



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2

DOM
2015-10-29
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
6416-15

SÖKANDE

Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag, 556067-8194

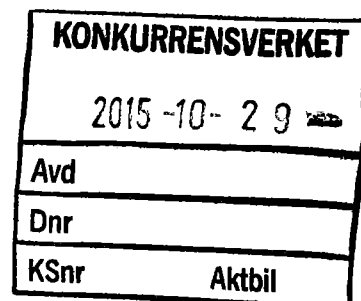
Ombud: Advokaten Sascha Schaeferdiek och
jur. kand. Louise St Cyr Linnarsson
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen, 232100-0131
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår yrkandet om muntlig förhandling och syn.

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen såvitt nu avser glukosteststicka integrerad får avslutas först sedan rättelse skett genom en ny anbudsutvärdering.

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en öppen ramavtalsupphandling av diabeteshjälpmiddel, dnr SN 112-2015.

Av bilaga till tilldelningsbeslut den 12 juni 2015 framgår att VGR avseende produktgrupp 2 (glukosteststicka integrerad) valt att teckna avtal med A. Menarini Diagnostics (Menarini).

YRKANDEN M.M.

Roche Diagnostics Scandinavia AB (Roche) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen avseende produktgrupp 2 får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Menarinis anbud ska förkastas. Vidare yrkas muntlig förhandling med syn av Menarinis blodsockermätare. Roche anför i huvudsak följande. Menarinis anbud uppfyller inte tre av de ska-krav som ställs i upphandlingen:

Blodprovtagare och lansetter, punkt 51

I punkt 51 i förfrågningsunderlaget anges att blodprovtagare och lansetter ska kunna beställas separat utöver startpaketet. Menarini har i sitt anbud angett att den offererade mätaren uppfyller kravet. Av bilaga till anbudet framgår dock att blodprovtagaren är helt integrerad i mätaren. Det är därmed inte möjligt att ta bort blodprovtagaren från mätaren. Som framgår av anbudet är hela syftet med mätaren att det ska vara en blodsockermätare utan lösa delar, en så kallad "all-in-one". Om blodprovsmätaren behöver ersättas måste således hela mätaren ersättas och det går inte att beställa blodprovtagaren separat. Menarinis anbud uppfyller därmed inte ska-kravet i punkt 51.

VGR uppger nu att syftet med ska-kravet under punkt 51 är att blodprovtagare och lansetter ska kunna beställas i efterhand om det uppstår behov. Det påstådda syftet återspeglas inte på något sätt i kravets ordalydelse. Man ska kunna beställa blodprovtagare och lansetter separat utöver startpaketet. Kravet på att blodprovtagare och lansetter ska kunna beställas separat utöver startpaketet kan inte rimligen tolkas på annat sätt än att det ska vara möjligt att beställa blodprovtagare och lansetter utan att man beställer ett startpaket. Även om kravet skulle uppfattas på så sätt att "det ska vara möjligt att beställa produkten i efterhand, om det uppstår behov av att komplettera" kan Menarinis anbud inte anses uppfylla kravet. Ett krav på att en viss produkt kan beställas i efterhand kan inte anses uppfyllt om produkten endast kan beställas som en integrerad del av en annan produkt. Ska-kravet att blodprovtagare och lansetter ska kunna beställas separat utöver startpaketet är klart, tydligt och enkelt för en anbudsgivare att förstå. Menarini uppfyller inte detta ska-krav. VGR har gjort en mycket välvillig tolkning av ska-kravet när man ansett att kravet är uppfyllt på grund av att det är möjligt att beställa en helt ny mätare (och därmed in-direkt en ny blodprovtagare). En sådan utvidgning av ett ska-krav strider mot principerna om transparens, förutsägbarhet och likabehandling. Ett ska-krav som är klart och tydligt ska inte kunna omtolkas till en leverantörs fördel.

Blodprovtagare, punkt 70

I anbudsmallen under fliken generell fältbeskrivning ställs bl.a. följande ska-krav:

I de positioner som är sammanslagna till en produktgrupp ska anbudsgivaren lämna anbud i alla positioner i produktgruppen för att anbudet ska beaktas, bortsett från de markerade med *.

För den aktuella produktgruppen har Menarini lämnat raden för blodprovtagare tom, trots att den inte är markerad med * och därmed inte undan-

tagen från ska-kravet. Menarini har inte heller fyllt i kolumnerna för blodprovtagare under fliken generell fältbeskrivning och därmed inte uppfyllt detta ska-krav.

Både förfrågningsunderlaget och anbudsmallen innehåller ska-krav att alla positioner som ingår i en produktgrupp ska besvaras för att anbudet ska godkännas och gå vidare till utvärdering.

VGR medger att Menarini inte har angett några uppgifter under position 70. Detta kan inte betyda annat än att Menarini inte har uppfyllt ska-kravet. VGR anger dock att man inte ansett att det förhållandet ”att det i den aktuella positionen inte har angetts något (...) vara ett utelämnande av uppgift”. VGR tar sig genom denna argumentation i praktiken friheten att bortse från ett ska-krav vilket inte är förenligt med LOU.

