



KLAGANDE

1. Norrbottens läns landsting
Inköpsjuristen Erik Björklund
971 89 Luleå

2. Abbott Scandinavia AB, 556046-6137

Ombud: Advokaten Per-Owe Arfwedson
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Funckens gränd 1
111 27 Stockholm

MOTPART

Roche Diagnostics Scandinavia AB, 556067-8194

Ombud: Advokat Sascha Schaeferdiek
Wistrands Advokatbyrå
Box 7543
103 93 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Luleås dom den 20 april 2016
i mål nr 2336-15, se bilaga A

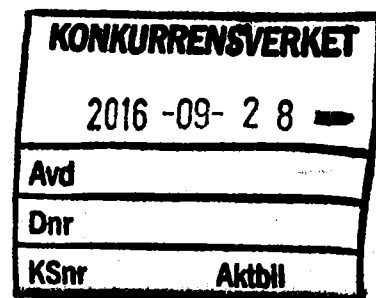
SAKEN

Offentlig upphandling

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avvisar överklagandet från Abbott Scandinavia AB.

Kammarrätten ändrar förvaltningsrättens dom och avslår ansökan om
överprövning från Roche Diagnostics Scandinavia AB.



YRKANDEN

Abbott Scandinavia AB (Abbott) yrkar att kammarrätten ska avslå Roches ansökan om överprövning och i andra hand yrkas att kammarrätten ska upphäva förvaltningsrättens dom och återförvisa målet till förvaltningsrätten.

Norrbottens läns landsting (NLL) yrkar att kammarrätten ska avslå Roches ansökan om överprövning.

Roche Diagnostics Scandinavia AB (Roche) anser att NLL:s överklagande ska avslås och Abbotts överklagande avvisas.

VAD PARTERNA ANFÖR I KAMMARRÄTTEN

Abbott anför i huvudsak följande. Abbott har aldrig förelagts att yttra sig i förvaltningsrätten, detta trots att förvaltningsrättens dom innebär att Abbotts anbud ska uteslutas. Underlåtenheten att bereda Abbott tillfälle att träda in i målet utgör ett grovt rättegångsfel. Om NLL överklagar förvaltningsrättens dom och kammarrätten anser att det saknas skäl för ingripande enligt LOU behöver förvaltningsrättens handlingsbrist inte medföra någon särskild åtgärd från kammarrättens sida.

NLL anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. I förvaltningsrätten åberopade sökanden brister i de krav som åberopas i punkterna 5, 9 och 10. Förvaltningsrätten ansåg att det inte hade visats att det fanns skäl för ingripande enligt LOU vad gäller punkterna 5 och 9. Återstår kravet i punkt 10 där förvaltningsrätten angav att sökanden hade gjort sannolikt att Abbott offererat tre olika instrument och inte olika moduler inom samma instrument. Eftersom Abbott inte angav tillgängligheten för de tre olika instrumenten var för sig ansåg förvaltningsrätten att Abbotts beräkningar av

tillgängligheten inte följt den formel som NLL uppställt. Roche ansågs därmed ha gjort sannolikt att Abbott inte använt formeln på sätt som var avsett. Enligt NLL:s uppfattning är förvaltningsrättens bedömning felaktig och det saknas anledning att vidta åtgärder mot upphandlingen.

Den formel som NLL angivit innebär att anbudsgivaren skulle ange den totala tillgängligheten under ett år uttryckt i ett procenttal. Från årets totala antal timmar togs två poster bort; antalet timmar avseende förebyggande underhåll och antalet timmar för avhjälpande underhåll. Procentsatsen låg till grund för utvärderingen av anbudet. Hög tillgänglighet premierades. Krav 10 är ett utvärderingskrav (s.k. bör-krav). Konsekvensen av att uppfylla kravet helt, delvis eller inte alls är att olika poäng tilldelas anbudet. Brister i uppfyllande av kravet leder inte till uteslutning, endast till att en lägre poäng delas ut. Informationen i krav 10 används endast för att utvärdera anbudet i kvalitativt hänseende.

Även en anbudsgivare som offererat instrument med 0 procent tillgänglighet måste utvärderas i nu aktuell upphandling. Poängen blir dock låg. Om NLL hade gett Abbott 0 poäng för kriteriet tillgänglighet skulle anbudet fortfarande vara det ekonomiskt mest fördelaktiga. Detta innebär att bolaget som ansökt om överprövning, Roche, inte lider eller riskerar att lida skada av bristen. Ansökan om överprövning skulle därför ha avslagits.

Det framstår också som oproportionerligt att förkasta anbudet på grund av att kravet i punkt 10 inte skulle vara uppfyllt.

Roche anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning. Abbott saknar talerätt i kammarrätten eftersom förvaltningsrättens dom inte innebär vare sig att Abbott utesluts från upphandlingsförfarandet eller att Abbott går miste om ett kontrakt genom att annan leverantör utpekas som vinnare.

När det gäller frågan om krav 10 utgör ett ska-krav eller ett bör-krav åberopar Roche rättsfallet HFD 2016 ref. 37. I detta rättsfall slår Högsta förvaltningsdomstolen fast att förfrågningsunderlaget är en central del av förfarandet. Potentiella leverantörer ska vara säkra på att de obligatoriska krav som ställs i underlaget upprättshålls under hela förfarandet. Detta innebär att upphandlande myndighet inte får godta ett anbud som inte uppfyller alla obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget.

