



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
 Avdelning 2

DOM
 2010-07-23
 Meddelad i
 Göteborg

Mål nr
 7481-10 E
 7492-10 E
 Enhet 2:2

SÖKANDE

1. Fresenius Medical Care Sverige AB
 Djupdalsvägen 24
 192 51 Sollentuna

2. Gambro Lundia AB, 556057-7594
 Box 10101
 220 10 Lund

Ombud: Advokaten Thomas Kjellgren och jur kand Sven Vaxenbäck
 Mannheimer, Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711
 111 87 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
 Regionstyrelsens kansli
 462 80 VÄNERSBORG

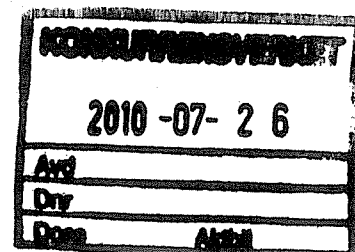
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Det interimistiska beslutet den 17 december 2009 upphör därmed att gälla.



BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört en upphandling avseende läkemedel och vissa läkemedelsnära produkter på rekvisition inom område peritonealdialysvätskor som administreras av sjukvårdspersonal inom VGR (SN340-2009). Peritonealdialys kan skötas manuellt under hela dygnet (CAPD) eller automatiskt oftast enbart under natten (APD). Upphandlingen syftar till ett ramvtal och värdet för upphandlingen för nystartade patienter (100 st) är ca 20 000 000 kr per år och omfattar glukosprodukter med tillbehör. Det beräknade värdet för samtliga artiklar/produkter uppgår till ca 33 000 000 kr per år och gäller alla patienter som omfattades av denna behandlingsform.

I bilagor till förfrågningsunderlaget finns i vissa delar, bl.a. kravspecifikation och pristabell, efterfrågade data/krav uppställda. Kliniska/tekniska krav är prioritetsviktade individuellt enligt en skala 1 – 5. Kraven är därefter poängsatta i en skala 0 – 3 beroende på om de inte uppfyller ställda börkrav, är sämre än ställda börkrav, uppfyller ställda börkrav eller är bättre än ställda börkrav. Därefter har viktingsfaktorn multiplicerats med erhållna poäng och jämförts med totalpoängen 312.

Kravspecifikationen är indelad i olika avsnitt, bl.a. användningsområde, funktion och teknik, vätskor (påsar), tillbehör, miljön och handhavande.

Av tilldelningsbeslut den 7 december 2009 framgår att VGR avsåg att teckna ramavtal med anbudsgivarna enligt följande rangordning: 1. Baxter Medical AB, 2. Fresenius Medical Care Sverige AB och 3. Gambro Lundia AB.

YRKANDEN M.M.

Gambro Lundia AB (Gambro) och Fresenius Medical Care Sverige AB (Fresenius) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska rättas alternativt göras om.

Förvaltningsrätten redogör först för Gambros och VGR:s inställningar och därefter för Fresenius och VGR:s.

GAMBRO LUNDIA AB

Gambro anför bl.a. att VGR vid utvärderingen har brutit mot de allmänna EG-rättsliga likabehandlings- och transparensprinciperna. Som en följd av detta har bolagen lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte rangordnas som huvudleverantör i ramavtalet som VGR avser ingå. Pristabellen för övriga anbudsgivare innehåller inte alla efterfrågade prisuppgifter och VGR har gjort avsteg från uppställda skall-krav och det finns brister i anbudsutvärderingen vad gäller vätskepåsar, slanglängder, beräkning av pris och tilldelning av poäng. Förfarandet innebär att VGR genom sin godtyckliga anbudsutvärdering konstruerat en anbudsutvärdering som på ett felaktigt sätt resulterar i att Baxter och Fresenius rangordnats högre än Gambro. En korrekt anbudsutvärdering utgår från att utvärderingen av Baxters vätskepåsar sker på ett korrekt sätt, att anbudet utvärderas på samma vätskevolym, att anbudet utvärderas på samma slanglängd, att bör-kravet i avsnitt 1.2.5 i kravspecifikationen bedöms på lika sätt för anbudet och att Baxters och Fresenius pris beräknas på korrekt sätt.

VGR anför att eftersom Gambro inte kan anses ha visat att VGR har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU ska Gambros ansökan lämnas utan bifall samt det interimistiska beslutet upphävas. För den händelse förvaltningsrätten skulle finna att för-

frågningsunderlaget eller den valda utvärderingsmodellen inte är optimalt utformad är gör VGR gällande att det i vart fall inte är fråga om brister av den art eller omfattning som gör att kraven i LOU har åsidosatts.

Pristabellen

Gambro anför att pristabellen syftar till att visa årskostnaden för 50 APD-patienter och av aktuell tabell framgår att 30 av 50 patienter kommer att få behandling med avloppsslang som tömningsalternativ medan resterande 20 patienter kommer att få behandling med tömningspåse som tömningsalternativ. Av pristabellen avseende APD i förfrågningsunderlaget framgår att VGR avser genomföra prisjämförelsen med utgångspunkt i årskostnaden för 50 APD-patienter. Gambro har vid utformningen av sitt anbud beaktat de faktorer som VGR angivit i pristabellen. Ett frångående av dessa faktorer skulle utgöra en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget. Prisjämförelsen avseende APD måste ske med utgångspunkt i årskostnaden för 50 APD-patienter som beskrivits i förfrågningsunderlaget, vilket betyder att det är ett obligatoriskt krav att anbudsgivarnas anbud omfattar tömningspåsar. Ett tilldelningskriterium ska vara formulerade på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt. Om de i förfrågningsunderlaget angivna grunderna för prisjämförelserna endast utgör exempel kan förfrågningsunderlaget omöjligt anses uppfylla kraven på likabehandling och transparens. VGR har valt att frånga tydligt angivna grunder för prisjämförelser mellan anbuden. Pristabellen avseende APD utgör ramen för anbudsutvärderingen avseende priskriteriet. Gambro har genom pristabellen skapat sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Bolaget har vid utformningen av anbudet beaktat de faktorer som VGR i pristabellen angivit att utvärderingen avseende priskriteriet skulle ske i enlighet med, bl.a. att 20 av de 50 patienterna som anbudssumman skulle beräknas på förutsätts få behandling med tömningspåse som tömningsalternativ och att avloppsslang 10 meter ska bytas ut varje dag avseende de övriga 30 patienterna.

VGR anger att de tillbehör som räknas upp i pristabellen, bl.a. tömningspåsar och avloppsslang 10 meter vars kostnad ingår i beräkningen av anbudssumman, enligt pristabellen endast skulle utgöra exempel på kostnader som ska ingå i beräkningen av anbudssumman. Detta skulle betyda att det står VGR fritt att inför anbudsutvärderingen, dvs. efter att anbuden öppnats, välja om anbudsgivarnas priser avseende t.ex. slangset, tömningspåsar och avloppsslang, ska tas med i beräkningen av anbudsgivarnas anbudssummor eller inte. Denna tolkning av förfrågningsunderlaget strider mot principerna i LOU. Förändringar av förutsättningarna för utvärderingen av priskriteriet i pristabellen påverkar bedömningen av vilken anbudsgivare som anses ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Av den aktuella pristabellen framgår att 30 av de 50 patienterna som anbudssumman ska beräknas på förutsätts få behandling med avloppsslang som tömningsalternativ medan resterande 20 patienter förutsätts få behandling med tömningspåse som tömningsalternativ. För att utvärderingen avseende priskriteriet ska vara möjlig att genomföra måste samtliga anbudsgivares anbud omfatta tömningspåsar. Om inte saknas kostnaden för tömningsalternativ för 20 patienter under ett år i anbudsgivares framräknade anbudssumma, vilket i utvärderingen är till uppenbar skada för Gambro som offererat tömningsalternativ för samtliga 50 anbudsgivare. Fresenius anbud omfattar överhuvudtaget inte tömningspåsar medan det är oklart om Baxters anbud gör det. I Baxters prislista finns sådana angivna men som VGR själv anger har Baxter inte ansett att dessa ska tas med i anbudsutvärderingen. Det förhållandet att tömningspåsar innebär en kostnad, om de ska anses offererade, framgår av Baxters ifyllda prislista. Om Baxters och Fresenius anbud kan bli föremål för utvärdering måste de i alla fall justeras uppåt med 279 480 kr respektive 1 642 500 kr till följd av att tömningspåsar inte tagits med vid beräkningen av bolagets anbudssummor.

VGR svarar att det inte finns något krav på att pristabellen ska fyllas i av leverantörerna, dvs. något skall-krav på att anbudsgivare i pristabellen ska

ange pris på avloppsslang och tömningspåse. Däremot ska anbudspriser (bilaga 7) fyllas i av leverantören. Avloppsslang och tömningspåse anges i pristabellen som exempel på tillbehör för ADP-patienter. I pristabellen anges hur VGR kommer att beräkna kostnaden för en PD-behandling och priserna har VGR hämtat från respektive anbudsgivares prislista. VGR har fyllt i pristabellen för leverantörerna och har därefter skickat ut den till bolagen för att få bekräftelse på om VGR har fyllt i den korrekt. Inget av bolagen reagerade på att VGR inte hade fyllt i tömningspåse (som exempel på tillbehör). VGR behandlade således alla lika. – För att få fram kostnader för PD-behandlingen har VGR utgått från respektive anbudslämnarens ifyllda bilaga. För Baxters vidkommande har detta inneburit att en vätskepåse har kommit att utvärderas vad gäller pris och en annan vätskepåse vad gäller kvalitet. VGR har vid beräkningen av priset för PD-behandlingen tagit den av Baxter offererade vätskepåse som hade lägst pris. Ett annat förfarande hade knappast varit transparent. I kvalitetsutvärderingen har Baxter bedömts utifrån deras PVC-fria vätskepåsar (Clear-Flex). Förhållandet har varit lika för alla anbudsgivare. Även om Baxters pris skulle öka med 146 000 kr saknar det betydelse eftersom rangordningen inte skulle komma att ändras. – I förfrågningsunderlaget förekommer inte något skallkrav om att anbudet ska innehålla tömningspåsar. I pristabellen anges som exempel på tillbehör tömningspåsar, slangset, avloppsslang 10 meter, gren/y-koppling, frånkopplingshatt, jodhattar och eventuellt övrigt skydd. Av pristabellen framgår tydligt att det inte är fråga om något skallkrav att ange tömningspåsar. Det är inte heller angivet att prisjämförelse ska ske i enlighet med alla angivna exempel på tillbehör. VGR har i förfrågningsunderlaget angivit att pris enligt pristabell förs in av VGR i ”sammanställning vinnare” och har således varit transparent. VGR har inte frångått något av det som angivits i förfrågningsunderlaget. Vad respektive anbudsgivare har angivit i ”anbudspriser” är leverantörernas priser på vad som efterfrågats av VGR för att kunna företa PD-behandlingar. Priserna har hämtats från respektive anbudsgivarens ifyllda prislista. VGR har fyllt i pristabellen för

leverantörerna och därefter skickat ut dem till nämnda bolag för att få bekräftelse på om VGR har fyllt i den på ett riktigt sätt. Att detta skulle innebära att VGR fritt lägger till eller tar bort tillbehör finner VGR egendomligt. Alla anbudsgivare har bekräftat att pristabellen var rätt ifylld när det gäller kostnaden för en PD-behandling, och det har inte funnits anledning för VGR att ifrågasätta riktigheten av bekräftelsen. Dessutom har dessa bolag inte ens tagit upp någon kostnad för tömningspåsar i prislistan, vilket de sannolikt skulle ha gjort om det hade varit en kostnad i deras anbud. VGR har inte medgivit att Baxters och Fresenius anbud ska justeras uppåt eftersom det enligt förfrågningsunderlaget inte föreligger något skall-krav om att anbud ska omfatta tömningspåsar.

Utvärderingen av vätskepåsar (p 1.5.2)

Gambro anför att samma produkter bör utvärderas avseende kvalitet och pris. Baxter har i sin tabell avseende anbudspriser för APD-patienter bl.a. angivit priset för 2,5-liters vätskepåsar med PVC och 5-liters vätskepåsar utan PVC med produktnamnet Clear-Flex. I utvärderingsmodellen tilldelas anbudsgivare poäng om de kan erbjuda helt PVC-fria produkter och om dessa är lätta att hantera. Av utvärderingsprotokollet framgår att VGR tilldelat Baxter poäng med beaktande av deras 5-liters Clear-Flexpåse utan PVC. Trots att VGR vid utvärdering av kvalitet på Baxters produkter har utgått från att deras 5-liters Clear-flexpåse ska användas, har VGR vid utvärderingen av Baxters pris för behandling av APD-patienter istället valt 2,5-liters vätskepåsar innehållande PVC. Detta förfaringssätt innebär att Baxters totala anbudspris sänks med sammanlagt 146 000 kr. Det kan inte anses vara förenligt med likabehandlingsprincipen att utvärdera en produkt avseende kvalitet och en annan, kvalitetsmässigt sämre produkt, avseende pris. Att ett sådant förfaringssätt skulle brukas vid utvärderingen har inte kunnat förutses av anbudsgivarna. Härtill ska läggas att användandet av fyra mindre vätskepåsar är högst teoretiskt eftersom risken för kontaminering kräver att brukaren byter vätskepåsar så sällan som möjligt, dvs. i

praktiken kommer sannolikt de av Baxter offererade dyrare 5-liters vätskepåsar att nyttjas frekvent.

VGR svarar bl.a. följande. Att VGR vid beräkningen av pris i pristabellen för en PD-behandling inte har tagit den av Baxter offererade vätskepåsen som hade lägst pris får anses tämligen självklart. Baxter har i sitt anbud vid utvärderingen gällande kvalitet uppgivit att bolaget har PVC-fria varor, bl.a. jodhattar, jodsnäcka och vissa Clear-flexpåsar. Att som i detta fall en PD-påse har kommit att utvärderas när det gäller pris och att det i Baxters sortiment av PVC-fria även ingår PD-påsar kan inte tas till intäkt för att förfrågningsunderlaget därmed inte skulle anses transparent. Förhållandet har varit lika för alla anbudsgivarna.

Utvärdering av vätskevolym

Gambro anför att VGR när det gäller Baxter har räknat med fyra vätskepåsar à 2,5 liter trots att Baxter har angivit att det går åt 420–480 ml vätska vid förspolning. Vid utvärderingen av Gambros anbud har VGR istället räknat med att det krävs två påsar à 5 liter samt en påse om 2,5 liter, trots att Gambro i sitt anbud föreslagit att Gambros pris precis som Baxters ska beräknas på fyra påsar à 2,5 liter. Av pristabellen framgår att vid beräkningen för APD-patienter gäller att för det fall det krävs 12 liter dialysvätska för att uppnå en behandlingsvolym om 10 liter så kommer beräkningen att grundas på den volym som faktiskt krävs, dvs. 12 liter. Inför varje behandling sker en förspolning, så kallad priming, som innebär att en del av den dialysvätska som finns i vätskepåsarna passerar apparaturen utan att ingå i någon form av behandling. Gambro anför att av pristabellen framgår att Baxter i prislistan har offererat dialysvätska som finns i 2,5-literspåsar och att VGR har räknat med att det krävs fyra påsar för behandlingsvolymen 10 liter. Mot bakgrund av vad som beskrivits angående förspolning och med hänsyn till den vätska som Baxter uppgivit går åt till priming borde VGR ha räknat med ytterligare en påse om 2,5 liter för att uppnå en

behandlingsvolym om 10 liter. Genom att VGR på eget bevåg lagt till en påse om 2,5 liter har Gambro prismässigt missgynnats i förhållande till Baxter. – VGR:s utvärdering har medfört att Gambros anbud prismässigt missgynnats i förhållande till Baxters anbud. VGR anger att anledningen till denna olika behandling är att Baxter i sitt anbud angivit att deras vätskepåsar är ”överfyllda” och att VGR inte funnit några skäl att ifrågasätta Baxters påstående. Det har emellertid funnits goda skäl att ifrågasätta Baxters påstående i aktuellt hänseende. För det första är den volym som faktiskt anges på vätskepåsarna 2,5 liter. För det andra anger inte Baxter hur stor ”överfyllnaden” är. För det tredje garanterar inte Baxter att någon vätskepåse innehåller en viss minsta mängd ”överfyllnad”. Härtill ska även läggas resultatet av SP Sveriges Tekniska Forskningsinstitut gjorda mätning av det faktiska innehållet i Baxters offererade vätskepåsar. Institutets mätningar visar att den sammanlagda ”överfyllnaden” i fyra av Baxters 2,5-liters vätskepåsar är betydligt mindre än vad som går åt vid Baxters förspolning och att det således krävs ytterligare en påse för att nå upp till den fiktiva behandlingsvolymen om 10 liter. Att aktuell överfyllnad uppgår till 291,3 ml framgår av intyg från det oberoende testinstitutet SP Sveriges Tekniska Forskningsinstitut. Mätningar har genomförts avseende fem lådor med fyra påsar i varje låda och visar att Baxters uppgifter till VGR rörande överfyllnad saknar grund. Det står vidare klart att den överfyllnad som finns i Baxters vätskepåsar avdunstar vid lagring. Syftet med viss överfyllnad i vätskepåsar är att den volym som anges på påsen ska kunna garanteras till utgångsdatumet. Detta är också förklaringen till varför Baxter inte anger överfyllnaden på sina vätskepåsar. Institutet har bemött VGR:s kritik med bl.a. följande. *”Genom den mätning av objekten som genomförs kan dock utslutas att fyra dialyspåsar i en låda i något fall, av de fem utvärderade, levererade en sammanlagd volym av peritonealdialysvätska om minst 10 420 ml (vid +20°C).”* *”Att tömma ur vätskan genom att klippa upp påsarna skiljer sig från den normala användningen men bedöms vara en metod som gör att mesta möjliga mängd vätska kan avhållas från påsen. Att få ut all vätska är dock inte praktiskt möjligt; droppar hänger alltid kvar på påsens väggar. Med annan tömningsmetod kan vätskan bli*

kvar i eventuella veck. Hur tömningen än går till kommer alltid en viss volym bli kvar i påsen. Genom den mätning av objekten som genomförts kan dock uteslutas att fyra dialyspåsar i en låda i något fall, av de fem utvärderade, levererade en sammanlagd volym av peritonealdialystätska om minst 10420 ml." Vad gäller ändamålsenligheten av antalet vätskepåsar saknas anledning att tro att de vätskepåsar som Baxter avsett att leverera till VGR skulle ha en större "överfyllnad" än de som vid tidpunkten för undersökningen fanns tillgängliga på marknaden. Trots att VGR enligt egen uppgift haft god tillgång till vätskepåsar av aktuell typ har några egna mättningsresultat tills stöd för sitt påstående inte frambringats. Literpriset är av högsta relevans i detta sammanhang eftersom den fiktiva behandlingen om tio liter som anbudsutvärderingen grundar sig på är just en fiktiv behandling. I verkligheten används en volym som är individuellt anpassad till varje patient, och denna volym kan vara både lägre och högre än tio liter. VGR:s utvärdering av Baxters vätskepåsar vilar således på en felaktig förutsättning och anbudsgivarna ska utvärderas på samma vätskevolym, dvs. antingen 10 eller 12,5 liter och då blir antingen Gambros anbud 1 478 250 kr billigare eller Baxters 1 576 800 kr dyrare. Alldeles oavsett medför detta att Gambros anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga genom att dess offererade literpris är lägre. Av Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 mål nr 4904-09 följer att en upphandlande myndighet, vad gäller anbudsgivares uppfyllande av skall-krav mot bakgrund av likabehandlingsprincipen, inte kan bortse från uppgifter som blivit kända först i samband med överprövningen. Enligt Gambros mening kan inte heller uppgifter som är hänförliga till bör-krav eller produkttegenskaper bortses från bara på grund av att dessa blivit kända först efter det att tilldelningsbeslut fattas. Det faktum att VGR nu synes göra gällande att myndigheten inte förrän under pågående överprövningsprocess förstått att man förfarit felaktigt medför inte att det felaktiga utvärderingsresultatet kan kvarstå.

VGR invänder att vad gäller utvärderingen och vätskevolymen anger VGR i pristabellen att vid beräkningen av priset för behandling av APD-patienter kommer hänsyn att tas till den mängd vätska som faktiskt krävs för en behandling. Mot bakgrund av vad Baxter har angivit i sitt anbud, att påsarna är överfyllda och att det inte behövs någon extra vätska för priming, har VGR räknat med att det krävs fyra påsar om 2,5 liter för en behandling. Det har inte funnits några skäl att ifrågasätta Baxters uppgifter om hur mycket vätska som behövs för behandling. Om avdunstning skulle förekomma hade detta varit ett förhållande som hade varit lika för alla anbudsgivare. VGR har i pristabellen ändrat Gambros pris på så sätt deras pris är beräknat på två 5-literspåsar och en 2,5-literspåse, istället för enbart två 5-literspåsar. Anledningen till detta är Gambros egna uppgifter att de behandlingsvolymen som kommer närmast 10 liter är 9,4 eller 11,9-liter exklusive priming. Rapporten som enligt Gambro sägs visa att Baxters uppgifter om överfyllnad är felaktig. Av rapporten framgår att det enbart handlar om 20 påsar, dvs. fem behandlingar, och det kan således inte vara fråga om något underlag som är statistiskt tillförlitligt. VGR noterar vidare att det i rapporten under rubriken ”mätmetoder och rutiner” anges att den övre kammaren kramades ut för hand, vilket knappast kan innebära att all vätska tas med vid beräkningen. Dessutom anges att vid tömningen skvätte en mindre mängd vätska ut från uppsamlingskärlet vilket uppskattades till mindre än 10 ml. Slutligen anges i rapporten att det mesta rann ner från den övre kammaren och vätskan som blev kvar kan variera något. Av siffrorna i rapporten framgår för övrigt att den procentuella avvikelser i förhållande till behandlingsvolymen i ett av fallen blir 0,9 procent. Till detta ska läggas ovan anförda och det får anses uteslutet att tillmäta rapporten någon större betydelse. VGR:s egen erfarenhet av Baxters påsar visar dessutom att det är tillräckligt med fyra 2,5-literspåsar för en 10-litersbehandling. VGR och dess personal har mångårig erfarenhet av Baxters påsar. Enbart under 2007 och 2008 använde VGR över 30 000 PD-påsar från bolaget. I samband med PDC/PET-mätningen företas alltid en viktkontroll. VGR:s erfarenhet visar att vätskepåsarna väger

lika mycket oavsett längd på lagringstid. I rapporten har de av påsarna som har kortast hållbarhetstid den näst högsta och den tredje största volymen. VGR ser fortfarande inte skäl att ifrågasätta de av Baxter i anbud lämnade uppgifterna och den beräkning som tidigare företagits av VGR. Om det efter avtalstecknande visar sig att en leverantör inte uppfyller sitt åtagande enligt ingånget avtal blir detta en avtalsfråga som får hanteras som en sådan.

Utvärdering av anbuden på samma slanglängder

I pristabellen för APD-tabeller anges att årskostnaden för avloppsslang 10 meter kommer att beaktas vid beräkningen av den totala årskostnaden för 30 av APD-patienter. Anbudsgivarna har olika längd på slangarna; Baxter 3,5 meter, Fresenius 8 meter och Gambro 10 meter. Baxter hade behövt offerera tre slangar per dag och Fresenius två slangar för att uppnå kravet på 10 meter. VGR har valt att beräkna samtliga anbudsgivares årskostnad baserat på att endast en slang går åt per dag, dvs. oavsett längd på slang. Härigenom har priset för avloppsslang i Baxters anbud sjunkit med 67 procent och i Fresenius anbud med 50 procent. VGR har på ett otillbörligt sätt berövat Gambro den konkurrensfördel som de enligt de förutsättningar som anges i förfrågningsunderlaget haft anledning att räkna med när de lämnade anbudet. Det går inte att utläsa annat än att hela slanglängden, dvs. tio meter eller den längd som krävs för att uppnå tio meter, ska bytas ut varje dag, och det står inte VGR fritt att frångå de angivna utgångspunkterna för prisjämförelse mellan anbuden. VGR påstår att man endast ”byter slang närmast patienten”, som mot bakgrund av infektionsrisken med en sådan rutin förefaller vara osannolikt, medför att endast kostnaden för en slang per dygn ska beaktas vid årskostnaden för 30 APD-patienter. – Utvärderingen av priskriteriet måste ske i enlighet med det sätt som beskrivits i pristabellen. I denna anges att årskostnaden för avloppsslang 10 meter kommer att beaktas vid beräkningen av den totala årskostnaden för 30 av de 50 APD-patienterna. Gambro har utformat sitt anbud i enlighet med denna förutsättning. Eftersom samtliga anbudsgivare har olika längd på avloppsslangar har VGR haft att räkna

med att Baxter behöver offerera tre och Fresenius två slangar per dag för att uppnå kravet på tio meter. Avslutningsvis i denna del kan konstateras att bilagorna till VGR:s yttrande faktiskt förutsätter att samtliga 30 patienter antingen delar på slangar inledningsvis eller börjar behandlingen med en enda slang. Detta blir följderna av att VGR i beräkningen av totalkostnaden inte räknar med att samtliga 30 patienter startar med en egen uppsättning av slangar, dvs. tre från Baxter eller två från Fresenius.

VGR anför att Gambro har inväntat att VGR inte har utvärderat anbuden på samma slanglängder och att VGR i pristabellen har valt att räkna på att det endast åtgår en slang per dag oavsett längd på anbudsgivarens slang. VGR uppger att den kopplar ihop avloppsslangarna och byter slangen närmast patienten. För Baxters del innebär detta byta av en 3,5-metersslang per dygn och för Fresenius byta av en 8-metersslang per dygn. Det är inte fråga om att patienterna skulle använda samma slangar.

Olika bedömningar av bör-kravet i p 1.2.5

Gambro anför att sett till endast antalet olika volymer innehåller Fresenius anbud fyra olika volymer medan Gambros innehåller tre. Dialysvätska för CAPD-patienter kan emellertid inte användas för APD-patienter och tvärtom, varför Fresenius anbud de facto inte innebär någon större valfrihet för VGR vid val av volymstorlek än Gambros anbud. Båda har offererat lika många alternativ avseende varje behandlingstyp och ska därför i enlighet med likabehandlingsprincipen tilldelas lika poäng. Grunden för tilldelning av kontrakt är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och det är rimligt att anta att Fresenius endast tilldelas en högre poäng än Gambro om deras anbud innebär större valfrihet vid val av volymstorlekar vid viss behandling. Om utvärderingskriteriet ska förstås på det sätt som VGR gör gällande, syftar det inte till att bedöma det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och är således ett otillåtet utvärderingskriterium. – Fresenius anbud innebär att VGR vid CAPD-behandling kan välja mellan två volymer (2 000 ml

och 2 500 ml) och vid APD-behandling mellan två volymer (3 000 ml och 5 000 ml). Gambros anbud innebär också att VGR vid CAPD-behandling kan välja mellan två volymer (2 000 ml och 2 500 ml) och vid APD-behandling mellan två volymer (2 500 ml och 5 000 ml). Mot bakgrund av att Fresenius anbud de facto inte innebär någon större valfrihet för VGR vid val av volymstorlek än vad Gambro erbjuder i sitt är det inte förenligt med LOU att tilldela Fresenius 12 viktade poäng men Gambro endast 8 viktade poäng.

VGR inleder med att redogöra för lydelsen av avsnitt 1.2.5; "Förpackning olika volymer, 1,5 2,0 2,5 3,0 5,0 l, flexibel, dessa typer skall vara garanterade leveransvolymer, för godkänt betyg minst 3 olika volymer". Vad VGR bedömer är hur många olika volymer som erbjuds i anbudet och har inte angivit att volymerna ska fördelas på behandlingstyp (CAPD/APD). VGR har i enlighet härmed tilldelat Gambro 8 viktade poäng (4 x 2) och Fresenius 12 (4 x 3) och ser inte något skäl att ändra beräkningen. VGR har inte angivit att utvärderingen ska ske mot bakgrund av behandlingsform och har inte möjlighet att utvärdera på annat än vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Förutsättningarna har för övrigt varit lika för samtliga anbudsgivare.