Under avsnittet sammanfattning i sitt yttrande anger VGR att man anser att det här relevanta kravet är uppfyllt ” genom att information ingår tidigare i anbudet”. Förmodligen menar VGR att Menarini ska anses ha lämnat uppgifter under position 70 genom att Menarini under position 50 lämnat uppgifter avseende glukosmätaren som ju innehåller blodprovtagare. För det första kan dock kravet på att lämna anbud för alla produkter inom en produktgrupp (bl.a. blodprovtagare) inte anses vara uppfyllt genom att anbud lämnas för någon annan produkt inom produktgruppen (blodglukosmätare). För det andra är anbudsmallen upplagd på så sätt att anbud ska lämnas för varje produkt avseende den uppskattade årsförbrukningen för respektive produkt. Årsförbrukningen avseende blodglukosmätare har angetts med 1 500 st. per år och för blodprovtagare med 100 st. per år. Menarinis anbud för årsförbrukningen av mätare (1 500 st.) kan således inte tolkas på så sätt att den samtidigt innehåller den uppskattade årsförbrukningen av blodprovtagare.

Genom det ställda ska-kravet efterfrågas en funktionalitet som Menarinis mätare inte tillhandahåller, då man måste beställa en helt ny mätare om blodprovtagaren måste bytas ut. Avsaknaden av uppgifter under position 70 är således inte en konsekvens av att Menarinis mätare är en "all-in-one" mätare utan en konsekvens av att Menarinis mätare saknar en efterfrågad funktionalitet.

Huruvida det är möjligt för en anbudsgivare att fylla i uppgifter har ingen betydelse för uppfyllandet av det relevanta ska-kravet. Ska-kravet föreskriver att anbudsgivaren ska besvara alla positioner i produktgruppen för att anbudet ska beaktas. Menarini har inte uppfyllt detta. En upphandlande myndighet kan inte ursäktas en anbudsgivares brist vad gäller uppfyllandet av ett ska-krav i ett förfrågningsunderlag med att det inte var möjligt för anbudsgivaren att uppfylla kravet.

Batteribyte, punkt 26

Av punkt 26 under fliken *Glukosteststicka integrerad* framgår att mätaren ska klara av att vid batteribyte som sker inom 60 sekunder behålla aktuell tid, datum, lagrade resultat och valt språk i mätaren. Menarini har i sitt anbud anggett att kravet är uppfyllt. Det är dock felaktigt. En representant från Roche har varit hos VGR den 17 juni 2015 och testat det varuprov som Menarini gett in tillsammans med anbudet, varvid konstaterades att mätaren inte behöll de aktuella uppgifterna vid batteribyte som skedde inom 60 sekunder, utan uppgifterna gick förlorade. Roche har vid egna tester av mätaren Mendor Discreet funnit att mätaren tappar tid och datum om batteribytet genomförs när mätaren är påslagen. Stänger man däremot av mätaren helt och hållet innan batteribytet görs kvarstår tid och datum. Detta är den troliga förklaringen till att Menarinis mätare vid testet den 17 juni i 50 procent av fallen inte behöll inställningarna vid batteribyte.

Menarinis mätare uppfyller således inte ska-kravet i punkt 26 eftersom inställningarna försvinner vid batteribyte om bytet genomförs när mätaren är påslagen. Många patienter byter batteriet medan mätaren är påslagen. Att mätaren förlorar inställningarna om batteribytet görs på detta sätt är därför en brist med stor praktisk relevans. Såvitt Roche kan se finns det ingen hänvisning till detta i bruksanvisningen till mätaren. Menarinis anbud uppfyller således inte kravet enligt punkt 26 i kravspecifikationen.

Enligt praxis får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget. Detta gäller även om uppgifterna blivit kända först i samband med en överprövningsprocess. Ska-kravet är inte att produkten ska klara ett test under utvärderingen utan ska-kravet är att produkten faktiskt har den efterfrågade funktionaliteten. – Roche åberopar syn av Menarinis mätare vid en muntlig förhandling för att visa att Menarinis mätare inte uppfyller ska-kravet. Roche yrkar att rätten för detta ändamål förelägger VGR att till förvaltningsrätten överlämna Menarinis varuprov av mätaren.

Sammanfattningsvis är Roche och Menarini de enda anbudsgivarna avseende den aktuella produktgruppen. VGR har felaktigt bedömt att Menarini har uppfyllt ska-kraven och därmed utvärderat det, men skulle rätteligen ha förkastat det. Roche hade då som enda anbudsgivare tilldelats kontraktet avseende den aktuella produktgruppen. Roche riskerar således att lida skada på grund av att VGR felaktigt utvärderat Menarinis anbud.

VGR anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför i huvudsak följande. VGR har inte agerat i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i samma lag.

