



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2012-10-10
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
10340-12 E
Enhet 1:5

SÖKANDE

BBS Medical AB, 556555-2436
Södervikens Gård
Knarrviksvägen 28
760 21 Vätö

MOTPART

Västra Götalandsregionen
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2012 -10- 1 1	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok Id 165092

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

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (landstinget) har genomfört en upphandling gällande "Ultraljud Elastografi" (diarienummer SN240-2012). Upphandlingen har genomförts genom ett öppet förfarande. Av tilldelningsbeslut den 17 augusti 2012 framgår att en annan anbudsgivare än BBS Medical AB (bolaget) har vunnit upphandlingen.

YRKANDEN

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Under pågående upphandling ändrades ett väsentligt skall-krav i kravspecifikationen. Ändringen innebar att ett annat kriterium för metoden vid leverelasticitetsmätning godkändes. Om ändringen inte hade gjorts hade bolaget vunnit upphandlingen. Landstinget har hävdat det ändrade kravet avsåg en likvärdig mätmetod. Metoderna kan dock inte anses vara likvärdiga. En provuppställning hade tydligt visat skillnaderna mellan metoderna. Vidare har upphandlingens utvärderingsgrupp inte behandlat de inkomna anbuden lika. Två leverantörer har lämnat anbud men ingen provuppställning har skett. Inte heller har något detaljerat utvärderingsprotokoll delgivits parterna. Bolaget har inte fått möjlighet att visa att produkten SuperSonic Aixplorer har en ny avancerad teknologi inom efterfrågat område. Det har därtill kommit till bolagets kännedom att det, efter det att upphandlingen annonserades den 4 juni 2012, arrangerades en kurs i Prag där en medlem i den medicinska projektgruppen för upphandlingen deltog som föredrags-hållare och kursledare. Denna kurs sponsrades av Siemens som sedermera vann upphandlingen. I kursens innehåll märks bland annat Training Sessions som innefattade Ultraljud Elastografi och "Ultrasound guided liver biopsy", vilka är funktioner som efterfrågades i den aktuella upphandlingen. Det finns således indikationer på att den medicinska expertisen för

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 3
10340-12 E

upphandlingen hade möjlighet att se den andra anbudsgivarens ultraljudsystem och att få detta demonstrerat för sig. Bolaget har inte fått samma möjlighet då ingen provuppställning har skett i samband med utvärderingen av anbudet. Likabehandlingsprincipen har således inte följts då en rättvis utvärdering av de två inkomna anbudet inte har varit möjlig. Utvärderingskriterierna för upphandlingen har varit missvisande då en utvärdering av avancerad teknik i form av ultraljudsystem inte är möjlig utan provuppställning och demonstration av applikationsspecialist.

Landstinget anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. Det stämmer att en ändring i ett skall-krav har gjorts under tiden för inkommande anbud och i enlighet med i förfrågningsunderlaget angivna tidsfrister. Ändringen gjordes under punkten 3.5 i "klinisk teknisk kravspecifikation" med anledning av att en annan presumtiv anbudsgivare ifrågasatte det aktuella kravet då det fanns andra godkända, likvärdiga och etablerade metoder. Det tidigare skall-kravet var, med hänsyn till principerna om likabehandling och icke-diskriminering, uppställt på ett sådant sätt att det vare sig var proportionerligt eller likabehandlande. Då det fanns en annan mätmetod som ansågs vara likvärdig innebar begränsningen som det ursprungliga skall-kravet uttryckte även att konkurrensen motverkades. Ändringen innebar i praktiken att landstinget förtydligade kravet och att en annan angiven mätmetod godkändes. Den ursprungligt angivna mätmetoden kvarstod dock som godkänd metod. Det var dessutom, vid tiden för ändringen av kravet, inte känt för landstinget hur många eller vilka anbudsgivare som lämnat eller avsåg att lämna anbud i den aktuella upphandlingen. Förändringen av skall-kravet var således endast en förbättring av förfrågningsunderlaget och skedde inte utifrån påverkan av någon anbudsgivare. För bolagets del har förändringen av kravet avseende mätmetod inte inneburit något hinder att lämna anbud. De har således inte heller påverkats i sin roll som anbudsgivare. Vidare har bolaget anfört att inkomna anbud inte har utvärderats på ett likvärdigt sätt då de inte har getts möjlig-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 4
10340-12 E

