



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I KARLSTAD**

DOM
2014-09-26
Meddelad i
Karlstad

Mål nr
1695 - - 1697-14

SÖKANDE

Staples Sweden AB, 556091-3591
Box 1777
501 17 Borås

Ombud: Advokat Thomas Berner
Advokatfirman Lindgren & von Hofsten AB
Box 3
542 21 Mariestad

MOTPARTER

1. Sunne kommun
686 80 Sunne
2. Arvika kommun
3. Munkfors kommun
4. Grums kommun

SAKEN

Offentlig upphandling

AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Staples Sweden AB:s ansökan om överprövning.

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2014 -09- 2 9 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

Dok.Id 115705

| | | | | |
|---|--|---|--------------------------------|---|
| Postadress Box 568 651 12 Karlstad | Besöksadress Rådhuset, Stora torget | Telefon 054-14 85 00 E-post: forvaltningsrattenikarlstad@dom.se www.forvaltningsrattenikarlstad.domstol.se | Telefax 054-14 85 30 | Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00 |
|---|--|---|--------------------------------|---|

BAKGRUND

Sunne kommun har tillsammans med Arvika, Munkfors och Grums kommuner genomfört en upphandling av sjukvårdsmaterial. Enligt meddelande om tilldelningsbeslut har Mediq Sverige AB antagits som leverantör.

PARTERNAS TALAN

Staples Sweden AB (Staples) ansöker om överprövning och yrkar rättelse på så sätt att Staples anbud ska utvärderas. Staples anför bland annat följande. Kommunerna har i förfrågningsunderlagets kravspecifikationer i pos. 4.28 - 4.34 rörande kompresser angivit följande:

”Kompress ca 10 x 10 cm typ Mepilex med vidhäftning med mjuk silikon”. I efterföljande positioner 4.29 - 4.34 återkommer kravet för de skilda storlekarna av kompress med kravet ”typ Mepilex med vidhäftning med mjuk silikon”. Staples lämnade i sitt anbud in en produktspecifikation för aktuella positioner som innehöll produkter av varumärket HydroTac från tillverkaren Hartmann. Den 8 april 2014 erhöll Staples brev med information om att upphandlingen skulle övergå från öppet till förhandlat förfarande utan föregående annonsering. I brevet angavs vidare att Staples anbud inte uppfyller kompresserna på position 4.28 - 4,34 kvalitetskraven och därför inte är likvärdiga med efterfrågade produkter och vidare att med typ Mepilex avses en kvalitet med vidhäftning med mjuk silikon. Kommunerna bad Staples offerera efterfrågad kvalitet på angivna positioner. Staples framförde i anledning av brevet att Staples entydiga ståndpunkt i sak var att offererade produkter till fullo uppfyller kvalitetskraven och skäl till ändring i anbudet inte förelåg och vidare att kravet på silikonytskikt varken var lämpligt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade syftet. Kommunerna vidhöll sin ståndpunkt. Staples anser i första hand att offererade produkter i position 4.28 – 4.32 och 4.34 är likvärdiga. Staples gör vidare gällande att kraven i förfrågningsunderlaget i pos. 4.28 - 4.34 angivet

såsom ”kompress typ Mepilex med vidhäftning med mjuk silikon” strider mot den grundläggande principen och kravet om proportionalitet. En upphandlande enhet ska inte ställa andra eller högre krav än vad som är nödvändigt för att uppnå syftet med kravet utgörande vidhäftning med mjuk silikon. Syftet med Kommunernas uppställda krav torde rimligen vara att genom utformningen av kravet upphandla ett sårförband som har goda egenskaper vid hantering av sårvätska, vidhäftningsförmåga, häftrester vid borttagning, upplevd smärta vid borttagning och gentemot trauma på underliggande hud. För att uppnå dessa syften fordras inte ett sårförband med silikonytskikt, vilket bekräftas av åtskilliga brukare och bland annat av Stockholms läns landsting ”Sårvård Special SLL 572”. Staples har offererat HydroTac som utgör en kompress med en ytbeläggning/gelyta av polyretanpolymer. HydroTac med en kontaktyta av hydrogel kan användas i exakt samma situationer och sårvårdsbehov som en sårförbandsprodukt/kompress med silikonytskikt. Ett sårförband med ytbeläggning av hydrogel eller ett sårförband med silikonytskikt har inget samband med förbandets kvalitet eller egenskaper. Offererad produkt har bättre eller i vart fall samma och likvärdiga egenskaper som produkter med silikonytskikt. Vid dessa förhållanden med i vart fall samma och likvärdiga egenskaper är kravet på silikonytskikt varken lämpligt eller nödvändigt för att uppnå det till synes eftersträvade syftet. I Länsrätten i Norrbottens läns dom den 13 augusti 2009 (mål 901-09) utgör tvistefrågan huruvida kravet på silikonytskikt står i strid med proportionalitetsprincipen. Länsrätten har i domen prövat proportionalitetsprincipen i de tre skilda steg och funnit att kravet på silikonytskikt varken är lämpligt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och att kravet på silikonytskikt därmed är i strid med proportionalitetsprincipen.

