

LÄNSRÄTTEN I
UPPSALA LÄN

DOM
2009-07-31
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1684-09 E

KONKURRENSVERKET	
2009 -03- 0 4	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Curt Berg med enskild firma C-H-A-Berg, 620604-3934
Fålhagsleden 53
763 23 Uppsala

MOTPART

Läkemedelsverket
Box 26
751 03 Uppsala

UPPHANDLING

Läkemedelsverkets upphandling avseende spektrofotometer,
referensnummer 09/3

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan om överprövning av Läkemedelsverkets upphandling avseende spektrofotometer, referensnummer 09/3.

Länsrätten avvisar yrkandet om interimistiskt beslut.

Dok.Id 47552

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00
E-post: lansratteni uppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-16:25

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Curt Berg med enskild firma C-H-A-Berg (Berg) ansöker den 30 juli 2009 om överprövning av Läkemedelsverkets upphandling av spektrofotometer. Berg yrkar att rättelse ska göras på så sätt att Berg anses uppfylla skallkravet i punkten 4.1.4. i förfrågningsunderlaget samt att en ny utvärdering ska göras där Berg tilldelas 100 poäng under punkten 4.2.2. i förfrågningsunderlaget. Berg yrkar även att länsrätten enligt 16 kap. 2 § LOU ska besluta att upphandlingen av spektrofotometer inte får avslutas innan länsrätten har beslutat något annat.

Berg anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Under punkt 4.1.4. i förfrågningsunderlaget anges följande. Kyvetterna ska ha kyvettlängden 10 mm. Möjlighet ska också finnas att använda kyvettlängd på ca 2 mm samtidigt. Alternativt vändbara kyvetter. Ange vilket som offereras. Om kyvettväxlaren har 8 positioner bör kyvetterna vara vändbara; 10 mm. respektive ca 2 mm. Berg har svarat följande. Kyvetterna är inte vändbara med 2 respektive 10 mm kyvettlängd. Bolaget har tillsammans med Cecil Instruments letat igenom marknaden och inte funnit några. I offerten ingår kyvetter med 10 mm kyvettlängd. Läkemedelsverket har i sin upphandlingsrapport lämnat 40 poäng (betyg mindre bra, under förväntan) för de kyvetter bolaget offererat. Detta är helt i sin ordning, men att anbudet underkänts utifrån en senare tolkning är felaktigt. Läkemedelsverket kommenterade detta enligt följande; "LV kan inte på förhand beskriva alla de förutsättningar som gäller vid denna typ av frågor, utan bedömningen måste ses utifrån den samlade informationen som kommer med anbudet."

Detta strider mot grundläggande principer i LOU då Läkemedelsverket ges möjlighet att helt godtyckligt välja mellan anbudsgivarna. Berg har svarat ja på frågan under punkt 4.2.2. i förfrågningsunderlaget om mjukvaran kan styra det befintliga frisättningsbadet (Vankel VK7000). Berg ställde en fråga om Läkemedelsverkets bad var utrustat med en enhet för automatisk provtagning. Mot slutet av korrespondensen svarade Berg på Läkemedelsverkets fråga om det tillkom några extra kostnader för att koppla in ett automatiskt provtagningssystem med att "Det är eventuellt möjligt att kontrollera badet utifrån (endast försett med) ett statiskt provtagningssystem,

men jag är inte säker.” Läkemedelsverket har i sin upphandlingsrapport ansett att deras Vankel VK7000 frisättningsbad inte kan styras av Bergs Win Diss 32 mjukvara. Berg anser att frågan om möjligheten att styra Läkemedelsverkets system aldrig utreddes. Det har visat sig att den offererade mjukvaran mycket väl kan styra Läkemedelverkets bad även om det inte har en enhet för automatisk provtagning. Mot bakgrund av detta bör bolaget tilldelas ytterligare 100 poäng i utvärderingen. Resultatet av utvärderingen borde ha varit att Läkemedelsverket tecknade avtal med Berg.