FRESENIUS MEDICAL CARE SVERIGE AB

Fresenius Medical Care Sverige AB (Fresenius) anför att det genomgående inte framgår varför bolaget har fått lägre poäng än Baxter, bl.a. när det gäller utvärdering av spolvolym, asymmetrisk Y-koppling och brytstift. VGR förefaller mena att det helt saknas koppling mellan kommentarer och poängsättning. Detta innebär i så fall att poängsättningen inte är transparent. Vidare kan VGR:s "erfarenhet och kompetens" generellt inte anses vara ett objektiva och transparent utvärderingskriterium. Erfarenhet torde i hög grad bygga på vilka PD-system som tidigare använts och nu används

inom VGR. Enligt vad Fresenius känner till är erfarenheten större vad gäller vissa system än andra inom de flesta landsting och VGR torde inte vara något undantag. Detta leder rimligen till att system som använts i mindre utsträckning diskrimineras på grund av olika förståelse och erfarenhet av funktionalitet och konstruktion. Då VGR kan antas ha en större erfarenhet av vissa leverantörers system är det viktigt att utvärderingskriterierna på förhand är tydligt uppställda och graderade så att utvärderingen utförs på ett transparent och leverantörsneutralt sätt.

VGR anför att anbudet inte har jämförts med varandra vid utvärderingen. För det fall någon kommentar inte återfinns har VGR gjort bedömningen att anbudsgivaren tilldelas två poäng. För den händelse det förekommer kommentarer får detta ses som en "feedback" till anbudsgivarna av såväl positiv som negativ innebörd. Anbudsgivarna har erhållit två poäng på den grunden att de uppfyller ställda börkrav. Det är inte som Fresenius synes tro att ett visst antal negativa kommentarer föranleder en viss poäng. Fresenius har inte visat att VGR brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Den utvärderingsmodell som har tillämpats har väl beskrivits i förfrågningsunderlaget. Om förvaltningsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget eller den valda utvärderingsmodellen inte är optimalt utformad är det i vart fall inte 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. Enligt rättspraxis måste en upphandlande myndighet allmänt sett ges en stor frihet inom ramen för ett affärsmässigt övervägande värdera de anbud som kvalificerat sig till anbudsutvärderingen. Det kan inte uppfattas som diskriminerande att VGR vid anbudsutvärderingen skulle utnyttja sin kompetens och erfarenhet.

Utvärdering av spolvolym, asymmetrisk Y-koppling, klockan och brytstift

"1.2.9 Ange spolvolym. 8 cykler fyll volym 2 l tidal 50 %, låg volym ger högt betyg gäller APD."

"1.3.1 Bedömning av kopplingar, slangar, brytstift/svets m.m. Tröghet, enkelhet, funktion bedöms"

"1.3.2 Klämmor bedöms kraft/teknik för att öppna och stänga"

Fresenius anför att det av förfrågningsunderlaget inte framgår hur poäng-tilldelningen skulle ske. Det är mycket svårt att förstå var gränsen går för två poäng, dvs. medelstor spolvolym. Utifrån VGR:s svar förefaller tilldelning ha skett utifrån jämförelser med de andra anbudsgivarna och vad som är "låg volym" definieras inte på annat sätt än att VGR anser detta utifrån erfarenhet och kompetens. Eftersom Baxter har tilldelats högre poäng än Fresenius ifrågasätts om den asymmetrisk Y-kopplingen har utvärderats och hur detta då har bidragit till att Baxter fått maximal poäng. Vidare krävs ett förtydligande av hur "klockan" (flödesväljaren) försvårar för användaren att veta vilket läge i flödesproceduren användaren befinner sig. "Klockan" är konstruerad så att patienten på enkelt sätt ska kunna använda den. Vrids flödesväljaren för långt kan det inte orsaka någon skada på patienten. Inget PD-system kan användas av en patient utan föregående träning. Att bolagets system skulle utmärka sig som svårare än system med brytstift för en tränad patient saknar helt grund. Att VGR väljer att lyfta fram brytstift som ett utvärderingskriterium uppfattar bolaget som att detta är ett problematiskt moment för t.ex. patienter med handsvaghet. Att då tilldela system med brytstift högre poäng än ett system som inte använder detta är ologiskt. Användande av PIN-teknologin och att de har en indragen kon i kateterförlängningen innebär att systemet är stängt även om klämman av någon anledning skulle öppna sig. Risken för läckage är ytterst minimerad i jämförelse med övriga tillgängliga system på marknaden och det har inte förekommit några reklamationer under de senaste fem åren. Frågan implicit ställd så att klämmor per definition är problematiska varför bolaget som har minst antal klämmor av alla tillverkare torde ligga bäst till ur en objektiv synvinkel. VGR:s "egen erfarenhet" kan inte väga tyngre än bolagets egen erfarenhet och reklamationshistorik. Bolaget har

inte fått en enda reklamation på klämmorna trots att de tillhandahållits ett stort antal kunder under många år.

VGR anför bl.a. följande. I kravspecifikationen med ifylld poängbedömning är VGR:s bedömning/kommentarer i röd understruken text och i de fall någon kommentar inte återfinns har leverantören/anbudsgivaren tilldelats två poäng. I kravspecifikationen anges att låg spolvolym ger hög poäng. Fresenius har redovisat en spolvolym om 940 ml för sin produkt och det innebär att vid användning av denna produkt spolas ca tio procent av volymen bort. VGR kan mot bakgrund av sin erfarenhet och kompetens bedöma att detta är en i sammanhanget hög spolvolym. Fresenius har tilldelats ett poäng eftersom två poäng ges när anbudet uppfyller ställda bör-krav. Jämförelsevis har övriga anbudsgivare redovisat klart lägre spolvolym för sina produkter. Vad gäller Fresenius begäran om en förklaring till hur en asymmetrisk Y-koppling minskar risken för fibrinproblem så är det något som Baxter har uppgivit vid ifyllande av kravspecifikationen och VGR finner inte skäl att kommentera påståendet. Hur en asymmetrisk Y-koppling minskar risken för fibrinproblem har inte varit föremål för VGR:s bedömning. VGR:s kommentar angående ”klockan” är gjord efter utvärdering av personal/patient och här har VGR funnit att flödesväljarens konstruktion är sådan att det är svårt att veta i vilket läge man befinner sig. ”Klockan” vrids nämligen runt och övergången från ett läge till ett annat är svår att uppmärksamma. Förutom detta har VGR angivit att texten på påsen är svårläst och att det är svårt att lösgöra slangar. Fresenius har mot bakgrund härav tilldelats två viktpoäng vilket är detsamma som att bolaget uppfyller ställda bör-krav. VGR har utvärderat brytstift under avsnitt 1.3.1 och om det inte finns någon kommentar har anbudsgivaren tilldelats två poäng. Huruvida det är bättre med eller utan brytstift har inte varit och ska inte heller vara föremål för VGR:s bedömning. Om klämman är öppen och det inte uppmärksammas innan borttagning av jodhatten innebär det fritt flöde, dvs. läckage i systemet. Den klämman som Fresenius använder är därför i sammanhanget negativ och har

motiverat lägre poäng än maximal poäng. VGR vitsordar att någon reklamation i och för sig inte förekommit.