Av punkt 7.4 i förfrågningsunderlaget i den nu aktuella upphandlingen framgår att som ett obligatoriskt krav gäller att anbudsgivarens beskrivningar och svar på hur nämnda parametrar uppfylls ska bifogas som ett separat åtskilt dokument till anbudet för att underlätta för NLL vid utvärdering. I bilaga 4 används genomgående uttrycket att ”anbudsgivare ska i anbudet ge en beskrivning ” eller motsvarande uttryck för de olika uppgifter som efterfrågas. Förvaltningsrättens slutsats att det rör obligatoriska krav är därför riktig. Vad som är föremål för utvärdering (beträffande krav 10) är tillgänglighetsprocenten. Abbott har i sitt anbud över huvud taget inte lämnat ett antal uppgifter som var obligatoriska.

De förklaringar till att Abbotts anbud uppfyllde kraven avseende punkten 10 som numera redovisats är en efterhandskonstruktion som inte kunde utläsas av anbudet med den särskilda obligatoriska bilagan. NLL har utvärderat de tre olika instrumenten separat och funnit att tillgänglighetsprocenten är 98,7 % för vart och ett av instrumenten. Även Roche har hänvisat till Abbotts anbud som tre olika instrument. Abbott har inte specificerat tillgängligheten på de tre olika instrumenten på det sätt som landstinget gjort i utvärderingen. Det är betecknande att de tre instrumenten, med NLL:s uttryckssätt i överklagandet, endast ur ett underhålls- och avhjälpandeperspektiv är att betrakta som ett instrument. I andra perspektiv är det således tre olika instrument.

När det gäller krav 5 och 9 har Abbott inte lämnat några uppgifter om ljudnivå i vila, värmeavgivning och ljud och anbudet saknade även uppgift om tidsangivelse för manuell hantering av kontroll- och kalibreringslösningar. Landstinget har tillåtit Abbott att komplettera med dessa uppgifter efter att slutligt anbud getts in. Utrymmet för ändringar av anbud i förfarandet konkurrenspräglad dialog är mycket begränsat. Att även andra anbudsgivare tillåtits komplettera sina anbud saknar betydelse.

Roche lider naturligtvis skada om NLL bortser från de obligatoriska kraven och utvärderar Abbotts anbud trots att det inte uppfyller alla de obligatoriska kraven.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Överklagandet från Abbott

Av 33 § andra stycket FPL framgår att förvaltningsrättens beslut får överklagas av den som det angår, om det gått honom emot.

Förvaltningsrätten har i målet beslutat att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts i form av ny utvärdering av anbuden. Ett sådant förordnande innebär varken att upphandlingen avbryts eller att någon annan leverantör utpekas som vinnare eller att någon exkluderas från det vidare förfarandet. Ett nytt tilldelningsbeslut är vidare överprövningsbart av var och en som anser sig berörd i den mening som anges i 16 kap. 4 § lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU. Kammarrätten finner därför att förvaltningsrättens förordnande om rättelse inte kan anses ha en sådan betydelse för Abbott att bolaget har talerätt. Överklagandet ska därför avvisas.

Överklagandet från NLL

Obligatoriska krav och utvärderingskriterier

Endast sådana anbudsansökningar eller anbud får utvärderas som uppfyller de obligatoriska kraven i upphandlingen. En rekommendation att utforma anbud på ett visst sätt är inte ett obligatoriskt krav. Bland de obligatoriska kraven finns som regel kontraktsvillkoren. Obligatoriska krav kan också avse leverantörernas ekonomiska och tekniska kapacitet. De obligatoriska kraven avser leverantörskvalificering.

Utvärderingskriteriet avser anbudsutvärdering. Om den upphandlande myndigheten väljer det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som tilldelningsgrund får myndigheten utvärdera anbuden med hänsyn till en mängd olika utvärderingskriterier som syftar till att fastställa det för myndigheten mest fördelaktiga anbudet. Utvärderingskriterierna får inte leda till ett godtyckligt resultat eller innebära att de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna överträds. De måste vara kontrollerbara, objektiva och jämförbara. Om myndigheten väljer lägsta pris som tilldelningsgrund får den upphandlande myndigheten endast utvärdera anbuden med hänsyn till offererade priser.

Punkten 7.4 i förfrågningsunderlaget

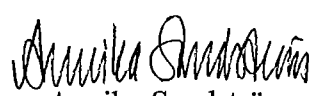
I nu aktuell upphandling framgår av förfrågningsunderlaget under rubriken ”Utvärdering” att tilldelning kommer att ske efter det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Under punkten 7.4 anges bl.a. att anbudsgivaren ska lämna svar och beskrivningar på hur angivna utvärderingsparametrar uppfylls på ett separat åtskilt dokument till anbudet. Det sistnämnda kravet får anses vara ett ordningskrav, inte ett obligatoriskt krav.

*Fråga om krav 10 och övriga krav i bilaga 4 till förfrågningsunderlaget
utgör obligatoriska krav*

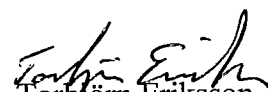
Enligt kammarrättens bedömning utgör krav 10 i bilaga 4 i nu aktuell upphandling ett av flera uppställda utvärderingskriterier. Redan rubriken i punkten 7.4 i förfrågningsunderlaget anger att det rör kriterier för utvärdering. Kammarrätten gör samma bedömning vad gäller övriga redovisade punkter i bilaga 4. Skäl att utesluta anbudsgivare på den grunden att ett utvärderingskriterium inte har uppfyllts föreligger inte. Vad som i stället kan bli aktuellt är att andra poäng eller omdömen kan aktualiseras. Med beaktande härav och då Roche inte närmare bemött NLL:s argument vad gäller utvärderingsresultaten finner kammarrätten att Roche inte har gjort sannolikt att ingripande enligt LOU ska ske och att Roche lidit eller riskerat att lida skada.

