



**LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG**

Ingela Olofsson

DOM
2009-01-16
Meddelad i
Vänersborg

Mål nr
2307-08 E

SÖKANDE

Göteborg Hand Center AB, 556736-4749
Box 53285
400 16 Göteborg

MOTPART

Västra Götalands läns landsting
(Västra Götalandsregionen, VGR)
Regionens Hus
405 44 Göteborg

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
(LOU)

KONKURRENSVERKET	
2009-01-19	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrättens interimistiska beslut gäller inte längre.

Dok.Id 59418

Postadress
Box 1060
462 28 Vänersborg

Besöksadress
Residensgatan 23

Telefon
0521-27 03 00
E-post: lansrattenivanersborg@dom.se

Telefax
0521-27 03 80

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-12:00
13:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalands läns landsting (Västra Götalandsregionen, nedan kallat VGR) inbjöd den 30 april 2008 till anbudsgivning gällande "Mottagningar inom urologi, neurologi och handkirurgi", Diariernr SN146-2008. VGR bestämde i tilldelningsbeslut den 18 september 2008 att uppdraget att tillhandahålla mottagning inom handkirurgi ska tilldelas Avesina specialistvård AB (Avesina).

Länsrätten beslutade den 29 september 2008 bl.a. att upphandlingen av mottagningar inom handkirurgi inte får avslutas innan länsrätten avgjort målet slutligt.

YRKANDE M.M.

I ansökan om överprövning anför Göteborg Hand Center AB (GHC) bl.a. följande. *Leverantörens erfarenhet*. Avesina uppfyller inte de krav som VGR ställer på anbudsgivarna. Enligt anbudsinbjudan punkten 2.2 är "skall-krav" obligatoriska krav, som måste uppfyllas annars förkastas anbudet. I anbudsinbjudan punkten 2.6.3 anges att anbudet "skall" innehålla uppgifter om leverantörens erfarenhet av den specialitet avtalet avser. Avesina har inte på något ställe i sin ansökan beskrivit företagets erfarenhet inom handkirurgi. Avesina uppfyller därför inte de obligatoriska kraven för anbudet. För att vara kvalificerad "skall" leverantören, enligt samma punkt i anbudsinbjudan, besitta eller bedömas kunna bygga upp för avtalet erforderlig teknisk förmåga och kapacitet. "Skall-kraven" i punkten 2.6.3 är motstridiga. Antingen behövs specialistkompetens eller inte. *Onormalt lågt anbud*. Avesinas totalpris är inte onormalt lågt, men anbudet är onormalt lågt beträffande flera av de typoperationer man förbinder sig att utföra enligt avtalet. Så är fallet med t.ex. operationer av Dupuytren's kontraktur och artroplastik eller artrodes vid tumbasartros. VGR har inte kritiskt granskat

dessa priser, trots att de skiljer sig från övriga anbudsgivare. VGR kan med enkelhet kontrollera vad nuvarande avtalsinnehavare har för pris på dessa operationer. Det rör sig om tre-fyra gånger högre pris än Avesinas. Det finns ingen landvinning eller teknisk förbättring av dessa operationer som medfört att priset kan hållas så lågt som Avesina uppgett. Avesinas prissättning är oseriöst upprättad. VGR köper enskilda tjänster och måste därför beakta priset för varje tjänst för sig. I annat fall skulle VGR bara ha begärt in ett pris för alla tjänster. Genom att inte utvärdera priset för varje tjänst, har VGR åsidosatt sitt uppdrag att tillgodose så god och säker vård som möjligt. Eftersom Avesinas prissättning är oseriös, måste företagets anbud förkastas. *Övriga brister.* i) I kravspecifikationen punkten 2.2 anges att nuvarande vårdgivare under år 2007 utfört 80 operationer på patienter med diagnosen lateral epikondylit. Detta stämmer emellertid inte. Enligt uppgift från vårdgivaren har inte någon sådan operation utförts under år 2007. Av samma specifikation punkten 3.3 framgår att VGR upphandlar 90 operationer av lateral epikondylit. Det är fel av VGR att upphandla dessa operationer, eftersom de bygger på felaktiga uppgifter. ii) Från början angavs klart och tydligt att verksamheten skulle bedrivas i lokaler inom område Centrum i Göteborg. Under anbudstidens gång har VGR ändrat sin beskrivning så att det är möjligt att bedriva verksamhet i flera olika lokaler med stor geografisk spridning i Göteborg. Detta innebär en kraftig försämring för patienterna. Det finns en uppenbar risk att de hamnar fel. Som referenser har Capio i sitt anbud bl.a. hänvisat till planeringsledaren Ulf Andreasson, VGR, och medicinska rådgivaren Hans Kolmodin, VGR. Båda personerna är två av de fyra tjänstemän hos VGR som svarat för aktuell upphandling, vilket innebär en risk för otillbörlig negativ konkurrens och jävssituation. iii) Enligt kravspecifikationen punkten 3.3 ska sjukvårdande behandling utföras av sjuksköterska/sjukgymnast/arbetsterapeut med erfarenhet av handens rehabilitering. Detta innebär att den som får avtalet kan anställa en sjuksköterska som inte har formell utbildning och kompetens inom handens rehabilitering och visar på en anmärkningsvärd okunskap om det område man upphand-