Utvärdering av tillbehör CAPD – slangset och klämmor

*"1.4.1 Bedömning av kopplingar, slangset, avloppsslang brytstift/svets m.m.
Tröghet, enkelhet, funktion m.m. bedöms"*

Fresenius ifrågasätter var gränsen går för tre poäng. Trots att Fresenius inte har några klämmor som man måste komma ihåg att öppna/stänga, vilket betyder att systemet är helt slutet under behandling, bedömer VGR att Baxters system ska ge högre poäng. Baxter har tilldelats två positiva och en negativ kommentar, Gambro en negativ kommentar och Fresenius en positiv kommentar, ändå tilldelas Baxter högsta poäng och övriga lägre poäng. Utifrån vilka kriterier detta har utvärderats och hur poängen har tilldelats framstår som obegripligt. Baxter har fått kommentaren att "Clear-Flex påsen är lätt hanterlig" vilket är en subjektiv bedömning och det anges inte på vilket sätt den anses lätthanterlig eller på vilket sätt andra påsar jämförelsevis skulle vara mindre lätta att hantera. Vidare ifrågasätts varför denna påse överhuvudtaget utvärderas under denna punkt då det handlar om "Tillbehör APD". Baxter har även fått kommentaren "Lätthanterligt slangset, omöjligt att montera slangset fel". Fresenius slangset går inte heller att montera fel vilket dock inte kommenterats av VGR. Eftersom Baxters första kommentar inte hör hemma under punkten och att Baxter har en positiv kommentar borde Fresenius rimligtvis ha tilldelats åtminstone samma om inte högre poäng då inte heller bolagets slangset går att montera fel.

VGR anför att någon bedömning av behandlingssystem inte förekommer under detta avsnitt utan det handlar om enkelhet, tröghet, funktion hos slangset, brytstift/svets m.m. Det positiva omdömet "hatten är lätt att ta bort" kan inte motivera högre poäng än de två poäng som Fresenius tilldelats i denna del. För att uppnå högre poäng krävs att VGR gör bedömning-

en att vad som offererats är bättre än ställda bör-krav. Att "Clear Flex"-påsen är lätthanterlig ska endast ses som en feedback till anbudsgivaren.

Utvärdering av tillbehör APD – klämmor

"1.4.2 Klämmor bedöms kraft/teknik för att öppna och stänga"

Fresenius ifrågasätter varför de tilldelats noll poäng trots att de borde ha högst poäng av alla eftersom deras system inte bygger på att användaren ska behöva använda handkraft/teknik för att kunna öppna/stänga klämmor på slangsetet. Frågan säger implicit att klämmor är problemet och om dessa då har eliminerats måste det ses som positivt och inte negativt i en objektiv värderingsmodell. Precis som med brytstift är det ett välkänt problem att till exempel handsvaga patienter har svårt att öppna och stänga klämmor vid rätt moment i processen. Fresenius system är därför konstruerat med avseende på högsta säkerhet och maximal enkelhet för att komma ifrån dessa problem Att bolaget då tilldelas noll poäng när Gambro tilldelas två poäng trots att de fått kommentaren "klämmorna är tröga" och Baxter fått maximal poäng med kommentaren "klämkraften är ok" framstår som obegripligt. Förutom att det strider mot transparensprincipen strider poängtilldelningen mot likabehandlingsprincipen.

VGR anför bl.a. följande. Avsnittet handlar om kraft/teknik för att öppna och stänga klämmor. Fresenius har erhållit noll poäng då deras system vid APD (nattbehandling) inte har klämmor. VGR har under avsnitt 1.2.4 tilldelat Fresenius högsta poäng bl.a. med motiveringen att APD (nattbehandlingen) inte har klämmor.

Utvärdering av tillbehör APD – "hattar" och väska till maskin

"1.4.3 Jodhatt/övriga hattar, läckage, handhavande, storlek mm"

"1.4.5 Väska till maskin som underlättar transport. Bedömning av bl.a. smidighet, vikt mm"

Det går inte att förstå hur VGR har graderat skalan och vad som krävs för att uppnå respektive poängnivå. Baxter har fått en positiv och en negativ kommentar, Gambro har fått en positiv och tre negativa kommentarer och Fresenius har fått en positiv och en negativ kommentar. Trots detta har Baxter fått högst poäng medan Gambro och Fresenius har fått samma poäng. Även om anbudsgivare kan erhålla såväl positiva som negativa omdömen inom en poängnivå saknas här helt korrespondens mellan kommentarerna och poängtilldelningen. Tydligt är att kommentaren ”paushatten är svår att använda” är avgörande för poängtilldelningen men det framgår inte vilken påverkan den andra kommentaren ”lätthanterlig vid koppling” har på poängtilldelningen”. Eftersom Gambro fick tre negativa kommentarer men ändå samma poäng som Fresenius framstår det som än mer otydligt. Fresenius konstaterar utifrån utvärderingen att Baxters väska väger 1,3 kg mer än Gambros väska men ändå har båda tilldelats tre poäng. Fresenius väska väger 1,8 kg mer än Baxters väska men har bara tilldelats en poäng. Fresenius ifrågasätter vilka kriterier som använts och var gränsen går för respektive poängnivå.

VGR anför att det är egenskaper hos jodhattar/övriga hattar som i denna del bedöms och har betydelse vid poängsättningen nämligen läckage, handhavande, storlek m.m. Anbudsgivare kan erhålla såväl positiva som negativa omdömen inom en poängnivå. Den så kallade paushatten är en viktig funktion för patienten och väger därför av naturliga skäl tungt vid bedömningen. Hatten möjliggör att patienten kan koppla från behandlingen för t.ex. toalettbesök. Vid utvärderingen har VGR funnit att Fresenius produkt har en paushatt som är svår att använda. Att det finns svårigheter för patienter vid handhavandet av denna viktiga funktion motiverar att Fresenius inte kan tilldelas maximal poäng i denna del. När det gäller Baxter har VGR vid utvärderingen funnit att dessa paushattar är bra och mot bakgrund härav tilldelat detta bolag tre poäng. VGR har vid poängbedömningen tagit

hänsyn till Fresenius "dubbla hattar". Vad gäller väskan till maskinen framgår klart och tydligt att den kommer att bedömas med hänsyn till bl.a. smidighet och vikt. Väskan väger nästan 10 kg och dess mått är i det närmaste kvadratisk. VGR:s bedömning är att Fresenius väska är tung och skrymmande, svår att hantera och att få med sig i ett litet bagageutrymme på en bil. Att Fresenius väska skulle komma att erhålla en låg poäng när det gäller smidighet kan inte ha varit svårt att förutse.