Sammanfattningsvis ska Abbotts överklagande avvisas, NLL:s överklagande bifallas och Roches ansökan om överprövning avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Annika Sandström
kammarrättslagman
ordförande


Elsa Nihlén
kammarrättsråd


Torbjörn Eriksson
kammarrättsråd
referent

Jeanette Sundqvist
föredragande jurist



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ**

Enhet 1

DOM
2016-04-20
Meddelad i
Luleå

Mål nr
2336-15

SÖKANDE

Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag, 556067-8194

Ombud: Advokat Sascha Schaeferdiek och
jur. kand. Louise St Cyr Linnarsson
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART

Norrbottens läns landsting
971 89 Luleå

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan om överprövning och förklarar att upphandlingen KPD Laboratoriemedicin 2015 NLL får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att utvärderingen görs om.

BAKGRUND

Norrbottens läns landsting (NLL) har genomfört upphandling av KPD Laboratoriemedicin 2015 NLL (konkurrenspräglad dialog). Fyra anbud kom in, varav ett från Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag (Roche). Enligt underrättelse om tilldelningsbeslut den 13 november 2015 antog NLL Abbot Scandinavia AB:s (Abbott) anbud. Roches anbud kom på andra plats.

PARTERNARS INSTÄLLNING

Vad Roche anför

Roche ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett på så sätt att Abbotts anbud utesluts och utvärderingen därefter görs om.

Roche anför följande. Abbotts anbud uppfyller inte ska-kravet enligt förfrågningsunderlagets avsnitt 7.4 samt kriterium 5, 9 och 10 i Bilaga 4 Utvärdering KPD Laboratoriemedicin 2015 NLL. NLL har genom att utvärdera och anta Abbotts anbud brutit mot principerna om likabehandling och öppenhet.

Kriterium 5

Enligt kriterium 5 i Bilaga 4 till förfrågningsunderlaget ska ljudnivån och värmeavgivning anges per ingående maskin/instrument. Ljudnivån ska anges i vila och drift. Abbott har i sitt anbud inte angett ljudnivån och värmeavgivning för alla maskiner/instrument som ingår i anbudet. Abbott har enbart angivit ljudnivån och värmeavgivning för analysinstrumenten, men inte för offererad automation med kylskåp och för preanalys. Abbott har inte heller i sitt anbud angett ljudnivån i vila. Uppgiften i Abbotts anbud om en

Ljudnivå på 0 dB avser ljudnivån i avstängt läge. Av e-postkonversation mellan NLL och Roche framkommer att Abbotts analysinstrument har en ljudnivå i vila på 41,6 dB, 42,2 dB och 46,7 dB. NLL har i mailkonversation med Roche bekräftat att Abbott inte uppfyllt ställt ska-krav. Abbott har utelämnat uppgifter som var nödvändiga för och som vägde tungt vid utvärderingen av anbudet.

NLL begärde den 13 oktober 2015 komplettering av Abbott gällande ljudnivåerna för automation med kylskåp och preanalys. Av förfrågningsunderlagets avsnitt 6.5 framgår att NLL får uppmana en anbudsgivare att klarlägga och precisera sitt anbud under utvärderingen. Detta innebär dock att anbudsgivaren endast får förklara och förtydliga tidigare inlämnade uppgifter. Dessa uppgifter får inte ersättas och nya uppgifter får inte lämnas. NLL har gett Abbott tillfälle att lägga till nya uppgifter som saknades i det ursprungliga anbudet.

Kriterium 9

Abbott har inte angett vilken tid som krävs för manuell hantering av kontroller och kalibrering enligt kriterium 9 i Bilaga 4. Det är ett obligatoriskt krav att tillhandahålla en beskrivning av alla moment som kräver manuellt arbete, vilket inkluderar information om kalibrering och manuell hantering av kontroller. NLL har vid två tillfällen begärt att Abbott kommer in med information om tidsåtgången för manuell hantering av kontroll- och kalibreringslösningar. I NLL:s första utvärdering ansåg sig NLL inte kunna göra en korrekt bedömning av den tid som krävs. NLL har otillåtet gett Abbott möjlighet att komplettera sitt anbud med de uppgifter som saknades. Detta går utanför de möjligheter som finns till klarläggande och precisering enligt förfrågningsunderlaget och LOU.

Kriterium 10

Abbott har inte heller uppfyllt ska-kravet enligt kriterium 10 i Bilaga 4. Abbott har offererat två olika typer av ARCHITECT analysinstrument – modellerna c8000 och i2000SR till Sunderby sjukhus. Till länsdelssjukhusen har Abbott offererat analysinstrument ARCHITECT modell ci4100, vilket består av både c-instrument och i-instrument. Av Abbotts svar till kriterium 9 framgår att modellerna c8000 och i2000SR har olika tidsåtgång vad gäller förebyggande underhåll samt att instrumenten för modell ci4100 är kopplade till varandra. Detta ger ytterligare en annan tidsåtgång i förebyggande underhåll. De analysinstrument som Abbott har offererat har alla olika tillgänglighet. Abbott har i sitt anbud tillhandahållit information om tillgänglighet enligt följande.

- Sunderby (4 x Architect): $8760-115,6/8760=98,7\%$
- Länsdelssjukhusen (4 x Architect): $8760-115,6/8760=98,7\%$

Abbott har därmed inte lämnat uppgifter för varje analysinstrument som ingår i den offererade lösningen. Då de olika analysinstrumenten har olika tillgänglighet kan de uppgifter som Abbott har lämnat inte avse varje analysinstrument som offererats. Abbott har således inte uppfyllt kravet på redovisning av varje analysinstrument.

Skada

Om NLL hade förfarit korrekt och uteslutet Abbotts anbud hade Roche, såsom anbudsgivare med näst högst utvärderingspoäng, tilldelats kontraktet. Roche riskerar således att lida skada på grund av NLL:s felaktiga beslut att utvärdera Abbotts anbud.

NLL

NLL anser att ansökan ska avslås och framför följande. NLL har inte brutit mot LOU eller de EU-rättsliga principerna genom att utvärdera Abbotts anbud.

