



KONKURRENSVERKET	
2019-02-15	
Avd	
Dnr	
Konst	Aktbil

SÖKANDE

Roche Diagnostics Scandinavia AB

Ombud: Advokat Johan Linder Säverman och advokat Sascha Schachfischek
Wistrand Advokatbyrå

MOTPART

Landstinget Blekinge

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Landstinget Blekinge (Landstinget) har genomfört en upphandling avseende kemi- och immunologianalysatorer, mellanmjukvara samt preanalys. Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande. Genom tilldelningsbeslut den 5 oktober 2018 antog Landstinget Abbott Scandinavia AB (Abbott) som leverantör.

Roche Diagnostics Scandinavia AB (Roche) ansöker om överprövning av upphandlingen. Roche yrkar att rättelse ska ske genom att kvalificeringen görs om och anbudet från Abbott förkastas.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

Parterna har i huvudsak anfört följande.

Roche

Upphandlingen strider mot den grundläggande principen om likabehandling genom att Abbotts anbud har kvalificerats till utvärdering, trots att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. Av upphandlingsdokumenten framgår att om kylförvaringen är ur funktion skall det vara möjligt att manuellt lokalisera och hämta ut prover direkt ur kylförvaringen (punkt 2.2.4.1.19). Detta är ett obligatoriskt krav.

Enligt upphandlingsdokumenten finns även ett utvärderingskrav av följande lydelse. Åtkomst och säkerhet vid service av utrustningens olika funktioner, t.ex. prober, lampor, streckodsläsare/kameror tillmäts stor betydelse vid evalueringen av offererad utrustning. Bedömningen grundar sig på personalens möjlighet till access för utbyte av förbrukningsartiklar, att utföra förebyggande och/eller avhjälpande underhåll och eventuella risker i samband med detta. Enligt Landstingets utvärderingsprotokoll har nyssnämnda utvärderingskriterium bedömts enligt följande såvitt avser Abbotts anbud. Kylenheten har ingen lucka utan måste skruva bort paneler för access. I övrigt som förväntat. Det framgår således av Landstingets eget utvärderingsprotokoll att Abbotts kylenhet inte har någon lucka. Det framgår också av protokollet att man måste skruva bort paneler för att få access till kylenheten.

Den av Abbott offererade kylenheten är hermetiskt tillsluten. För att komma åt prover i enheten, om denna är ur funktion, måste en kåpa demonteras genom att ett flertal skruvar avlägsnas. Stege behövs för att komma åt vissa av skruvarna som är placerade på kylens ovansida. För att komma åt fler prover måste ytterligare paneler/kåpor avlägsnas. Dessutom kommer man inte åt alla prover även om samtliga paneler demonteras eftersom motorn och dess upphängningsanordning är i vägen. Demontering av dessa kan inte utföras av kund. Eftersom Landstinget inte har bestridit dessa uppgifter om tillvägagångssätt för att få ut prover är utgångspunkten att de är ostridiga i målet.

Tolkningen av det aktuella kravet ska göras på ett objektiverat sätt utifrån hur ordalagen kan uppfattas med hänsyn till de allmänna rättsprinciper som gäller för all offentlig upphandling (se NJA 2016 s. 358 punkt 14). Landstinget anför att direkt i sammanhanget innebär att medarbetare vid behov ska kunna hämta ut prover med sina egna händer, utan hjälp av verktyg eller andra medel, t.ex. pincett eller rörtång. Med denna tolkning av kravet är det uppenbart att den kylförvaring som offererats i vinnande anbud inte uppfyller det obligatoriska kravet. Landstinget vidhåller följaktligen att kravet inte är uppfyllt för vinnande anbudsgivare.

Enligt Svenska Akademiens ordlista betyder ”direkt” rak, utan omvägar, omedelbar. En objektiverad tolkning av uttrycket ger därmed vid handen att det finns både ett tidsmässigt och ett medelmässigt krav på åtkomst till proverna om kylförvaringen är ur funktion (dvs. i linje med vad Landstinget också har uppgett). Det är mot denna bakgrund uppenbart att en kyl som kräver sådan demontering som Abbotts, inte uppfyller kravet såsom det faktiskt har formulerats.

