



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UMEÅ**

DOM
2010-11-18
Meddelad i
Umeå

Mål nr
2528-10 E
Kansli 1

SÖKANDE

Rubin Medical AB, 556667-6721
Box 30044
200 61 Limhamn

Ombud: Advokat Magnus Myrbäck
Setterwalls Advokatbyrå i Malmö AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPARTER

1. