



SÖKANDE

Svenska Labex AB, 556476-4990

Ombud: Emma Lundin och Fredrik Widjer
HWF Advokater AB

MOTPART

Region Blekinge

SAKEN

Överprövning enligt lag (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2019-02-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Region Blekinge (Regionen) har genomfört en upphandling av leverans och installation av två stycket blodgrupperingsutrustningar samt ramavtal för tillbehör och förbrukningsmaterial. Upphandlingen avser vidare option om två mindre utrustningar för reservrutin för avrop inom två år från avtalstecknande. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande enligt LOU. Två leverantörer lämnade anbud; Svenska Labex AB, (Labex) och Ortho Clinical Diagnostics Sweden AB (Ortho Clinical). Genom tilldelningsbeslutet antogs Ortho Clinical som leverantör.

Labex ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska göras om.

Regionen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Labex

Labexs anbud uppfyller de ställda obligatoriska kraven. Utvärderingsmodellen är så otydligt utformad att den strider mot de grundläggande principerna om förutsebarhet och transparens och därmed mot 4 kap. 1 § LOU. Regionens överträdelse har orsakat eller i vart fall riskerat orsaka Labex skada i den mening.

Regionen har förkastat Labex anbud med motiveringen att Labex inte klarar de obligatoriska kraven i 2.1.1.5, 2.1.1.6 och 2.1.1.15 i kravspecifikationen. Regionen begärde förtydligande från Labex med avseende på aktuella obligatoriska krav. Regionen har avseende kravet i 2.2.1.5 för Labex anfört att ”uppfyller ej skall-krav. Instruktioner på engelska. Enligt anbudsgivaren ska översättning finnas till nyåret”. Av såväl Labex anbud som förtydligandet framgår att utrustningens språk på display, instruktioner samt knappar är på svenska samt att vedertagna symboler finns. Enligt det obligatoriska kravet räcker det att språket är på svenska eller att vedertagna symboler finns. Utrustningen uppfyller alltså båda dessa alternativa krav. Därtill har Labex utrustning även engelskt språk. Varifrån Regionen har fått uppgiften att översättning ska göras till nyåret är oklart för Labex. Den ”bugg” som Regionen skriver om i förtydligandet tar sikte på utrustningen i vissa fall, vid uppstart, kan välja engelsk text. Detta kan enkelt korrigeras till svensk text av användaren. Symbolerna påverkas inte alls. Regionen vitsordar i sitt yttrande att Labex formellt sett uppfyllde det obligatoriska kravet. Det är således ostridigt att kravet i 2.1.1.5. är uppfyllt.

Regionen har avseende kravet i 2.1.1.6 för Labex angivit att de ej uppfyller kravet då uppmätta provtider visar att BAS-test tog 34 minuter (singel test).

Av såväl Labex anbud som förtydligandet framgår att Labex uppfyller kraven. Om testet startas efter en längre tid av stillastående kan det ta drygt 30 minuter eftersom det först krävs en s.k. priming innan analysen startar. Med detta menas alltså att när utrustningen startas, t.ex. vid det första tillfället på morgonen efter att ha stått avslagen eller oanvänd under natten, måste utrustningen först genomgå en kortare uppstartsfas. En sådan uppstartsfas ska inte medräknas vid mätning av BAS-test. Till styrkande av att Labex utrustning uppfyller kravet åberopas en videoupptagning. Den är gjord på så sätt att en anställd applikationsspecialist sätter igång ett BAS-test samtidigt som hon startar två tidtagare placerade ovanpå maskinen. Av testet framgår att utrustningen genomförde ett BAS-test på 29 minuter och 54 sekunder och har därigenom uppfyllt kravet.

När det gäller det obligatoriska kravet i 21.1.15 stipulerar det att utrustningen ska ha STAT-funktion för akutprov. Regionen har gjort ett tilläggskrav avseende att STAT-prover måste prioriteras framför redan pågående pipetteringar/analyser. Det obligatoriska kravet ställer inte krav på hur STAT-funktionen ska vara utformad utan kräver bara att en sådan funktion finns. Det finns ingen i branschen vedertagen definition av vad en STAT-funktion är. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att akuta prover måste kunna prioriteras före påbörjad pipettering. Regionen har först i samband med utvärderingsfasen ställt ytterligare krav på hur STAT-funktionen ska vara utformad och har därför i utredningsfasen infört tillkommande obligatoriska krav, vilket de inte har rätt att göra.

Avseende utvärderingsmodellen framgår av punkt 4.1.1 i förfrågningsunderlaget att det anbud som är det för regionen ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till viktade utvärderingskriterier enligt kravspecifikation kommer att antas. Av bilaga till tilldelningsbeslutet framgår betygsskalan för bedömningen av kraven i punkterna 3.2.1. och 3.2.2. Regionen bestämmer alltså påslag på basis av en poängskala som bygger på regionens förväntan.

Ingenstans framgår emellertid vad som är Regionens förväntan d.v.s. vad som tillmäts betydelse vid poängsättningen. Med andra ord kan Regionen göra en helt skönsmässig bedömning vid fastställande av poäng. En poängsättning som sker efter vilken nivå anbudsgivares anbud motsvarar upphandlande myndighets opreciserade förväntningar öppnar upp för en alltför godtycklig bedömning som inte kan förutses av presumtiva leverantörer. Det förhållandet att regionen tidigare har använt sig av liknande utvärderingsmodeller utgör inget bevis på att modellen är förenligt med upphandlingsreglerna. Bristerna i förfrågningsunderlaget har lett till att Labex förtagits möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Regionen

Regionen hänvisar till Kammarrätten i Jönköpings mål nr 423-18, vilket avser samma upphandling. Efter att kammarrättens dom vann laga kraft genomförde regionen en ny utvärdering av de inkomna anbuden. Det är inte riktigt att Labex anbud har förkastats på felaktiga grunder. Anbudet förkastades eftersom den provuppställning av utrustningen som ägde rum i enlighet med förfrågningsunderlagets föreskrifter visade att Labex offererade utrustning som inte uppfyller de obligatoriska kraven i punkt 2.1.1.5, 2.1.1.6 och 2.1.1.15 i kravspecifikationen. Vid provningen av utrustningen konstaterade regionens personal att det finns något slags fel i utrustningens mjukvara ("bugg") som gör att språket i användargränssnittet ändras till engelska vid uppstart. Labex representant som närvarade vid den praktiska provningen har muntligen bekräftat "buggen" och lovat att åtgärda mjukvarufelet till utrustningens leverans.

Vid den praktiska utvärderingen av Labex offererade utrustning har regionens personal vid ett flertal tillfällen genomfört BAS-test med tidtagning, varvid samtliga uppmätta tider översteg gränsen på 30 minuter, som är den

längsta tiden för ett BAS-test enligt det obligatoriska kravet. Eftersom utrustningens uppvärmningstid är en känd faktor som kan bidra till längre analys-tider har regionen avsiktligt gjort de flesta proverna efter ”priming”, d.v.s. på en uppvärmd utrustning. Den kortaste registrerade provtiden för singel BAS-test som gjordes vid utrustningens praktiska utvärdering varade 32 minuter, vilket betyder att Labex offererade utrustning inte uppfyller det obligatoriska kravet i punkt 2.1.1.6.

Labex offererade blodgrupperingsutrustning har inte någon fungerande STAT-funktion för akutprov. Den utrustning Labex offererade i upphandlingen saknar den möjligheten, då högprioriterade (akuta) prover behandlas först efter att utrustningen har analyserat färdigt de tidigare inmatade proverna med normal prioritet. Labex anbudsförtydligande bekräftar bara det faktum att utrustningen inte har någon STAT-funktion, då de skriver inom parentes att STAT-funktionen fungerar så länge de tidigare inlagda ”normala” proverna inte har fått status pipettering. Eftersom proverna får status pipettering inom en minut från analysstart, innebär det att sjukvårdspersonal som ska handha utrustningen har en marginal på 30 sekunder efter att en ”normal” provanalys har startats för att sätta in ett akutprov. Därefter är det omöjligt att uppehålla den pågående processen för att analysera ett nytt prov, oavsett vilken prioritering det har. Labex medarbetare bekräftar i sitt meddelande att ” de tester som redan är i pipetterings status kommer att pipetteras först innan akutprovet kommer att starta”, eller med andra ord att utrustningen saknar en fullgod STAT-funktion som är vedertagen inom branschen. Det stämmer inte att regionen har lagt till ett krav gällande att STAT-proverna måste prioriteras framför redan pågående analyser. Det ligger i sakens natur att om ett pågående arbete pausas i syfte att påbörja och slutföra ett annat arbete (STAT-funktion) så har det senare arbetet per automatik fått högre prioritet. Således kan det inte vara frågan om att regionen i efterhand har ställt krav på hur STAT-funktionen ska vara utformad.