NLL har i förfrågningsunderlaget, 6.2, stadgat vilka krav som är ovillkorliga och som måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna antas. Dessa obligatoriska krav är markerade med fetstil (**ska**). Varken i förfrågningsunderlagets avsnitt 7.4 eller i Bilaga 4 är ”ska” markerat med fetstil.

Kraven gällande exempelvis ljudnivå och värmeavgivning är inte obligatoriska. Anledningen till att NLL valde att inte göra dessa krav obligatoriska är att NLL vet av erfarenhet att efterfrågad information ibland inte lämnas av anbudsgivaren. Att förkasta ett anbud på den grunden kan få stora affärsmässiga konsekvenser för både NLL och anbudsgivare. Informationen som efterfrågas i Bilaga 4 gällande de olika kriterierna är däremot relevant för att kunna utvärdera anbuden med beaktande av samtliga parametrar. Dessutom har den information som lämnats av anbudsgivarna varierat i kvalitet och omfattning.

Som framgår av bilaga 4 gör NLL en samlad/sammantagen bedömning av olika parametrar gällande flertalet av utvärderingskriterierna. För att kunna göra en jämförbar och rättvis utvärdering har NLL låtit samtliga anbudsgivare komplettera efterfrågad information gällande de parametrar som beaktades vid utvärderingen. De övriga anbudsgivarna, däribland Roche, har tillåtits komplettera sina anbud avseende information kopplat till kriterium 7 i bilaga 4 (*Analyskvalitet*). Efterfrågad information gäller mätintervall för analyser och mätosäkerhet i daglig drift. Roche har dessutom, liksom Abbott, fått tillfälle att komplettera med uppgift om mängden manuellt arbete enligt kriterium 9. De uppgifter som tillförts anbuden har samtliga varit av

marginell natur och har inte påverkat anbudens karaktär eller affärsmässiga innehåll. Eftersom samtliga anbudsgivare haft samma möjlighet till komplettering har ingen överträdelse av LOU skett.

Kriterium 5

De uppgifter som saknades i Abbotts anbud utgör endast en mindre del av underlaget för NLL:s bedömning av kriterium 5 i bilaga 4. Om NLL trots detta skulle bortse från uppgifter som hämtats in via komplettering och göra om utvärderingen med de i anbudet lämnade uppgifterna som grund, sänks Abbotts utvärderingspoäng från fyra till en poäng. För att tilldelas två poäng ska offererad lösning erbjuda "Godtagbar arbetsmiljö utan uppenbara brister". Utan fullständig dokumentation gällande ljudnivå och värmeavgivning på hela lösningen kan NLL inte utgå ifrån att denna nivå uppnås vilket skulle innebära ett resultat på en poäng, dvs. "Godtagbar arbetsmiljö med vissa brister". Denna förändring i poängsättningen påverkar inte utfallet i upphandlingen och föranleder inte att tilldelningen ska göras om. Detta även fast NLL i nya beräkningen inte sätter ned poängen på motsvarande sätt för de övriga anbudsgivare som också tillåtits att förtydliga sina anbud. Roche kan därför inte anses lida skada på grund av komplettering av Abbotts anbud.

Om förvaltningsrätten ändå skulle anse att NLL agerat felaktigt skulle denna felaktighet gälla även Roches anbud. Detta skulle innebära att det saknas skäl för åtgärd då bolaget omöjligt kunnat tilldelas avtalet och därmed inte lidit skada.

Kriterium 10

Abbott har offererat tre olika instrument/moduler i ARCHITECT-modellen; i-modul, c-modul som den integrerade ci-modul, dvs. integrerade c- och i-modul men bara ett analysinstrument. Roche hävdar felaktigt att dessa mo-

duler ska ses om olika instrument och att tidsåtgången för underhåll av modulerna är olika. De tre modulerna är ett system där underhåll, enligt Abbotts arbetssätt, genomförs samtidigt för samtliga moduler. Tidsåtgång för underhåll är därför lika för alla moduler. För ci-modulen börjar användaren det manuella underhållet för c-modulen och när det automatiska underhållet startats går användaren över till i-modulen och fortsätter med det manuella underhållet, för att sedan starta det automatiska underhållet för i-modulen. Underhåll sker samtidigt för både i- och c-modulen. Arbetssättet innebär att i-modulen är avstängd lika länge som c-modulen eller ci-modulen, vilket resulterar i den tidsangivelse som Abbott uppgett i svarsfilen. Samma gäller när Architect-modulerna är uppkopplade till en automationsbana.

Tidsåtgången för underhåll av de olika modulerna ger en tillgänglighet på 98,7 procent på samtliga enskilda ARCHITECT-moduler vare sig de är fristående, integrerade eller uppkopplade till en automationsbana. Detta styrks av den statistik som Abbott inhämtat för aktuella instrument och som ligger till grund för uppgiften om tillgänglighet. Abbott har alltså angett de uppgifter om efterfrågats.

Proportionalitet

NLL har haft som mål att genomföra en upphandling med leverantörernas bästa i fokus och anser att det åstadkommit. Upphandlingen har på många sätt varit komplex och i kombination med ett potentiellt avtalsvärde på nästan 100 miljoner kr, samt en maximal avtalslängd på tio år, är detta en stor och viktig affär.

NLL anser det oproportionerligt att förkasta Abbotts anbud på grund av i sammanhanget mindre kompletteringar. Detta särskilt med beaktande av upphandlingens omfattning och det sätt den genomförts på.

Roche

Roche yttrar sig och anför följande. Det framgår tydligt av ordalydelsen att avsnitt 7.4 är ett obligatoriskt krav. Utan dessa beskrivningar och svar kan anbudet inte utvärderas. Förfrågningsunderlaget innehåller många bestämmelser som utan tvekan är ska-krav, men i vilka ordet "ska" inte har fetmarkerats. Som exempel kan nämnas förfrågningsunderlagets avsnitt 6.3.6 tredje stycket, avsnitt 9.1, avsnitt 9.2 och avsnitt 9.4.