Blodprovtagare och lansetter, punkt 51

Enligt punkt 51 under "Generella krav" ska blodprovtagare och lansetter kunna beställas separat utöver startpaketet. Vinnande leverantör har besvarat detta krav med att offererad produkt uppfyller kravet. Av anbudet framgår att blodprovtagaren och mätaren är integrerade med varandra. Detta innebär att det i stället för två apparater är fråga om en. VGR instämmer därmed med vad bolaget anför i fråga om att det handlar om en "all-in-one"-produkt. Syftet med det ställda kravet är dock att det ska vara möjligt att beställa produkten i efterhand, om det uppstår behov av att komplettera. Det är möjligt med det vinnande anbudet genom att beställa en ny så kallad kassett där både provtagare och mätare är integrerade i samma produkt.

Blodprovtagare, punkt 70

Det stämmer att Menarini inte har lämnat någon uppgift avseende position 70, blodprovtagare. VGR har dock inte ansett att det varit fråga om ett utelämnande av uppgift till följd av att produkten som vinnande leverantör offererar är en integrerad glukosmätare där både blodprovtagaren och mätaren sitter ihop. Det innebär att det inte är möjligt att fylla i någon uppgift på den aktuella positionen, eftersom den efterfrågade provtagaren redan är offererad tidigare i anbudet. Det ska inte tolkas som att leverantören utelämnar uppgifter eftersom kravet är uppfyllt genom att informationen ingår tidigare i anbudet.

Batteribyte, punkt 26

Menarini har i sitt anbud angett att ska-kravet avseende batteribyte är uppfyllt. VGR har i samband med utvärderingen testat produkten och inte haft

någon annan uppfattning än att den uppfyller kravet. Det är inte proportionerligt att VGR, som testat produkten och fått godkänt resultat, ska utesluta den vinnande leverantören på grund av att en konkurrent provat deras produkt och då fått ett annat resultat. De prover som VGR utför i samband med sin utvärdering är tydliga för alla och ger alla leverantörer samma förutsättningar. Att en konkurrent kommer fram till ett annat resultat kan inte ligga till grund för uteslutning till förmån för konkurrentens produkt. Det finns inte heller något stöd för att VGR skulle vara tvungna att följa vad en konkurrerande leverantör finner i sina tester av andra leverantörers produkter.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Ska-krav som anges i förfrågningsunderlaget måste vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska utvärdera anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller frånfalla förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. ska-krav, eftersom det skulle strida mot principerna om ett öppet förfarande eller likabehandling.

Blodprovtagare

VGR genomför en upphandling av diabeteshjälpmedel omfattande bl.a. *glukosteststicka integrerad*. I bilaga till förfrågningsunderlaget anges att till denna ska blodprovtagare kunna offereras separat och att priset för en sådan ska redovisas i anbudsmallen. Parterna är ense om att Menarini inte har offererat blodprovtagare och inte heller har redovisat en sådan på använt sätt. VGR har emellertid trots dessa brister ändå ansett att anbudet från Menarini uppfyller nämnda ska-krav. Av anbudet går det dock överhuvudtaget inte att utläsa att blodprovtagare har offererats och än mindre eventuell kostnad för en sådan. VGRs extensiva tolkning av Menarinis anbud framstår därför som alltför långtgående för att anses kunna stå i överensstämmelse med de grundläggande principerna i LOU. VGRs förfarande att utvärdera Menarinis anbud avseende *glukosteststicka integrerad* trots nu konstaterade brister står därför i strid med 1 kap. 9 § LOU.

Batteribyte

VGR har vid sitt test av produkten i samband med utvärderingen funnit att mätaren uppfyller ska-kravet på att aktuell tid, datum, lagrade resultat och valt språk ska finnas kvar i mätaren vid batteribyte som sker inom 60 sekunder. Skäl att anta att detta test har utförts på ett felaktigt sätt har inte uttryckligen gjorts gällande i målet. De negativa testresultat som därefter har erhållits och som nu återopas av Roche kan, som Roche nu har upplyst om, förklaras med förfaringssättet vid batteribytet. Några specifika krav på

bruksanvisningens innehåll ställs inte upp i kravspecifikationen. De tester som genomförts efter utvärderingen och invändningen om en bristfällig bruksanvisning kan därför inte läggas till grund för att förkasta Menarinis anbud.

Sammanfattningsvis innebär det som Roche anför och har visat att anbudet från Menarini inte uppfyller alla ska-krav genom att inte ha offererat blodprovtagare, varken separat eller integrerat, och inte heller ha fyllt i anbudsmodellen på ett korrekt sätt. VGR har genom att utvärdera och anta anbudet från Menarini brutit mot främst principerna om öppenhet och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Roche har därigenom lidit skada eller riskerat att lida skada. Med hänsyn härtill föreligger skäl för att besluta att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts genom en ny anbudsutvärdering avseende *Glukosteststicka integrerad*.

Vid denna utgång och med beaktande av vad som angetts ovan får en muntlig förhandling och syn anses vara uppenbart obehövlig. Detta yrkande ska därför avslås.

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



Ann Rittri

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.