Regionens förväntan bygger på referensgruppens/utvärderingskommitténs samlade kliniska erfarenhet inom det aktuella området. Av rent praktiska skäl och med anledningen av komplexiteten av moderna medicinskt tekniska utrustningar, är det i princip omöjligt att redovisa och kvantifiera betydelsen av respektive kvaliteter som ska beaktas vid anbudets utvärdering. Likaså är det svårt att beskriva huruvida en uppgift som redovisas i anbudet ska bedömas uppfylla den regionens krav på ett förväntat sätt eller om kriteriet ska anses vara uppfyllt över förväntan. Upphandlingens utvärderingsmodell och i synnerhet påslagsberäkningen för ej uppfyllda kriterier borde vara lättbegriplig för en normalt omsorgsfull anbudsgivare. Ingen anbudsgivare inkom med frågor eller invändningar kring utvärderingsmodellen under anbudstiden. Regionen har använt sig av exakt samma utvärderingsmodell i andra upphandlingar av medicinskt teknisk utrustning de senaste åren utan att någon anbudsgivare har haft problem med att förstå hur modellen är uppbyggd eller på vilket sätt påslagsberäkningen sker. Den sammanvägda bedömningen i 3.2.1 och 3.2.2. i förfrågningsunderlaget innebär att de ”delpoäng” som anbudet erhåller för de olika aspekter som omfattas av utvärderingskriteriet mynnar ut i en helhetsbedömning avseende anbudets uppfyllnadsgrad av kriteriet i helhet, vilket framgår tydligt av utformningen och innehållet i kriteriepunkterna i förfrågningsunderlagets kravspecifikation. Även om förfrågningsunderlaget inte innehåller en detaljerad beskrivning över vad som krävs för tilldelning av en viss poäng, får förutsättningarna för poängsättningen ändå anses vara tillräckligt klara och tydliga för att varje rimligt informerad anbudsgivare, med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget som helhet och med beaktande av upphandlingsföremålets karaktär, ska kunna bilda sig en uppfattning om möjligheten att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Oavsett hur transparent och tydlig upphandlingens utvärderingsmodell bedöms vara, kan Labex inte komma att lida skada med anledning av att deras anbud förkastades på grund av det inte uppfyllde obligatoriska krav. Det var aldrig aktuellt för anbudsutvärdering. Även för det fall Labex uppfyllde

samtliga obligatoriska krav och inte blev förkastat, skulle Labex anbud fortfarande ha rangordnats som tvåa enligt anbudsutvärderingens utfall. Labex har inte lidit skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

Av 20 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Labex har anfört att deras anbud uppfyller det obligatoriska kravet i 2.1.1.5;

Utrustningarnas språk på display, instruktioner samt knappar ska vara på svenska och/eller utgöras av vedertagna symboler.

Av utredningen i målet framgår att utrustningen vid start ger instruktionerna på engelska på displayen. Labex har själva anfört att utrustningen vid uppstart i vissa fall väljer engelska på instruktionen, men att det med ett enkelt handgrepp går att ställa om till svenska. Utrustningen har vedertagna symboler. Förvaltningsrätten kan inte finna annat än att då Labex utrustning både har vedertagna symboler och svenska som språk, om än efter ett extra handgrepp, är det obligatoriska kravet 2.1.1.5 uppfyllt.

Labex har vidare anfört att anbudet uppfyller det obligatoriska kravet i 2.1.1.6:

Utrustningarnas BAS-test ska vara klar inom 30 minuter.

Regionens referensgrupp har i samband med utvärderingen genomfört praktiska tester av utrustningen. Utrustningen har då utfört BAS-test som samtliga överstigit tidsgränsen på 30 minuter. Det finns inte anledning att ifrågasätta testresultaten i den delen. Den av Labex åberopade filmen förändrar inte bedömningen. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Labex utrustning inte uppfyller det obligatoriska kravet i position 2.1.1.6 i förfrågningsunderlaget.

Vidare anför Labex att anbudet uppfyller kravet i 2.1.1.15:

Utrustningarna ska ha STAT-funktion för akutprov.

Av produktinformationen rörande den av Labex offererade produkten framgår att den har en STAT-funktion. Regionen har inte uppställt ytterligare krav på STAT-funktionen. Att den inte prioriterar akutproverna precis på det sätt som regionen avsett kan inte anses utgöra grund för att bedöma att Labex inte har uppfyllt det obligatoriska kravet i 2.1.1.15 i förfrågningsunderlaget såsom det har utformats. Labex får därmed anses ha uppfyllt det obligatoriska kravet i position 2.1.1.15 i förfrågningsunderlaget.

När det gäller utvärderingsmodellen finner förvaltningsrätten att det vid en upphandling av komplex medicinsk utrustning får anses vara befogat med en bedömning av de praktiska provningarna som ger en utvärderingen av

användarvänligheten som utmynnar i en helhetsbedömning av erfaren klinisk personal. Förvaltningsrätten finner att modellen är tillräckligt transparent för att uppfylla kraven i LOU.

Sammanfattningsvis måste en leverantör uppfylla samtliga obligatoriska krav i en upphandling för att anbudet ska kunna. Förvaltningsrätten finner att Labex inte har uppfyllt det obligatoriska kravet i position 2.1.1.6 i förfrågningsunderlaget. Ett anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav får inte beaktas vid utvärdering. Det har således varit korrekt av regionen att förkasta Labex anbud. Regionen har inte brutit mot någon av det grundläggande principerna i 4 kap. 1 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Labex har således inte lidit skada av regionens agerande. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därmed och ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Malin Toivainen
rådman

Föredragande: Sofie Bäckström



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rätts-tillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.