Enligt NLL:s motivering skulle anbudsgivare inte behöva avge kompletta anbud utan skulle efter att anbudet ingetts kunna komplettera med samtliga uppgifter som saknas i bilaga 4. En sådan ordning vore inte förenligt med LOU. Det finns ingen bestämmelse i LOU som tillåter en anbudsgivare att efter anbudstidens utgång komma in med helt nya uppgifter som inte fanns med i anbudet.

Att NLL även tillåtit andra anbudsgivare att komplettera sina anbud saknar relevans för frågan om Abbott har uppfyllt ställda ska-krav och ska inte prövas inom ramen för denna överprövning. Att Abbott inte har uppfyllt ställda ska-krav kan inte läkas genom att övriga anbudsgivare fått komplettera sina anbud gällande något annat avsnitt i förfrågningsunderlaget.

Kriterium 5

Utvärderingen av arbetsmiljön tillhör utvärderingskriteriet konsolidering/funktionalitet. Enligt punkt 7 i förfrågningsunderlaget viktades utvärderingskriteriet konsolidering/funktionalitet till 35-45 procent. Kriteriet 5, arbetsmiljö, viktades med tio procent inom utvärderingskriteriet konsolidering/funktionalitet. Abbott har således utelämnat uppgifter som var nödvändiga för och som vägde tungt vid utvärderingen av anbudet.

Kriterium 7

Enligt kriterium 7 skulle anbudsgivarna tillhandahålla datablad för offererade analyser. Det innehåller inget krav på att databladerna skulle vara utformade på ett visst sätt eller innehålla specifik information. Inte heller av svaret på den fråga Roche ställde till NLL angående vilken information som efterfrågades framgår detta. De analyser som NLL anser att Roche fått tillfälle att lämna kompletterande uppgifter om är uteslutande semikvantitativa droganalyser. Mätintervallen är då kopplade till vald cut-off gräns. Eftersom NLL inte specificerat vilka cut-off-gränser man ämnade använda kunde specificerade mätintervall inte anges.

Kompletteringen avseende mätosäkerhet som NLL begärde i e-post den 8 oktober avsåg ny information som inte hade efterfrågats enligt kriterium 7.

Kriterium 9

Uppgifterna som låg till grund för utvärderingen av mängden manuellt arbete tillhör utvärderingskriteriet kvalitet. Kvalitet är viktat till 30-40 procent. Kriteriet 9 viktades till 15 procent inom utvärderingskriteriet kvalitet. Abbot har således även i detta hänseende utelämnat uppgifter som var nödvändiga för och som vägde tungt vid utvärderingen av anbuderna.

Abbot har inte ens lämnat den information som saknades avseende kriterie 9 trots begäran om komplettering. Vid NLL:s utvärdering av Abbotts anbud den 2 november 2015 konstaterade NLL följande "Vi kan tyvärr inte göra en korrekt bedömning av den tid som krävs för manuell hantering av kontroller och kalibreringar, eftersom vi saknar fullständig information".

Roche har uppfyllt ska-kravet i kriterium 9. Den komplettering som NLL begärde avsåg uppgifter om tidsåtgång för dagligt-, vecko- och månadsun-

derhåll på den offererade utrustningen. Dessa uppgifter var inte efterfrågade i förfrågningsunderlaget. Kriterium 9 krävde endast en summering av tidsåtgången för samtliga moment som kräver manuellt arbete. Denna information har Roche lämnat.

Kriterium 10

Om Abbott enbart tillhandahållit ett analysinstrument, men tre olika instrumentmoduler ska i sådana fall den angivna underhållstiden förlängas till att omfatta underhåll på två uppsättningar av respektive c-modul och i-modul. I den skiss över laboratoriet på Sunderby sjukhus som Abbott bifogat till sitt anbud anger Abbott att man kommer tillhandahålla fyra stycken separata instrumentmoduler, två stycken c-moduler och två stycken i-moduler. För att underhållet ska kunna utföras på det sätt som NLL beskriver, och eftersom tidsåtgången för underhåll påstås vara lika för alla moduler, skulle det krävas att två personer utför underhåll samtidigt för att ekvationen ska gå ihop, i annat fall måste tiden som angetts förlängas.

Abbot har inte lämnat samtliga uppgifter som efterfrågades avseende kriterium 10. Uppgifterna låg till grund för utvärderingen av tillgänglighet, som tillhör utvärderingskriteriet kvalitet. Kvalitet viktades till 30-40 procent. Kriteriet 10 viktades till 15 procent inom kvalitet.

NLL:s påstående att Abbott har offererat ett analysystem med flera moduler och inte flera analysinstrument är felaktigt. Abbott har offererat tre olika analysinstrument, ARCHITECT c8000, ARCHITECT i2000 SR och ARCHITECT ci4100. Det framgår tydligt av Abbotts offertbrev. Det framgår även av Abbotts anbudssvar där bolaget när det gäller andra kriterier i enlighet med förfrågningsunderlaget lämnat svar för respektive instrument och inte, som för kriterium 10, för alla instrument tillsammans.

Abbot har inte heller utfört sin beräkning av tillgängligheten för de offererade analysinstrumenten i enlighet med vad som anges i kriterium 10 förfrågningsunderlagets bilaga 4. Den statistik som Abbott redovisar i sitt anbud och som enligt NLL ligger till grund för en tillgänglighet på 98,7 procent redovisar inte tillgängligheten beräknad enligt den beräkningsmetod som NLL tillhandahållit. Abbott har istället hänvisat till statistik för *uptime* beräknat enligt en annan beräkningsmetod. Abbotts statistik innehåller instrument med en *uptime* på 100,0 procent vilket gör att den inte rimligen kan motsvara den tillgänglighet som ska beräknas enligt den av NLL angivna metoden.

Siffran 8760 i Abbotts beräkning hänvisar till den totala tillgängligheten på ett år beräknat som $24 \cdot 365$ timmar. Den av Abbott angivna tiden 115,6 timmar ska enligt förtydligande från NLL omfatta såväl användarens som leverantörens förebyggande underhåll (innefattande daglig underhåll, veckoundershåll, månadsunderhåll och årligt underhåll), samt eventuellt avhjälpande underhåll. Det angivna antalet timmar på 115,6 per år motsvarar cirka 19 minuter per dag. Enligt vad Abbott har angett under kriterium 9 tar användarens dagliga automatiserade underhåll på i-modulen 21 minuter och på c-modulen 19 minuter. Till detta kommer det manuella underhållet som enligt Abbotts uppgifter tar fem minuter på c-modulen respektive 1 minut på i-modulen. Även om dessa underhåll utförs samtidigt tar det dagliga underhållet på de fyra offererade modulerna i Sunderbyn minst 33 minuter dagligen i anspråk ($5+5+1+1+21$ minuter), vilket motsvarar drygt 200 timmar per år. Den tid som Abbott angivit om 115,6 timmar per år kan därför inte vara beräknat enligt den av NLL angivna beräkningsmetoden.

NLL har i sina yttranden angett att den angivna tillgängligheten på 98,7 procent är baserad på statistik som visar analysinstrumentets "uptime". Det framgår att statistiken i bilagan till kriterium 10 ligger till grund för Abbotts svar, inte tillämpningen av den av NLL angivna beräkningsmetoden. Sta-

tistiken motsvarar inte den beräkningsmodell som NLL angett ska användas. I statistiken redovisas "hours down" på totalt 0 timmar under ett år. Eftersom analysinstrumenten måste ligga nere för att underhåll ska kunna utföras är det omöjligt att statistiken motsvarar beräkningsmodellen enligt kriterium 10.

Proportionalitet

Parametrarna för bedömningen av kriterierna konsolidering/funktionalitet och kvalitet vägde sammanlagt 70-70 procent inom ramen för utvärderingen. Detta visar tydligt betydelsen av att anbudsgivarna lämnade alla uppgifter som behövdes för utvärderingen av kriterierna. Bristerna är således inte av mindre betydelse sett till upphandlingens storlek och sammanhang. Det är inte oproportionerligt att förkasta ett anbud som inte uppfyller kraven.

NLL

NLL yttrar sig och anför följande.

Kriterium 7

Roche har inte lämnat in all information som utgör grunden för bedömningen av kriterium 7 utan har i efterhand kompletterat sådan information. Bolagets påstående om att det inte framgår vilken information som efterfrågats är felaktigt. I sammanhanget måste det framstå som tydligt att det är de punkter som ska bedömas i utvärderingen som ska framgå av databladerna (alternativt hemsida). Detta gäller även mätintervall för alla offererade analyser oavsett vad bolaget anfört om analysens natur.

Om domstolen anser att Abbotts anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav kan det konstateras att inte heller Roches anbud gör det. Då NLL ut-

värderat båda anbudena, trots motsvarande påstådda felaktigheter har likabehandlingsprincipen inte trätts för när. Inte heller kan det göras gällande att Roche lidit eller riskerat att lida skada då båda anbudena antingen borde förkastas eller, som nu, utvärderas. Skäl för ingripande saknas därför.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

6.2 Obligatoriska krav

Detta dokument innehåller ett antal obligatoriska krav (ska-krav). Dessa är markerade med fetstil (ska). Obligatoriska krav är ovillkorliga. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna antas är att samtliga obligatoriska krav är uppfyllda. Observera att möjligheten att förtydliga ett otydligt besvarat obligatoriskt krav är mycket begränsad. Det är därför viktigt att anbudsgivaren besvarar ställda frågor och krav i enlighet med vad som efterfrågas.

6.5 Klarläggande och precisering

Under utvärderingen får en upphandlande myndighet uppmana en anbudsgivare att klarlägga och precisera sitt anbud. Att klarlägga och precisera innebär att förklara och förtydliga tidigare lämnade uppgifter. Det handlar således inte om att ersätta tidigare uppgifter, utan att på ett eller annat sätt konkretisera dem. Detta får inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det snedvrider konkurrensen eller leder till diskriminering.

7.4 Kriterium för utvärdering

7.4.1 Konsolidering/funktionalitet (35-45%)

Utvärderas genom Anbudsgivarens beskrivningar om hur följande parametrar uppfylls;

- Reducering av rör (10%)
- IT-funktionalitet (22%)
- Konsolidering och reducereing av antal analysinstrument samt integrering av antal analyser (36%)
- Serviceorganisation (22%)
- Arbetsmiljö (10%)

7.4.2 Kvalitet (30-40%)

Utvärderas genom Anbudsgivarens beskrivningar om hur följande parametrar uppfylls;

- Täckningsgrad önskad analysmeny (30%)
- Analyskvalitet (25%)
- Ledtider (15%)

- Mängden manuellt arbete (15%)
- Tillgänglighet (15%)

Anbudsgivares beskrivningar och svar på hur ovan angivna parametrar uppfylls ska bifogas som ett separat åtskilt dokument till anbudet. Detta för att underlätta för NLL vid utvärdering. ...