lar. Flera brister visar på okunskap och går med lätthet att korrigeras. Flera är direkt patientrelaterade och kan innebära en försämring av den vård som ska ges. Detta kan innebära ökat lidande samt felaktig och fördyrande behandling.

VGR bestrider GHC:s yrkanden och anför bl.a. följande. *Leverantörens erfarenhet*. I anbudsintjudan sägs att leverantören "skall" besitta eller bedömas kunna bygga upp för avtalet erforderlig teknisk förmåga och kapacitet. Begäran om uppgifter om leverantörers erfarenhet av den specialitet avtalet avser kan av naturliga skäl endast lämnas om de besitter sådan erfarenhet. Av punkten 2.6.8 i anbudsintjudan framgår att intjudan är riktad även till företag under bildande eller som inte tidigare bedrivit verksamhet av samma art som efterfrågas. "Skall-kravet" måste givetvis läsas på sådant sätt att anbudet ska innehålla uppgift om leverantörers erfarenhet i förekommande fall. Att läsa på annat sätt skulle te sig egendomligt, eftersom anbudsintjudan även riktar sig till nya företag. Avesina har uppgett att uppdraget är nytt och redogör därmed för sin erfarenhet. Begreppet "uppgift", enligt det av GHC åberopade "skall-kravet", kan vara en uppgift om att man inte har någon erfarenhet. VGR har bedömt att Avesina kan bygga upp erforderlig teknisk förmåga och yrkesmässig kapacitet. Avesina har bl.a. anfört att man inom sin organisation har kompetent personal med lång erfarenhet av uppdrag av den här karaktären och med kunskap att bygga upp verksamhet inom efterfrågade specialiteter samt att man har de ekonomiska och organisatoriska förutsättningarna för att åta sig uppdrag av efterfrågad storlek. Avesina uppfyller detta "skall-krav". *Onormalt lågt anbud*. En upphandlande myndighet ska antingen anta det anbud som är det mest ekonomiskt fördelaktiga för den upphandlande myndigheten eller det anbud som har lägst pris. I aktuell upphandling har det handlat om det förra, där priset har viktats till 98 procent och kvalitetscertifieringen till två procent. Av tilldelningsbeslutet framgår att det fanns tre avlämnade anbud och att dessa uppgick till 2 702 850 kr (Avesina), 2 791 800 kr (Capio) och

3 021 800 kr (GHC). En upphandlande myndighet får förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Det finns ingen skyldighet att förkasta låga anbud och lagen innehåller inte något förbud mot att anta orimligt låga anbud. Priset kan dessutom inte betraktas som orimligt lågt när det endast skiljer 88 950 kr i förhållande till det näst lägsta budet. *Övriga brister.* Antalet åtgärder baseras på den statistik som VGR har haft tillgänglig. Statistiken har varit lika för alla anbudsgivare. Den volym som VGR har efterfrågat är den volym som VGR ansett sig behöva. Det måste ankomma på den upphandlande myndigheten att avgöra vilket behov som finns och hur det kan tillgodoses. Antalet åtgärder får dessutom ses som riktlinjer till verksamheten. Förfrågningsunderlaget har tagits fram med hjälp av den expertis som VGR har tillgång till inom regionen, däribland medicinsk sådan. GHC:s inställning, att kompetenskravet på sjuksköterska/sjukgymnast/arbetsterapeut vid handkirurgi med krav på erfarenhet av handens rehabilitering vid sjukvårdande behandling inte skulle vara tillräcklig, delas inte av VGR. Om länsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat gör VGR gällande att det i vart fall inte är fråga om brister av den art eller omfattning som gör att kraven som uppställs i LOU eller som följer av de gemenskapsrättsliga principerna har åsidosatts.