Läkemedelsverket har i yttrande angivit i huvudsak följande. Ansökan om överprövning samt det interimistiska yrkandet bör avslås då Läkemedelsverket har genomfört upphandlingen i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU samt de övriga bestämmelserna i lagen. För det fall att upphandlingen bedöms ha genomförts på ett bristfälligt sätt gör Läkemedelsverket gällande i andra hand att Berg inte har kommit till skada eller kan komma att lida skada då den offererade varan inte uppfyller skallkravet i punkt 4.1.4. i förfrågningsunderlaget. Av förfrågningsunderlagets ordalydelse i punkt 4.1.4. första stycket framgår att i denna del rör det sig om ett skallkrav. Övriga delar av punkt 4.1.4. utgör dock inte ett skallkrav. Innebörden av skallkravet i första stycket är som framgår av texten att kyvetterna ska ha längden 10 mm. samt att det ska finnas möjlighet att samtidigt använda kyvettlängden 2 mm. Alternativt ska kyvetterna vara värdbara så att de nämnda längderna erbjuds. Läkemedelsverket har hanterat kravet i denna del som ett skallkrav och har följaktligen underkänt de två leverantörer som inte uppfyller kravet, det vill säga Berg och Agilent Technologies Sweden AB. Resultatrapporten har fått en utformning som skulle kunna ge intrycket av att det aktuella skallkravet inte har behandlats som ett sådant, i och med att resultatet av samtliga krav i 4.1.4. redovisats gemensamt (både skall- och börkrav). I Läkemedelverkets utvärderingsrapport framgår dock att Bergs anbud inte uppfyller skallkravet i punkten 4.1.4. vilket har markerats med ett U. Det ligger i sakens natur att ett skallkrav antingen kan uppfyllas eller inte och utvärderas därför inte vidare. Vad gäller den kommentar från Läkemedelsverket som Berg har åberopat: ”LV kan inte på förhand beskriva alla de förutsättningar som gäller vid

denna typ av frågor, utan bedömningen måste ses utifrån den samlade informationen som kommer med anbudet.” är detta något som skrevs efter tilldelningsbeslutet som svar på vissa frågor kring upphandlingen och inte som ett svar hur Läkemedelsverket hanterar uppfyllandet av skall-krav. Vad gäller punkten 4.2.2. *Styrning* anser Läkemedelsverket sig ha fog för sin poängsättning. Leverantören har visserligen svarat ja på frågan om mjukvaran kan styra det befintliga frisättningsbadet. Av svar som leverantören senare lämnat på frågor från Läkemedelsverket framgår dock att leverantören är osäker på sitt svar. (se ovan) Läkemedelsverket anser sig ha tillräcklig information för att ta ställning till den delen av anbudet. Den omständigheten att Berg nu har visat att frisättningsbadet kan styras av mjukvaran innebär inte att upphandlingen har varit felaktig i denna del. Läkemedelsverket vill också klargöra att Bergs totalpoäng endast hade ökat med 2,05 poäng om Läkemedelsverket hade bedömt hans svar i den nu aktuella delen som ett ja och därför givits 100 poäng i den delen. Mot bakgrund av det anförda ska ansökan om överprövning samt det interimistiska yrkandet avslås.

SKÄL

Aktuella bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

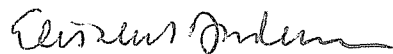
I 16 kap. 2 § LOU stadgas följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av andra stycket samma paragraf framgår att rätten omedelbart får besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Länsrättens bedömning

I punkten 4.1.4 i förfrågningsunderlaget anges följande. Kyvetterna ska ha kyvettlängden 10 mm. Möjlighet ska också finnas att använda en kyvettlängd på ca 2 mm samtidigt. Alternativt vändbara kyvetter. Ange vilket som offereras. I Bergs anbud anges följande för den aktuella punkten. ”Kyvetterna är tyvärr inte vändbara med 2 respektive 10 mm kyvettlängd. Vi har tillsammans med Cecil Instruments letat igenom marknaden och inte funnit några. I offerten ingår kyvetter med 10 mm kyvettlängd.” Berg har även i begäran om överprövning anfört att Berg har svarat att kyvetterna inte är vändbara med 2 respektive 10 mm kyvettlängd. Då det av det anförda framgår att Berg endast har offererat en kyvett med kyvettlängd 10 mm är det aktuella skall-kravet enligt länsrättens mening inte uppfyllt varför Berg inte kan anses ha lidit eller kan komma att lida skada. Berg har därför inte rätt till överprövning av aktuell upphandling. Bergs ansökan om överprövning av den aktuella upphandlingen ska således avslås. Anledning saknas att pröva yrkandet om interimistiskt beslut.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1A)



Elisabet Andersson

rådman/CL