Bilaga 4 Utvärdering KPD Laboratoriemedicin 2015 NLL

Kriterium 5	Arbetsmiljö (10%)					
Metod	Anbudsgivaren ska i anbudet ange/beskriva på vilket sätt offererade lösningar möjliggör en god arbetsmiljö med avseende på värmeavgivning, ljudnivå, vattenkonsumtion, layout, ergonomi (ex hjälpmedel för tunga lyft), användarvänlighet och avfallshantering (ex förpackningar, engångspipetter, slask). Detta gäller samtliga sjukhus. Ljudnivån (dB) ska anges per ingående maskin/instrument i vila och drift. Värmeavgivning ska anges per maskin/instrument och total vattenkonsumtion anges för respektive laboratorium. Övriga funktioner ska beskrivas. NLL gör en samlad bedömning och poängsättning sker enligt nedan angivna poängskala.					
Poängskala	0p	1p	2p	3p	4p	5p

Kriterium 7	Analyskvalitet (25%)					
Metod	Anbudsgivaren ska bifoga datablad för alla offererade analyser. NLL gör en samlad bedömning av metodernas kvalitet och prestanda där vi bl.a. tittar på mätosäkerhet i daglig drift, mätintervall, specificitet och sensitivitet. Poängbedömning sker enligt nedanstående skala.					
Poängskala	0p	1p		3p		5p

Kriterium 9	Mängden manuellt arbete (15%)					
Metod	Anbudsgivaren ska ge en utförlig beskrivning på arbetsflödet för offererad lösning och integrationen av denna i den befintliga verksamheten där alla moment som kräver manuellt arbete tydligt ska framgå. Arbetsflödet ska utgå från de i filen "Analyslista NLL 2014" angivna produktionsvolymerna. Varje moment som kräver manuellt arbete ska tidssättas och anbudsgivaren ska göra en transparent summering av tidsåtgången under en vecka. Beräkningen ska göras för alla laboratorier i Norrbotten. Manuella arbetsmoment som involverar analyser enligt vår bifogade analys-					

	<p>lista <i>Analyslista NLL 2014</i>, som av er föreslagits analyseras på hos oss redan befintliga instrument, ska ingå.</p> <p>Vår definition av manuell arbete är alla arbetsmoment som kräver ingrepp från personalen och där lösningen inte helt automatiskt kan hantera ingreppet. Exempel kan vara ladda prover, förebyggande underhåll (dagligen eller veckovis) kalibreringar, kontrollkörning, beredning av lösningar, administrativt arbete, lagerhållning och efterbeställningar.</p> <p>Bedömning kommer att göras av hur stor minskning av manuellt arbete föreslagna lösning ger gentemot NLLs befintliga lösning.</p>					
Poängskala	0p	1p	2p	3p	4p	5p
	Ingen förbättring	Små förbättringar	På vissa områden märkbara förbättringar	Märkbara förbättringar	På vissa områden stora förbättringar	Genomgående stora förbättringar

Kriterium 10	Tillgänglighet (15%)					
Metod	<p>Anbudsgivaren ska i anbudet ange tillgänglighet för respektive ingående analysinstrument i offererad lösning, både för Sunderby sjukhus och länsjukhusen. Tillgängligheten anges i procent och beräknas på årsbasis. Instrumentet nyttjas 24 h om dygnet alla dagar året runt.</p> <p>Formel för beräkning är följande: $\text{Tillgänglighet totalt} - \text{FU} - \text{AU} / \text{Tillgänglighet totalt} * 100 = [\%]$ </p> <p>FU = tidsåtgång för dagligt underhåll, veckoundershåll, månadsunderhåll, årligt underhåll</p> <p>AU = tidsåtgång för ev avhjälpande underhåll (trasigt instrument, akuta insatser)</p> <p>Poängsättningen sker enligt nedanstående. För att uppnå 3p krävs att alla offererade analysinstrument har tillgänglighet på minst 97%.</p>					
Poängskala	0p	1p	2p	3p	4p	5p
	<94%	94-95,9%	96-96,9%	97-97,9%	98-98,5%	>98,5%

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Obligatoriska krav eller inte?

Första frågan i målet är om det är obligatoriskt att i Bilaga 4 Utvärdering KPD Laboratoriemedicin 2015 NLL lämna beskrivningar och svar på hur parametrarna i 7.4 uppfylls trots att ordet ”ska” inte är markerat med fetstil.

Förvaltningsrätten konstaterar att anbudsgivarnas uppgifter enligt Bilaga 4 är nödvändiga för att NLL ska kunna genomföra en utvärdering. Det vore därför märkligt om NLL avsett att ifyllandet av bilagan var valfritt. Enligt förvaltningsrättens uppfattning kan man dessutom svårligen tolka en formulering som ex. ”Anbudsgivaren ska i anbudet ange tillgänglighet...” som något annat än ett krav. Ett krav är ett krav oavsett om texten är med fetstil eller inte. Om den upphandlande myndigheten önskar göra lämnandet av vissa uppgifter frivilligt måste den formulera sig på annat sätt än med ordet ”ska”.

Förvaltningsrättens bedömning är därför att kraven på att lämna vissa beskrivningar/uppgifter enligt Bilaga 4 är att betrakta som obligatoriska krav, trots att dessa inte har markerats med fetstil (**ska**).

Kriterium 5 och 9

Det är ostridigt att Abbots ursprungliga anbud saknade uppgift om ljudnivå i vila, värmeavgivning och ljud för automation med kylskåp och för Pathfinder (kriterium 5).

Vidare synes det ursprungliga anbudet ha saknat tidsangivelse för manuell hantering av kontroll- och kalibreringslösningar (kriterium 9). Roche har hävdatt att Abbott trots begäran om komplettering inte kommit in med efter-

frågade uppgifter avseende aktuellt kriterium. Av de handlingar NLL gett in avseende Abbotts anbud framgår dock att komplettering skett.

Den fråga förvaltningsrätten har att ta ställning till är om de kompletteringar NLL begärt från Abbott medför att NLL brutit mot LOU till skada för Roche.