Länsrätten har den 18 november 2008 hållit muntlig förhandling i målet.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser m.m.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. 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.

Enligt 15 kap. 17 § LOU får den upphandlande myndigheten förkasta ett anbud om den finner att priset är onormalt lågt. Anbudet får dock förkastas först sedan myndigheten skriftligen begärt en förklaring till det låga anbudet och inte fått tillfredsställande svar.

I 16 kap. 1 § första och andra styckena LOU föreskrivs att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt denna paragraf. Vid direktupphandling får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

I 16 kap. 2 § samma lag stadgas följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 11 § förvaltningslagen (1986:223) framgår följande. Den som skall handlägga ett ärende är jävig 1. om saken angår honom själv eller hans make, förälder, barn eller syskon eller någon annan närstående eller om ärendets utgång kan väntas medföra synnerlig nytta eller skada för honom själv eller någon närstående, 2. om han eller någon närstående är ställföreträdare för den som saken angår eller för någon som kan vänta synnerlig nytta eller skada av ärendets utgång, 3. om ärendet har väckts hos myndigheten genom överklagande eller underställning av en annan myndighets beslut eller på grund av tillsyn över en annan myndighet och han tidigare hos den andra myndigheten har deltagit i den slutliga handläggningen av ett ärende som rör saken, 4. om han har fört talan som ombud eller mot ersättning biträtt någon i saken, eller 5. om det i övrigt finns någon särskild omständighet som är ägnad att rubba förtroendet till hans opartiskhet i

ärendet. Från jäv bortses när frågan om opartiskhet uppenbarligen saknar betydelse.

Länsrätten gör följande bedömning

Leverantören ska granskas utifrån de krav som ställts i förfrågningsunderlaget/ anbudsinvjudan. Den upphandlande myndigheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget. Enligt krav i nu aktuell anbudsinvjudan ska leverantören ha, eller bedömas kunna bygga upp, för avtalet erforderlig teknisk förmåga och kapacitet. Vidare krävs att anbud ska innehålla uppgifter om leverantörens erfarenhet av den specialitet avtalet avser. Huruvida GHC ifrågasätter Avesinas förmåga att kunna bygga upp erforderlig teknisk förmåga och kapacitet och i så fall på vilka grunder har inte kommit fram i målet. Anbudsinvjudan synes rikta sig även till företag under bildande. Mot denna bakgrund får Avesina anses uppfylla de ställda "skall-kraven", vilka får anses vara tillräckligt tydligt utformade.

Avesinas anbud på 2 702 850 kr är ca 89 000 kr lägre än Capios. GHC har inte visat att Avesinas anbud inte är seriöst och inte heller att det är osannolikt att Avesina kommer att kunna leverera till de erbjudna priserna. VGR har därför inte haft anledning att förkasta Avesinas anbud på denna grund.

GHC gör gällande att det finns ett flertal övriga brister i aktuell upphandling på så sätt att den bygger på felaktiga uppgifter, att möjligheten att bedriva verksamhet i flera olika lokaler med stor geografisk spridning i Göteborg innebär kraftig försämring för patienterna och att det finns en risk för ökat lidande för patienterna och felaktiga och fördyrande behandlingar om sjuksköterska/sjukgymnast/arbetsterapeut med erfarenhet av handens rehabilitering ska utföra sjukvårdande behandlingar. Det är emellertid den upphandlande myndigheten som identifierar sitt behov och analyserar hur behovet kan tillgodoses. Förutsatt att principerna i LOU och EG-rätten inte

överträds har den upphandlande myndigheten stor frihet att välja vilka kriterier den ska använda vid en utvärdering och vilken betydelse dessa ska tillskrivas. De av GHC åberopade bristerna är inte av sådant slag att de nämnda principerna överträts.

GHC gör även gällande att det finns en risk att ifrågavarande upphandling varit behäftad med jäv, eftersom Capio som referenser i sitt anbud bl.a. hänvisat till två tjänstemän hos VGR som svarat för upphandlingen. Länsrätten finner inte att det är visat att dessa tjänstemän skulle ha ett personligt eller ekonomiskt intresse i Capio eller att de av annan anledning varit jäviga. Enligt VGR har förfrågningsunderlaget tagits fram med hjälp av den expertis som VGR har tillgång till inom regionen.

Sammanfattningsvis konstaterar länsrätten att sådana omständigheter inte har anförts i målet att det finns skäl att besluta om åtgärder. Upphandlingen får därför avslutas.

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


Peter Kockum