Utvärdering "Miljön"

"1.5.2 Förpackningsmaterial /varor bör ej bestå av PVC. Hög procentandel pvc fria varor ger hög poäng"

"1.5.3 Förpackningarna bör vara lätt att komprimera"

Fresenius anför att det inte framgår var volymen på avfallet ligger i förhållande till poängsättningen. Om en leverantör endast har hattar fria från PVC torde detta vara detsamma som noll poäng eftersom mängden avfall kommer från påsarna. Clear-Flex är endast PVC-fria i påsen, inte i slangarna. Det är också oklart hur graderingen är gjord eftersom Baxter som inte fått någon kommentar ändå har fått två poäng. – Som kriteriet är utformat är det enligt Fresenius en tydlig indikation på att det är volymen avfall och inte det nominella antalet produkter som ska utvärderas och en jodhatt kan inte likställas med en vätskepåse ur ett miljöperspektiv. I en kommentar till Baxters anbud anger VGR att "Clear-flex är PVC-fria". Det är endast påsen som är PVC-fri, inte tillhörande slangar. Givet detta är endast aggregatskydd, jodsnäckan och jodhatten PVC-fria vilket gör att Baxter tilldelats ett högt poäng i förhållande till både Fresenius och Gambro. – Det är oklart hur graderingarna är gjorda och var gränsen för poängnivån går. De kommentarer som finns borde värderas i utvärderingen vilket VGR inte alltid har gjort.

VGR anför att i kravspecifikationen anges att hög procentandel PVC-fria varor ger hög poäng. Avsnittet handlar således inte om volym utan om antal

offererade PVC-fria varor. Fresenius har fyllt i att samtliga deras produkter är PVC-fria, Baxter att nio av deras 40 erbjudna varor är PVC-fria och Gambro att fem av 30. För att kunna bedöma om förpackningarna är lätta att komprimera har VGR genomfört praktiska prov. I de fall någon kommentar inte återfinns har VGR gjort bedömningen att anbudsgivaren tilldelas två poäng.

Utvärdering av maskinens användarvänlighet

"1.6.2 Användarvänlighet bedöms"

Fresenius anför att användarvänligheten är en komplicerad fråga som i hög grad bygger på vilka system man använder. Detta i sin tur gör att utvärderingskriterierna måste var än mer tydliga. Baxter får åter högre poäng än bolaget trots att deras maskin måste iordningsställas ca en timma före behandlingsstart eftersom uppvärmning online saknas, inte kan profilera behandlingen eller reglera hastigheten för in- och utflöden. Att kunna reglera flödes hastigheten är en stor fördel framför allt hos de patienter som har kateterrelaterade problem, vilket ett flertal av PD-patienterna har. Det framgår inte vad som krävs för respektive poängnivå. VGR anger i kommentaren anges att Baxters maskin är "lättanvänd, enkelt handhavande, volymstyrd". Fresenius maskin har en stor skärm i färg med touchknappar, mycket korta kommandon, mycket illustrativa bilder tillsammans med kort information och är dessutom både volym- och tryckstyrd.

VGR anför bl.a. följande. Vad VGR har bedömt är användarvänligheten. Det kan vara lätt att feltolka symbolerna som visas på displayen. Pekskärm och touchknappar är svårhanterligt för en stor del av VGR:s patienter, t.ex. äldre patienter som inte alltid är vana vid platta skärmar. Det kan bli problem när patienten vaknar under natten och ytan är slät (patienten kan t.ex. trycka på fel knapp).

Utvärdering av mobilitet

"1.6.4 Mobilitet, lätt att ta med vid resa"

Det är oklart var gränserna för poängsättningen går. Övriga anbudsgivare har lagt språket i maskinen medan Fresenius har valt att lägga språket på kortet. Vid resa behöver patienten aldrig ta med sig maskinen utan det räcker med patientkortet som väger 28 gram. Patienter som använder övriga anbudsgivares nattmaskiner måste ha en svensk maskin med sig eller så måste dessa företag använda tjänst av tekniker för att omprogrammera t.ex. en spansk maskin till svenska. – VGR:s kommentar att Fresenius saknar transformatorer för utlåning är felaktig och bygger på gammal information. VGR:s svar att transformatorfrågan inte skulle föranleda en annan bedömning indikerar ånyo att det saknas korrespondens mellan kommentarerna och poängtilldelningen. När det gäller Baxter framhålls det som en fördel att Baxter lånar ut en transformator vilket torde kompensera den negativa kommentaren om att jordat uttag krävs (eftersom transformatorn uppväger behovet av ett jordat uttag). Om frågan om transformator inte skulle föranleda en annan poängbedömning har Baxter inga särskilda fördelar alls under denna punkt. Baxters tre poäng ifrågasätts eftersom avsaknaden av kommentar innebär att leverantören uppfyller betyget två och transformatorfrågan inte är grund för poängbedömningen. Även VGR:s kommentar om att vid eventuellt sommarboende måste två bostadsanpassningar göras är felaktig. Maskinens vikt har värderats tidigare och Fresenius har således fått poängavdrag två gånger för samma utvärderingskriterium.

VGR anför bl.a. följande. Lätt att ta med vid resa innebär inte enbart vid planerad utlandsresa utan naturligtvis även resor till vänner, till sommarstugan, i tjänsten etc. Att maskinen är lätt att ta med vid resa möjliggör för patienterna att leva ett så normalt liv som möjligt. Vad gäller transformator har sådan tidigare inte funnits att låna från Fresenius. Även om så hade varit fallet finner VGR inte skäl att göra annan bedömning än tidigare.

VGR:s erfarenheter av utlåning av transformatorer bygger på uppgifter lämnade från Fresenius i november 2009. Även om transformatorer hade funnits att tillgå hade det inte ändrat tidigare bedömning. Vid poängtilldelning är det inte så att ett visst antal kommentarer föranleder ett visst antal poäng. Att enbart ta med sig ett ”kort” är bra men vad VGR syftar på är en oplane-rad resa en enstaka natt till en bekant boende t.ex. i Bohusläns skärgård. VGR vidhåller att maskinen är tung och inte ger frihet till spontanresande. Fresenius uppger för övrigt att ”i de flesta fall” räcker det att ta med kortet.

Utvärdering av maskinens användarsäkerhet

”1.6.5 Maskinen bör vara så konstruerad att antalet feltryckningar minimeras.”

Fresenius invänder att det inte framgår på vilka grunder de tilldelats två poäng och Baxter tre poäng.

VGR anför att om någon kommentar inte återfinns har leverantören tilldelats två poäng.

Förvaltningsrätten antecknar att dåvarande Länsrätten i Vänersborg den 17 december 2009 i mål 7481-10 (tidigare 3381-09) har beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan målet slutligen avgjorts eller något annat har beslutats.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

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.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Förvaltningsrätten ska endast beakta de grunder som sökanden har framfört i målet (jfr Regeringsrättens avgörande RÅ 2009 ref. 69). Mot detta ska ställas vad den upphandlande myndigheten anfört och beaktas vad som framgår av handlingarna i målet i övrigt.

Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2000 ref 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Frågan i förevarande mål är om förfrågningsunderlag är så klart och tydligt utformat att leverantörerna på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen, och om utvärderingsmodellen är utformad så att den leder till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att tre leverantörer gått vidare till utvärderingsfasen och frågan blir framför allt om förfrågningsunderlaget och utvärderingen uppfyller kravet på likabehandling och transparens.

Vad först gäller Gambros invändning beträffande utvärderingen av vätskevolymer framgår det att VGR accepterat uppgiften om att Baxters påsar innehåller en överfyllnad och att det därmed går åt färre påsar än för övriga anbudsgivare för att täcka förbrukningen vid förspolningen. VGR har förklarat detta med att det inte har funnits skäl att ifrågasätta anbudsgivarens uppgifter om överfyllnaden eftersom VGR:s egen erfarenhet av Baxters påsar visar att det är tillräckligt med fyra 2,5-literspåsar för en 10-litersbehandling. Ett antagande som visat sig felaktigt enligt det av Gambro åberopade intyget från SP Sveriges Tekniska Forskningsinstitut av vilket det framgår att inte någon av de 20 testade påsar innehåller den överfyllnad som VGR räknat med vid valet av antal påsar per behandlingstillfälle. Vid beräkningen av hur många påsar som går åt vid ett behandlingstillfälle för Gambro har VGR bedömt att det krävs ytterligare en 2,5-literspåse utöver det antal som bolaget uppgett. Detta trots att det i den ifyllda kravspecifikationen anges att en av de två behandlingsvolymer som kommer närmast 10 liter är 9,4 liter och att det med programmets hjälp går att avgöra vilken av volymerna som ska väljas. Mot denna bakgrund är det enligt förvaltningsrättens mening inte förenligt med LOU att som VGR har gjort vid beräkningen tillämpa olika principer för de båda anbudsgivarna, dvs. utgå från att det krävs olika antal påsar för aktuell behandling och dessutom basera utvärderingen i det ena fallet på egna tidigare erfarenheter. Tillvägagångssättet innefattar ett brott mot likabehandlingsprincipen.

Gambro har även invänt att det i pristabellen anges att årskostnaden för avloppsslang 10 meter kommer att beaktas vid beräkningen av den totala årskostnaden för 30 av de 50 APD-patienterna, och att det inte går att utläsa något annat än att det är den slanglängd som kommer att bytas ut per dag. I sitt svar anger VGR att man kopplar ihop avloppsslangarna och byter slangerna närmast patienten och att det då för övriga anbudsgivare går åt en 3,5-metersslang och en 8-metersslang per dygn. Med hänsyn till denna förklaring framstår det uppställda kriteriet om 10-meter som irrelevant el-

ler i vart fall klart otydligt eftersom förbrukningen uppenbarligen är en annan än den som man efterfrågar.

När det sedan gäller tilldelning av poäng som utgår från hur många volymer anbudsgivaren kan erbjuda anges i kravspecifikationen att det går åt minst tre olika volymer för godkänt betyg. Gambro har tilldelats två poäng medan en annan leverantör fått tre poäng och detta motiveras med att den senare erbjuder förpackningar i tre olika volymer. Gambro menar att båda leverantörerna erbjuder lika många volymer per behandlingsgrupp och således borde ha tilldelats samma poäng. Förvaltningsrätten delar uppfattningen att det uppställda utvärderingskriteriet om antal erbjudna volymer är oklart och öppnar för olika tolkningar. Detsamma gäller avsaknaden av pris för tömningspåsar. Om syftet med pristabellen är att visa årskostnaderna för 50 APD-patienter där 30 av patienter kommer att få behandling med avloppsslang som tömningsalternativ och 20 med tömningspåse framstår det som svårförståeligt att årskostnaden inte skall redovisas utifrån dessa förutsättningar.

Fresenius främsta invändning är att det genomgående inte framgår vad det är som har motiverat en hög eller låg poängtilldelning, t.ex. för spolvolym. Ett annat av Fresenius åberopat exempel är att bolaget tilldelats noll poäng vid utvärderingen av klämmor där kraft/teknik för att öppna och stänga dessa bedömts. Bolagets system saknar klämmor och har därför tilldelats noll poäng medan övriga anbudsgivare som fått kommentaren att klämmorna är tröga respektive klämkraften är ok, erhållit två respektive tre poäng. VGR har svarat att det som ska bedömas utgår från klämmorna och att Fresenius tilldelats högsta poäng för att systemet saknar klämmor under ett annat avsnitt. Fresenius pekar också på att om VGR har erfarenhet av vissa leverantörers system kan objektiviteten ifrågasättas när VGR:s hänvisar till sin erfarenhet och kompetens vid utvärderingen. Förvaltningsrätten delar bedömningen att förfrågningsunderlaget har varit otydligt bl.a. med avse-

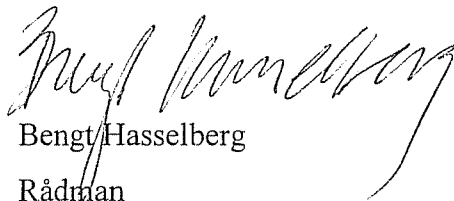
ende på poängsättning och gränserna för när volymer och egenskaper har åsatts hög eller låg poäng.

Gambro och Fresenius har båda invänt att det i förfrågningsunderlaget och vid utvärderingen inte finns någon ledning för vad som har vägts in för att anbudsgivarnas produkter ska framstå som ”bättre än uppställda bör-krav”, ”uppfyller uppställda bör-krav”, ”sämre än uppställda bör-krav” och ”uppfyller inte ställda bör-krav”. Förvaltningsrätten anser att det är en naturlig princip att det i förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell måste finnas utrymme för den upphandlande myndigheten att utifrån uppställda kriterier göra en självständig bedömning av anbudet men lika självklart är också att kraven på likabehandling och transparens måste iakttas och ingen ovidkommande hänsyn tas. Förvaltningsrätten anser att det finns brister i förfrågningsunderlaget och att vissa utvärderingskriterier inte är transparenta och förutsägbara och att utvärderingen i vissa avseenden också har baserats på tidigare erfarenheter av en av leverantörerna. Poängsättningen av utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget lämnar ett betydande utrymme för mer fria än strikta bedömningar och VGR får därmed anses ha gett sig själv en långtgående fri prövningsrätt. Anbudsgivarna har följaktligen saknat möjlighet att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid prövning av anbudet och detta strider mot principen om transparens och förutsebarhet. Upphandlingen har därmed inte genomförts på ett affärsmässigt sätt. Vid denna bedömning saknas skäl att pröva vad Gambro och Fresenius anfört i övrigt.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att VGR, genom de oklarheter som redovisats och vilka Gambro och Fresenius åberopat i sina ansökningar, har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att det finns skäl för ingripande mot upphandlingen. Bristerna i upphandlingen har medfört att bolagen kan komma att lida skada. Eftersom förfrågningsunderlaget inte

uppfyller kravet på transparens kan rättelse inte ske och upphandlingen ska göras om.

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



Bengt Hasselberg
Rådman

Föredragande: Mariette Georgsson



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 uppge 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

