligt förfrågningsunderlaget. Om förvaltningsrätten anser att det finns ett skallkrav i detta avseende är det i vart fall inte tillräckligt tydligt utformat (jfr. Kammarrätten i Jönköpings dom den 20 september 2011 i mål 1367-11 och 1399-11). Vad gäller sugflaskorna (position 25) har bl.a. angetts att flaskorna är av flergångskaraktär trots att regionen har efterfrågat engångsflaskor. Det finns dock inget hinder mot att endast använda flaskorna en gång. Det har även noterats att flaskorna saknar efterfrågad slang, vilket beror på att Medelas system inte kräver någon sådan slang och sådana slangar därför saknas i sortimentet. Regionen har även anmärkt på att det inte är möjligt att mäta från 5 ml utan först från 10 ml. Skallkravet ifråga innehåller dock ordet cirka, varför den offererade produkten får anses uppfylla kravet. Medelas uppsamlingsystem inklusive tillbehör är sammanfattningsvis minst likvärdigt Serres system.

Medela har offererat lägst pris avseende uppsamlingspåsar, seriekopplingslangar och sugflaskor. Det är oklart vilket bolag som har offererat lägst pris vad gäller vinklade kopplingar för sugkanistrar (position 26). Det bör noteras att det är uppsamlingspåsar som upphandlas i större volymer. Kostnaden för att köpa Medelas uppsamlingspåsar skulle bli 17 282 kr lägre per år jämfört med att köpa uppsamlingspåsar från Mediplast AB. Detta kan jämföras med besparingen det skulle innebära att köpa preparatuppsamlingsburkar (position 23) från Mediplast AB istället för Medela, nämligen 10, 80 kr per år. Medelas anbud är sammanfattningsvis det ekonomiskt mest fördelaktiga och bolaget har därför lidit eller kan komma att lida skada.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 5
6204-15

Region Halland anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. LOU föreskriver inte vad som ska upphandlas och upphandlande myndigheter har stor frihet i utformandet av tekniska specifikationer under förutsättning att dessa inte strider mot principerna i LOU. Förfrågningsunderlaget innehåller inte någon specifik hänvisning till varumärke på det sätt som Medela gör gällande. Kravet på att produkterna ska vara kompatibla med befintlig utrustning utesluter inte möjligheten för andra leverantörer att lämna anbud. Det är därvid möjligt att ta fram produkter med en likvärdig funktion. Offererad utrustning är däremot inte att betrakta som likvärdig eftersom den inte passar ihop med befintlig utrustning. Det är inte ett alternativ att kassera väl fungerande, kalibrerad och betald utrustning för att ersätta den med ny utrustning som ska finansieras genom köp av förbrukningsmaterial på det sätt Medela gör gällande. Medelas påstående om att avtalslösningar där pumpar följer med på köpet är oomstridda och ekonomiskt försvarbara bestrids.

Vid utvärderingen har regionen tillämpat de obligatoriska krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Ställningstagandet i frågan om PVC framgår därvid klart och tydligt av punkt 4.28 i förfrågningsunderlaget. Kraven står inte i strid med principerna om förutsebarhet och proportionalitet. Vad Medela anför om prisskillnader saknar följaktligen relevans i målet, men det kan ändå noteras att Medela har offererat högre pris än vinnande leverantör såvitt avser preparatuppsamlingsburkar, sugflaskor och vinklade kopplingar för sugkanistrar. Medela skulle följaktligen inte vara aktuell som leverantör i dessa delar även om de offererade produkterna skulle ha uppfyllt kraven. Regionen har sammanfattningsvis inte brutit mot de grundläggande principerna i LOU.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 6
6204-15**SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE***Tillämpliga bestämmelser*

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 (1 kap. 9 § LOU).

De tekniska specifikationerna får inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt" (6 kap. 4 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag. I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är fel-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 7
6204-15

aktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr. Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Det kan inledningsvis konstateras att regionen har ställt krav på att produkterna som offereras ska vara kompatibla med Serres produkter. Det rör sig visserligen om en hänvisning till ett visst varumärke, men kan inte uppfattas som ett krav på att produkterna ska vara av detta varumärke utan endast som en beskrivning av befintliga produkter. En sådan beskrivning bör i normalfallet kunna godtas i ett förfrågningsunderlag (jfr. Kammarrätten i Stockholms dom den 22 oktober 2014 i mål 3560-14).


Vad gäller frågan om kravet på kompatibilitet strider mot proportionalitetsprincipen kan konstateras att det aktuella kravet har till syfte att tillse att de upphandlade produkterna fungerar tillsammans med befintlig utrustning och att regionen inte ska behöva kassera fungerande utrustning. Kravet får anses vara lämpligt och effektivt utifrån detta syfte. Det är också klart att kravet är nödvändigt för att syftet ska uppnås. Förvaltningsrätten har dock även att ta ställning till om kravets negativa effekt är oproportionerlig i förhållande till det eftersträvade syftet. Det saknas därvid skäl att ifrågasätta att Medela i praktiken inte har kunnat lämna ett konkurrenskraftigt anbud eftersom bolagets produkter inte är kompatibla med Serres produkter. Det framgår inte av utredningen i målet om även andra potentiella leverantörer har påverkats negativt av kravet. Med hänsyn till att endast Serres leverantör och Medela har lämnat anbud kan det dock antas vara fallet. En sådan effekt får anses vara mycket negativ. Medela har uppgett att en sådan effekt kan undvikas om regionen väljer att byta ut befintliga kanistrar. Medela och regionen har dock olika uppfattningar i frågan om bl.a. vilka ekonomiska konsekvenser ett sådant byte skulle medföra. Medela har inte presenterat någon utredning till stöd för sina påståenden i denna del och kan därför inte anses ha visat att den negativa effekten av kravet är opro-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8
6204-15

portionerlig i förhållande till de konsekvenser som ett byte av kanistrar skulle medföra.

Medela har vidare anmärkt på regionens angivna skäl för att inte anta bolagets anbud. Vad gäller de offererade uppsamlingspåsarna kan konstateras att det är ostridigt att de inte uppfyller kravet på att passa ihop med befintliga kanistrar. Regionen har därför haft fog för att inte anta anbudet i denna del. Regionen har även haft fog för att inte anta anbudet avseende preparatuppsamlingsburkar eftersom Medela ostridigt inte har offererat lägst pris. Vad gäller seriekopplingslangar framgår av utvärderingsprotokollet att Mediplast AB har offererat en produkt som uppfyller skallkraven. Enligt punkt 4.28 i förfrågningsunderlaget har regionen därför haft att välja bort Medelas produkt eftersom den innehåller PVC. Förfrågningsunderlaget är enligt förvaltningsrättens mening klart och tydligt utformat i denna del. Beträffande nästa produkt, sugflaskor, står det redan på grund av avsaknaden av slang klart att skallkraven inte uppfylls. Regionen har därför även i denna del haft fog för att inte anta anbudet. Detsamma gäller för anbudet avseende sugkanistrar eftersom Medela inte har offererat lägst pris. Vad Medela har anfört i övrigt visar inte heller att regionen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller andra bestämmelser i samma lag. Det finns därför inte förutsättningar för ett ingripande enligt LOU, varför ansökan ska avslås.

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



Susanne Nilsson
Rådman

Föredragande i målet har varit Kristin Palm.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÄND

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 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.