Kommunerna motsätter sig bifall till Staples ansökan och anför bland annat följande. Av punkten 2.7 i de administrativa föreskrifterna framgår följande. ”Anbud ska lämnas på samtliga angivna upphandlande myndigheter.

Anbud ska lämnas på samtliga varugrupper. För varugrupp kompresser, skyddshandskar och förbandsmaterial ska 100 % av produkterna vara prissatta. För övriga varugrupper ska minst 90 % av positionerna i respektive varugrupp vara prissatta." I fjärde stycket i punkten 2.14.2 anges vidare bl.a. "I de fall a-pris inte lämnats för någon position kommer i produktspecifikationen/prislistan angivet belastningspris att användas för utvärderingen. Gäller inte varugrupperna Handskar, Kompresser och Förbandsmaterial där 100 % av produkterna måste vara prissatta för att anbudet ska utvärderas. Anbudet går inte heller vidare till utvärdering om Kommunen finner att offererad produkt inom angivna varugrupper (Handskar, Kompresser och Förbandsmaterial) inte är likvärdig med angiven referensprodukt". Kommunerna har i förfrågningsunderlagets kravspecifikation (pos. 4.28 - 4.34) ställt krav på kompresser typ Mepilex med vidhäftning med mjuk silikon. Staples lämnade anbud med produkten HydroTac och fogade en produktspecifikation till anbudet. Kommunernas bedömning var att HydroTac inte var likvärdig med Kommunernas referensprodukt Mepilex. Enligt kommunerna hade HydroTac inte en teknologi motsvarande den s.k. Safetac-teknologin för vidhäftning med mjuk silikon. Enligt en multinationell studie (White R A Multinational survey of the assessment of pain when removing dressing, Wounds UK 2008) ger förband med Safetac soft silicone adhesive technology (vidhäftning med mjukt silikon) upphov till mindre smärta vid förbandsbyte jämfört med förband med traditionella vidhäftande förband som t.ex. HydroTac. Beprövad erfarenhet hos Kommunerna och landstinget har vidare visat att patienterna uppfattat HydroTac som mer smärtsamt än Mepilex vid byte av förband. I Värmland finns en sårvårdsgrupp bestående av personer från landstinget och samtliga kommuner med uppgift att öka kunskapen och säkra vårdkvalitén inom området sårbehandling, bl.a. har en gemensam praktisk sårvårdshandbok tagits fram. I handboken finns inte HydroTac med. Staples anbud var således ogiltigt. Övriga tre anbudsgivare hade inte heller lämnat kompletta anbud. På grund härav beslutade kommunerna att övergå till förhandlat

förfarande. Staples bereddes möjlighet att lämna pris på likvärdiga produkter till Mepilex. Staples svarade med att bolaget inte avsåg att offerera någon annan produkt. Staples ifrågasatte även om Kommunerna hade rätt att uppställa krav på Mepilex eller likvärdig produkt. Regeringsrätten har i en dom den 18 oktober 2010 i mål 7957-09 (RÅ 2010:78) konstaterat följande bl.a. "När en upphandlande myndighet närmare bestämmer föremålet för en upphandling har den stor frihet". Som vidare framgår av domen får de krav som myndigheten ställer upp inte strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet. HFD har i flera andra domar på nytt hänvisat till ovanstående princip. HydroTac har inte en teknologi motsvarande den s.k. Safetac-teknologin för vidhäftning med mjuk silikon och beprövad erfarenhet hos Kommunerna och landstinget visar att patienterna upplevt HydroTac som mer smärtsamt vid byte av förband. Kommunernas bedömning vinner också stöd av den ovan redovisade studien. Kravet på kompresser typ Mepilex med vidhäftning med mjuk silikon utgör en nödvändig åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, dvs. att patienterna inte ska utstå mer smärta än nödvändigt. Länsrätten konstaterade också i den av Staples åberopade domen att ett krav på silikonytskikt var effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet. Vad därefter gäller frågan om kravet är lämpligt eller nödvändigt kan konstateras att Staples inte visat att HydroTac är likvärdigt med Mepilex i fråga om smärta vid byte av förband. I målet vid länsrätten hade landstinget överhuvudtaget inte bestritt klagandens påstående att den offererade produkten var likvärdig med en produkt med silikonytskikt. Utgången i det målet är därmed i högsta grad förklarlig. Slutligen är mot bakgrund av det anförda den negativa effekten som åtgärden får inte oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Kravet är ställt utifrån omsorgen av patienterna och vinner stöd av ovanstående studie samt kommunernas egen erfarenhet. Därtill kan tilläggas att inget hinder föreligger för Staple att offerera Mepilex.

Staples tillägger bland annat följande. Den av kommunerna åberopade studien är från 2008. HydroTac introducerades internationellt under 2010 varför studien inte har någon relevans. Rapporten är dessutom skriven på uppdrag av Mölnlycke Health Care, som är producent av Mepilex. Vad gäller åberopad erfarenhet hos kommuner och landstinget kan noteras att enligt information från Hartmanns som leverantör av HydroTac och då angivna vårdgivare inte har produkten i sitt sortiment har inte landstinget eller kommuner upphandlat HydroTac. Då angivna vårdgivare inte har produkten i sitt sortiment är detta en naturlig och självklar anledning till att produkten inte finns med i den av motparten redovisade sårhandboken. Kommunerna hävdar även att enligt multinationell studie ger förband med vidhållning med mjukt silikon upphov till mindre smärta jämfört med förband med traditionella vidhäftande förband som t.ex. HydroTac. HydroTac använder sig inte av traditionell häfta och detta påstående är icke korrekt. HydroTac har en kontaktyta bestående av hydrogen och som ger samma egenskaper som kontaktytan hos Mepilex genom att vara lätt vidhäftande och lätt att repositionera från såret. Härutöver har även hydrogel en egenskap som skiljer sig från Silicon genom att hydrogelen har en egenskap som medför att den släpper igenom fukt och detta medför att granulering och epitelfaserna fungerar på bästa sätt. HydroTac finns beskriven i andra landstings sårhandböcker och med beskrivning ”kan avlägsnas smärtfritt” (Skaraborgs sjukhus och Östergötlands Landsting). Dessa handböcker har utkommit efter Sårhandboken Värmland och dessa benämner specifikt att HydroTac kan avlägsnas smärtfritt. Kommunerna gör gällande att i den av Staples åberopade domen utgjorde offererad produkt HydroTac av den i målet klagande leverantören. Påståendet är felaktigt. Bolaget som var klagande hade offererat produkten Allevyn mot Mepilex. Ett silikonytskikt är varken lämpligt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade syftet och därmed i strid mot proportionalitetsprincipen. Kommunerna har enbart ospecificerat angett att HydroTac inte har en teknologi motsvarande safe-tac-teknologin och anger att patienter uppfattat HydroTac som mer smärt-

samt vid byte av sårförband. Om detta enbart må vara det eftersträvade syftet överensstämmer inte detta i vart fall med förfrågningsunderlaget och kravet ”med vidhäftning med mjuk silikon”.