het att demonstrera sin produkt vid en provuppställning. Under punkten 5 i kravspecifikationen, bilaga 1, anges det bland annat att "provuppställning för provning och utvärdering av offererad utrustning ska kunna ske inom två månader från begäran". Även på andra ställen anges "eventuell provuppställning". En eventuell provuppställning är därmed att anse som ett krav från landstingets sida och inte något som anbudsgivaren har rätt att begära. I det fall landstinget bedömer att anbudet innehåller alla nödvändiga uppgifter som behövs för att kunna göra en korrekt utvärdering finns det inte någon anledning att genomföra en provuppställning. I det aktuella fallet har inte heller någon annan anbudsgivare fått möjlighet till en provuppställning. Bolagets uppgifter om att en person från landstinget skulle ha tagit del av den vinnande anbudsgivarens utrustning i samband med en konferens bestrids. Den person från landstingets medicinska projektgrupp som anlätats som föredragshållare på den aktuella konferensen har inte varit aktiv i samband med utvärderingen av anbuden eller under författandet av förfrågningsunderlaget utan endast deltagit vid framtagandet av en behovsanalys. Personen i fråga anlätades och arvoderades dessutom av Europeiska Gastroföreningen (UEFG) och har vare sig deltagit vid någon föreläsning eller praktisk tillämpning. Inte heller har han på något annat sätt beblandat sig med leverantören av den aktuella produkten. Bolaget har inte kunnat visa att det skulle ha förekommit några otillbörliga kontakter mellan personer i projektgruppen och den vinnande anbudsgivaren. Dessa påståenden saknar därför grund. Bolaget har vidare efterfrågat ett detaljerat utvärderingsprotokoll för upphandlingen. Det finns dock inga fler allmänna handlingar att lämna ut till anbudsgivarna. Bedömningar och beräkningar har skett inom en arbetsgrupp och antecknas endast som noteringar i ett arbetsmaterial. Arbetsmaterialet sammanställs och ledex till den fullständiga utvärderingen och det faktiska beslutsunderlag som bifogats till tilldelningsbeslutet. Sammanfattningsvis har den aktuella upphandlingen skett i enlighet med de grundläggande principerna i LOU.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 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.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i samma 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.

Förfrågningsunderlaget

I den allmänna kravspecifikationen som tillhör förfrågningsunderlaget framgår följande under punkten 5, sida 4.

Provuppställning för provning och utvärdering av offererad utrustning skall kunna ske inom två (2) månader från begäran.

Anbudsgivare skall delta vid provuppställning i efterfrågad omfattning och kontakter i samband med detta sker med av Beställaren angiven kontaktperson för verksamhetsfrågor. Möjlighet att i anslutning till utvärderingen kunna provköra datakommunikation mot Västra Götalandsregionens Bild och Funktionsregister BFR, antingen via uppkoppling på distans alt annat digitalt media el dylikt, skall finnas.

I samband med eventuell provuppställning skall provuppställningsavtal tecknas med verksamheten. I det avtalet regleras aktuella villkor, vilka skall baseras på branschgemensamma överenskommelser.

All dokumentation skall finnas tillgänglig vid eventuell provning av utrustningen.

Ev. provuppställningar kommer företrädesvis att ske runt september månad år 2012.

I förfrågningsunderlaget, bilaga 1 klinisk-teknisk kravspecifikation, framgår följande under punkten 3.5, sida 2.

Systemet för leverelasticitetsmätning levererar primär eller som enkel option mätvärden i kPa direkt på skärmen med möjlighet att spara information i kPa för enkel jämförelse med etablerade gränsvärden för fibros resp. cirros (METAVIR).
Beskriv funktionen.

Enligt det "Frågor och svar"-dokument i vilket landstinget har besvarat frågor från presumtiva anbudsgivare framgår bland annat följande. Siemens AB har den 2 juli 2012 ställt följande fråga.

I Klinisk Teknisk Kravspecifikation Ultraljud Elastografi rad 19 finns ett SKALL-krav:

Systemet för leverelasticitetsmätning levererar primär eller som enkel option mätvärden i kPa direkt på skärmen med möjlighet att spara information i kPa för enkel jämförelse med etablerade gränsvärden för fibros resp. cirros (METAVIR).
Beskriv funktionen.