Det torde ligga i sakens natur att Landstinget vill ha åtkomst till proverna inom rimlig tid. Följaktligen borde även tidsaspekten vara av stor betydelse vid en objektiverad tolkning av kravet på direkt åtkomst. Även tidsaspekten talar för att vinnande leverantörs kylsystem inte uppfyller kravet. Såvitt Roche känner till är den enda kylförvaring som saknar dörr just den som Abbott och Siemens valt att offerera. Det är därför en felaktig slutsats från Landstingets sida att det skulle vara konkurrensbegränsande att upprätthålla kravet på direkt åtkomst.

Det kan därmed konstateras att det inte är möjligt att manuellt, dvs. utan verktyg, för landstingets medarbetare och inom rimlig tid komma åt samtliga provrör i den av Abbott och Siemens offererade kylan. Däremot kan Landstingets medarbetare, genom att använda det för ändamålet avsedda

handtaget, öppna dörren till det av Roche offererade kylsystemet och därmed få direkt åtkomst till provrören. Det är således uppenbart att Roches anbud – till skillnad från övriga två anbud – uppfyller kravet såsom det har angetts i upphandlingsdokumenten. De krav som angetts i en offentlig upphandling måste upprätthållas under hela förfarandet (se t.ex. rättsfallet HFD 2016 ref. 37 I-II).

Vid en förnyad kvalificering och utvärdering, där det ovan berörda kravet upprätthålls, skulle endast Roches anbud kvalificeras till utvärdering. Detta eftersom den kylförvaring som har offererats av den enda andra återstående anbudsgivaren är tillverkad av samma leverantör som den från Abbott.

Landstinget

Den utrustning Abbott offererade i sitt anbud uppfyller det obligatoriska kravet enligt dess ordalydelse och syftet som Landstinget ville uppnå med detta. Kravet stipulerar att det ska finnas möjlighet att hämta ut prover direkt ur kylförvaringen, dock utan att precisera hur, inom vilken tid eller av vem. Tolkningen som förordas av Roche medför den snedvridning av konkurrensen som Landstinget hade för avsikt att undvika med kravet. Landstingets bedömning av Abbotts anbuds uppfyllelse av kriterium 3.4.2 gäller åtkomst vid service av utrustning. Förfarandet vid manuell in- och uttagning av prover ur kylförvaringen har inte varit föremål för utvärdering i upphandlingen.

Ordet ”direkt”, enligt det obligatoriska kravets ordalydelse, har inte den mening som Roche återger i sin ansökan. ”Direkt” i sammanhanget innebär att medarbetare vid behov ska kunna hämta ut prover med sina egna händer, utan hjälp av verktyg eller andra medel, t.ex. pincett eller rörtång. Att i efterhand ge obligatoriska krav en extensiv tolkning eller en tolkning som saknar stöd i kravets ordalydelse och syfte, strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. I EU-domstolens dom i mål C-27/15 anger domstolen tydligt att likabehandlings- och transparensprincipen utgör hinder för den av

Roche anförda utfyllande tolkningen av det obligatoriska kravet. Vid en objektiviserad tolkning utifrån kravets ordalydelse är det svårt, för att inte säga omöjligt, att fastslå att kravets innebörd är den som Roche gör gällande.

Landstinget bestrider Roches beskrivning av förfarandet för manuell åtkomst till prover i Abbots kylförvaring. Detta p.g.a. att beskrivningen är irrelevant i förhållande till kravpunktens ordalydelse. Kravpunktens ordalydelse innehåller varken krav på vem som ska kunna hämta ut prover ur kylförvaringen om denna är ur funktion eller inom vilken tid proverna ska vara manuellt lokaliserade och uttagna. Inte heller reglerar kravet i vilken utsträckning som demontering av paneler är tillåten. Roches invändning mot den antagna anbudsgivarens kravuppfyllnad är således byggd på felkonstruktion och genom tillförande av nya kravmoment.