Kommunerna tillägger bland annat följande. Staples har varken i sitt anbud eller i sin odaterade anbudskomplettering visat att HydroTac har en teknologi motsvarande den s.k. Safetac-teknologin med vidhäftning med mjuk silikon. Staples har i sin anbudskomplettering hänvisat till LOU under två punkter och i en punkt redovisat att HydroTac i en gjord upphandling i Stockholms län vunnit den upphandlingen. Den omständigheten att HydroTac antagits av en annan upphandlande myndighet innebär inte att kravet på bevis på likvärdigheten i nu aktuell upphandling förändras. Kommunerna saknar kännedom om vilka bevis anbudsgivaren åberopat i den i anbudskompletteringen åberopade upphandlingen och det har inte heller ålegat Kommunerna att eftersöka bevis. Det är den anbudsgivare som hänvisar till en likvärdig produkt som har att svara för att bevisningen på likvärdighet tillhandahålls. Det ställda kravet på likvärdighet är rimligt. I det sammanhanget får understrykas att Kommunerna i sitt yttrande inte framfört att målet i länsrätten rörde produkten HydroTac. I stället har kommunerna tydliggjort att klagandens offererade produkt inte var HydroTac. Vid länsrättens avgörande i frågan om den strukturerade avvägningen berodde avgörandet på att det syntes vara ostridigt att den offererade icke antagna produkten i vart fall hade samma egenskaper vad avser känslig hud som produkter med silikonytskikt. I nu aktuellt mål är detta inte ostridigt, oavsett om HydroTac har ett traditionellt vidhäftande förband eller hydrogenegenskap. Klart är att HydroTac inte har en teknologi motsvarande Safetac-teknologin och att Staples inte i sitt anbud bevisat likvärdigheten.

Staples tillägger bland annat följande. Staples har i yttrande hänvisat till att bl.a. Skaraborgs sjukhus och Östergötlands landstings sårhandböcker och med dess beskrivning att HydroTac kan avlägsnas smärtfritt. Staples har

således åberopat bevisning rörande egenskap och funktion vad avser såväl frågan om likvärdighet som frågan under andrahandsgrunden att kravet om "typ Mepilex med vidhäftning med mjuk silikon" varken är lämpligt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Kommunerna har inte ifrågasatt eller framfört synpunkter på vad som i sak åberopats av Staples med hänvisning till bl.a. Skaraborgs sjukhus och Östergötlands läns landsting.

SKÅL FÖR AVGÖRANDET

Om en upphandlande myndighet har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU, eller någon annan bestämmelse i denna lag, och detta har medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt nämnda bestämmelse i 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.

Förvaltningsrättens bedömning

Upphandlingen gäller sjukvårdsmaterial bestående av ett antal positioner. Nu aktuella positioner (4.28 – 4.34) avser "Kompress ca 10 x 10 cm typ Mepilex med vidhäftning med mjuk silikon". I förfrågningsunderlaget anges att anbud inte går vidare till utvärdering om Kommunerna finner att offererad produkt inte är likvärdig med angiven referensprodukt.

Staples har offererat produkten HydroTac, och således inte den referensprodukt som anges i förfrågningsunderlaget. Fråga är i första hand om den offererade produkten är likvärdig med den efterfrågade. Kommunerna har redogjort för syftet med ”vidhäftning med mjuk silikon” och därvid anfört att kompresser av den aktuella typen typ Mepilex med vidhäftande förband av mjuk silikon utgör en nödvändig åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet, att patienterna inte ska utstå mer smärta än nödvändigt vid byte av förband. Kommunerna har hänvisat till en internationell studie och till egna erfarenheter inom kommuner och landsting i länet. Det får ankomma på en anbudsgivare att i anbudet visa att en offererad produkt, som uppges vara likvärdig med en efterfrågad produkt, har de egenskaper som efterfrågas i förfrågningsunderlaget. Om så inte är fallet kan bristen inte botas i efterhand genom nya uppgifter. Staples har inte i sitt anbud visat att den av Staples offererade produkten är likvärdig med avseende på dessa egenskaper.

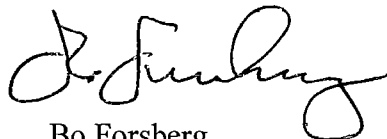
Det är den upphandlande myndigheten som väljer vad som ska upphandlas och som därmed också har förhållandevis stor frihet att ställa de villkor och krav myndigheten anser nödvändigt. Större krav än som behövs och är ändamålsenligt för upphandlingen får dock inte ställas. Kraven ska således stå i proportion till det behov som ska täckas. Det uppställda kravet på vidhäftning med mjuk silikon kan inte anses oproportionerligt. Det uppställda kravet på vidhäftande förband med mjuk silikon får mot bakgrund av de skäl Kommunerna hänvisat till anses fullt rimligt och kan inte anses stå i strid mot proportionalitetsprincipen i LOU.

Då det således inte är visat att Kommunerna har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU, saknas skäl för ingripande enligt LOU. Staples ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Denna dom kan överklagas.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1B, LOU).



Bo Forsberg

Föredragande: Lars Överström



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 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.