En minst lika etablerad enhet är m/s.

Kan denna enhet godkännas?

Översättningstabeller finns.

Av det svar som landstinget har lämnat den 5 juli 2012 framgår i följande.

Under tiden har många väl genomförda studier kommit som ger leverelasticitetsresultat med m/s.

Svaret är således JA. Enheten M/S är etablerad och kan godkännas.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har begärt överprövning av tilldelningsbeslutet och har som grund för detta anfört dels att landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen, dels att de utvärderingskriterier som uppställts har varit bristfälliga samt dels att ett obligatoriskt skall-krav har ändrats under pågående upphandling.

Åsidosättande av likabehandlingsprincipen

Enligt bolaget har en person tillika medlem i upphandlingens projektgrupp deltagit i en kurs sponsrad av den vinnande anbudsgivaren. Personen i fråga ska, enligt bolaget, ha fått möjligheten att se den vinnande anbudsgivarens ultraljudsystem samt fått detta demonstrerat för sig. Då bolaget inte har haft samma möjlighet har likabehandlingsprincipen åsidosatts. Landstinget har bland annat anfört att personen i fråga inte har varit aktiv i samband med utvärderingen av anbuden och inte heller varit delaktig i framtagandet av förfrågningsunderlaget. Personen anlätades av Europeiska Gastroföreningen och har inte deltagit vid någon föreläsning eller praktiskt tillämpning av den aktuella produkten. Han har, enligt landstinget, inte heller på något annat sätt haft kontakt med den vinnande anbudsgivaren.

Den omständigheten att ex. en handläggare i ett upphandlingsärende har varit jävig kan, i det fall det leder till otillbörliga fördelar, anses innebära ett brott mot likabehandlingsprincipen (jämför Kammarrättens i Jönköping dom den 8 april 2010 i mål nummer 828-10). I ifrågavarande fall kan det dock inte anses vara visat att det har förelegat en sådan jävsliknande situation. Den omständigheten att en person som tillhör den aktuella medicinska projektgruppen har deltagit i en kurs som sponsrats av den vinnande anbudsgivaren kan inte ensam ligga till grund för en sådan slutsats. Bolaget har inte visat att en kontakt har funnits mellan den aktuella personen och den vinnande anbudsgivaren. Inte heller har bolaget lyckats visa att en sådan eventuell kontakt skulle ha inneburit ett otillbörligt gynnande av den vinnande anbudsgivaren. Förvaltningsrätten bedömer därmed att förfarandet, i detta avseende, inte strider mot likabehandlingsprincipen.

Påtalade brister i utvärderingen av anbuden

Vidare har förvaltningsrätten att pröva huruvida den omständigheten att bolaget inte beretts tillfälle att uppvisa sin utrustning vid en provuppställning kan anses innebära att utvärderingen av anbuden har varit bristfällig. Bolaget har ifrågasatt att en korrekt utvärdering har kunnat genomföras utan en provuppställning och demonstration av en applikationsspecialist. Därtill har bolaget påpekat att de inte har delgivits något detaljerat utvärderingsprotokoll. Enligt det ovan refererade förfrågningsunderlaget har en provuppställning inte utgjort en obligatorisk del av utvärderingen av anbuden. Förfrågningsunderlaget måste i detta avseende anses vara klart och tydligt. En eventuell provuppställning kunde komma att ske på den upphandlande myndighetens begäran. Då utvärderingen har skett i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget finns det, inte heller i denna del, grund för att vidta några åtgärder gentemot upphandlingsförfarandet.