Möjligheten att manuellt komma åt prover i kylvärdet kommer endast att tillämpas för destruktion av prover, vilket inte är en tidsbunden aktivitet. För att ett anbud ska kunna förkastas, krävs enligt EU-domstolen att kravet ger uttryckligen stöd för bedömningen att anbudet inte uppfyller kravet. Så är inte fallet beträffande det nu aktuella kravet. Vid den praktiska utvärderingen av Abbots anbud har Landstinget verifierat att det obligatoriska kravet i punkt 2.2.4.1.19 är uppfyllt enligt Landstingets intention med kravställningen. Landstinget bestrider inte att även Roches anbud uppfyller det nu aktuella obligatoriska kravet. Förutom att Roches tolkning av kravet saknar stöd i kravets ordalydelse strider tolkningen och dess resultat mot transparens-, likabehandlings- och proportionalitetsprincipen. Landstingets beslut att anta Abbots anbud har inte i något hänseende brutit mot LOU:s regler.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphand-

lingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet.

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

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref 69). Det är som huvudregel den som ansökt om överprövning som har bevisbördan och som således ska visa att upphandlingen skett i strid med LOU och att sökanden lidit eller riskerat lida skada på grund härav (jfr HFD 2013 ref 53).

Förvaltningsrättens bedömning

Roche anser att Landstinget har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att anta Abbotts anbud trots att detta anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska krav. I förfrågningsunderlaget anges bl.a. att om kylförvaringen är ur funktion skall det vara möjligt att manuellt lokalisera och hämta ut prover direkt ur kylförvaringen (punkt 2.2.4.1.19). Landstinget har ansett att samtliga inlämnade anbud uppfyller det ifrågavarande kravet. Roche hävdar dock att det vid en objektivt tolkning är uppenbart att den av Abbott offere-rade kylen inte uppfyller kravet såsom det faktiskt har formulerats. Detta mot bakgrund av att Abbotts kyl kräver omfattande demontering för att prover ska kunna hämtas ut om kylförvaringen är ur funktion.

Av likabehandlingsprincipen följer att upphandlande myndighet inte kan efterge eller bortse från obligatoriska krav som uppställts i förfrågningsunder-

laget. För att bedöma om Landstinget har följt principen om likabehandling måste innebörden av det obligatoriska kravet i punkt 2.2.4.1.19 klargöras. Därefter är det möjligt att ta ställning till om Abbotts anbud uppfyller detta obligatoriska krav och om Landstinget har följt likabehandlingsprincipen.

Enligt förvaltningsrättens mening har det aktuella obligatoriska kravet inte formulerats på ett sådant sätt att det krävs att proverna måste kunna hämtas ut inom en viss tidsram eller av en specifik personalkategori. Det framgår inte heller av kravets utformning att proverna måste hämtas ut genom en viss åtgärd, endast att allt ska kunna hanteras manuellt. Kravet som uppställs i punkt 2.2.4.1.19 i förfrågningsunderlaget ska således enligt förvaltningsrättens mening tolkas så att det kan uppfyllas trots att det krävs vad rätten uppfattar som manuella (inte maskinella) demonteringsåtgärder för att hämta ut prover. Abbotts anbud får således anses uppfylla det nu aktuella kravet.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten inte att det framkommit eller gjorts sannolikt att Landstinget har handlat i strid med likabehandlingsprincipen genom att godta Abbotts anbud. Det saknas därmed skäl att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts. Överklagandet bör därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (FR-05)

Daniel Samuelson
lagman

Föredragande: Frida Karlsson



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 rättstillämpningen.
- 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.

1. The first part of the document discusses the importance of maintaining accurate records of all transactions and activities. It emphasizes that this is crucial for ensuring transparency and accountability in the organization's operations.

2. The second part of the document outlines the various methods and tools used to collect and analyze data. It highlights the need for consistent data collection practices and the use of advanced analytical techniques to derive meaningful insights from the data.

3. The third part of the document focuses on the role of technology in data management and analysis. It discusses how modern software solutions can streamline data collection, storage, and analysis processes, thereby improving efficiency and accuracy.

4. The fourth part of the document addresses the challenges associated with data management, such as data quality, security, and privacy. It provides strategies to mitigate these risks and ensure that the data remains reliable and secure throughout its lifecycle.

5. The fifth part of the document concludes by summarizing the key findings and recommendations. It stresses the importance of a data-driven approach in decision-making and the need for continuous monitoring and improvement of data management practices.