Rättslig utredning

Av 4 kap. 17 § LOU framgår att den upphandlande myndigheten får uppmåna en anbudsgivare som deltar i den konkurrenspräglade dialogen att klarlägga och precisera sitt anbud¹. Sådana åtgärder eller kompletterande upplysningar får dock inte leda till att grundläggande delar av anbudet eller inbjudan att lämna anbud ändras så att det snedvrider konkurrensen eller leder till diskriminering.

I förarbetena till 4 kap. 17 § LOU anges följande. Paragrafen gör det möjligt för en upphandlande myndighet att anmoda en deltagande leverantör att förtydliga innehållet eller finjustera sitt anbud innan den upphandlande myndigheten beslutar om att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Utrymmet för ändringar är begränsat. Paragrafen ger t.ex. inte utrymme för att förhandla med anbudsgivarna om de anbud som de har lämnat för att anpassa anbudet till de krav som den upphandlande myndigheten har angett och för att få fram det bästa anbudet. Detta är frågor som i stället får hanteras under dialogen. Det bör dock vara möjligt att göra såväl ekonomiska som materiella ändringar så länge dessa inte leder till att grundläggande delar av kontraktet ändras (prop. 2009/10:180 s. 326).

¹ I den bakomliggande artikeln i direktivet (29.6) anges klarläggas, preciseras och finjusteras.

Av likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU följer att om en anbudsgivare tillåts att klarlägga eller precisera sitt anbud så ska detta gälla även övriga anbudsgivare som befinner sig i samma situation.

Förvaltningsrättens bedömning

Konkurrenspräglad dialog får endast användas vid tilldelning av särskilt komplicerade kontrakt. Möjligheten att låta anbudsgivarna göra materiella ändringar i anbuden synes därför vara något, lite större än vad som är regeln vid andra upphandlingsförfaranden. En förutsättning är dock att ändringen inte leder till att grundläggande delar av anbudet ändras.

NLL har hävdats att de uppgifter som tillförts anbuden har varit av marginell natur och inte påverkat anbudens karaktär eller affärsmässiga innehåll. Hur väsentliga de uppgifter som kompletterats är har förvaltningsrätten svårt att avgöra. Roche har hävdats att uppgifterna vägt tungt vid utvärderingen, men inte närmare argumenterat kring frågan om ändringarna lett till att grundläggande delar av Abbots anbud ändrats.

Vidare har, som NLL påpekat, samtliga anbudsgivare tillåtits komplettera sina anbud. I Roches fall gäller det kriterium 7 enligt vilket anbudet ska innehålla uppgift om mätosäkerhet i daglig drift och mätintervall. Några sådana uppgifter har Roche inte lämnat i det ursprungliga anbudet, utan bolaget har fått komplettera med uppgifterna. Även vad gäller kriterium 9 har Roche fått tillfälle att komplettera med uppgifter om tidsåtgången för manuellt arbete då anbudet saknade uppgift om tidsåtgång för varje moment som kräver manuellt arbete och summering av tidsåtgången per vecka. Förvaltningsrätten har därför svårt att se att aktuella kompletteringar skulle strida mot likabehandlingsprincipen till skada för Roche (jämför Kammarrätten i Stockholms dom den 4 juli 2013 i mål nr 2826-13 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 januari 2014 i mål nr 3244--3245-13).

Mot den bakgrunden gör förvaltningsrätten bedömningen att Roche inte har visat att det finns skäl för ingripande på nu aktuell grund.

Kriterium 10

Roche hävdar slutligen att Abbott inte har uppfyllt ska-kravet enligt kriterium 10 i Bilaga 4 då bolaget inte lämnat tidsåtgången för förebyggande underhåll för varje offererat analysinstrument. Enligt Roche har Abbott inte heller utfört de efterfrågade beräkningarna enligt den i förfrågningsunderlaget angivna formeln. NLL anser däremot att Abbott har lämnat efterfrågad information och har godtagit beräkningsmodellen.

Av Abbotts offertbrev och anbudssvar framgår att Abbott i andra delar av upphandlingen som kräver redovisning per instrument har hanterat/benämnt instrumenten som tre olika analysinstrument. Enligt förvaltningsrättens bedömning har Roche därigenom gjort sannolikt att det är fråga om tre olika sådana och inte, som NLL hävdar, olika moduler i samma instrument. Under sådana förutsättningar har Abbott inte angett tillgänglighet för varje offererat analysinstrument på det sätt som krävs enligt kriterium 10. Abbott har istället lämnat uppgift om samtliga instrument tillsammans.

Roche har utförligt argumenterat för sin ståndpunkt att Abbott inte har beräknat tillgänglighet enligt den formel som angetts i förfrågningsunderlaget. NLL har inte närmare bemött detta. Då Roches beräkningar och argument synes vederhäftiga, och i brist på närmare uppgifter från NLL angående Abbotts beräkningar, bedömer därför förvaltningsrätten att Roche gjort sannolikt att Abbott inte använt formeln på det sätt som krävs enligt förfrågningsunderlaget.

Genom att anta ett anbud som inte uppfyller kraven har NLL brutit mot likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Det kan inte anses oproportionerligt att förkasta anbud som inte uppfyller de krav som ställts upp.

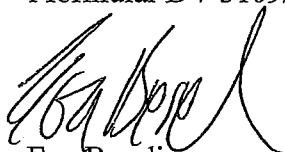
Skada

Roche kom på andra plats i utvärderingen. Det har således lidit eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 6 § LOU finns därför.

Eftersom felet inte rör det konkurrensuppsökande skedet är det tillräckligt om upphandlingen rättas på så sätt att utvärderingen görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Detta avgörande kan överklagas. Information om hur man överklagar finns i formulär DV 3109/1C LOU (se bilaga 1).



Eva Beselin

Raili Funck har föredragit målet.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *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 överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att prövningstillstånd meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

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. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.