Förändring av skall-krav

I LOU saknas detaljerade regler i fråga om utformning av förfrågningsunderlaget samt bestämmelser om ändringar, förtydliganden och kompletteringar. Inte heller ger EU-rätten, vilken ligger till grund för den svenska lagstiftningen, någon ledning i detta avseende. En åtgärd som innebär att förfrågningsunderlaget ändras under pågående upphandling måste därför bedömas med beaktande av de allmänna principer som lagstiftningen bygger på och kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU, d.v.s. principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. En upphandlande myndighet är inte helt förhindrad att vidta vissa åtgärder under pågående upphandlingsförfarande under förutsättning att detta inte medför väsentliga förändringar i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget, exempelvis klargöranden av eventuella tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget. En ändring i

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 9
10340-12 E

ett skall-krav, d.v.s. ett obligatoriskt krav, bör dock normalt ses som en väsentlig förändring (se ex. Kammarrättens i Jönköping dom den 17 juni 2009 i mål nummer 923-09). Vid prövningen av förändringar i förfrågningsunderlaget måste emellertid hänsyn tas bland annat till orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, vid vilken tidpunkt under upphandlingen ändringen vidtogs och om några åtgärder företagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser av ändringen (jämför ex. Kammarrättens i Jönköping dom den 25 november 2010 i mål nummer 1941-10). Den omständigheten att en ändring avser ett skall-krav kan således inte per automatik anses innebära att det är fråga om en väsentlig förändring i förfrågningsunderlaget.

Den av bolaget återopade förändringen av skall-kravet i förfrågningsunderlaget, bilaga 1 klinisk-teknisk kravs-specifikation, punkten 3.5, innebar att landstinget godtog enheten m/s som enhet i vilken leverelasticitetsmätningen redovisas. Det ursprungliga kravet innebar att mätvärdena skulle levereras i enheten kPa. Ändringen presenterades genom upphandlingens interaktiva "Frågor och Svar"-dokument den 5 juli 2012, d.v.s. under pågående upphandlingsförfarande och innan anbudstidens utgång den 15 juli 2012. Bolaget har påtalat att denna förändring har påverkat upphandlingen i väsentlig omfattning då deras produkt SuperSonic Aixplorer för närvarande är det enda systemet som kan hantera den avancerade mätskalan kPa. Landstinget har anfört att skall-kravet har ändrats därför att presumtiva anbudsgivare ifrågasatt kravet då det finns andra godkända, etablerade och likvärdiga mätmetoder. Det ursprungliga skall-kravet var därför uppställt på ett oproportionerligt och icke-likabehandlande sätt. Eftersom ändringen i praktiken innebar ett förtydligande av det tidigare skall-kravet har bolagets förutsättningar, enligt landstinget, inte förändrats i någon väsentlig omfattning. Enligt förvaltningsrättens mening är den aktuella förändringen att anse som en väsentlig ändring av förfrågningsunderlaget, inte minst då förändringen har avsett en för bolagets produkt unik mätmetod och genom-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 10
10340-12 E

förts i nära anslutning till anbudstidens utgång den 15 juli 2012. Upphandlingsförfarandet kan därmed inte anses uppfylla kraven på likabehandling samt på öppenhet och förutsebarhet som kommer till uttryck genom principerna i 1 kap. 9 § LOU. Det är inte osannolikt att det ursprungliga skallkravet, i enlighet med vad landstinget har anfört, kan ha varit utformat i strid med proportionalitetsprincipen. Detta innebär dock inte att den upphandlande myndigheten är fri att väsentligt förändra förfrågningsunderlaget under pågående upphandlingsförfarande. I denna situation bör upphandlingen istället avbrytas och göras om (jämför ex. Kammarrättens i Jönköping dom den 11 oktober 2010 i mål nummer 1706-10 och Kammarrättens i Göteborg dom den 2 juni 2010 i mål nummer 1132-10). Sammantaget måste den aktuella förändringen av skallkravet anses bryta mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.


I 16 kap. 6 § LOU anges att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts enbart om bristen i förhållande till de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. I ifrågavarande fall har den aktuella förändringen av skallkravet inte inneburit att bolaget har varit förhindrat att lämna anbud. Bolaget har enligt tilldelningsbeslutet, även efter förändringen av skallkravet, uppfyllt de obligatoriska krav som ställts på den i upphandlingen aktuella varan och anbudet har därmed tagits upp för utvärdering. Tilldelning har skett till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket inte var det anbud som bolaget lämnat. Enligt förvaltningsrättens mening har bolaget inte visat att det har lidit eller kan komma att lida skada av bristerna i upphandlingsförfarandet. Förutsättningar för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 11
10340-12 E

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


Kristina Jamevall

Rådman

Föredragande har varit förvaltningsrättsnotarien Henrik Holmström.



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. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU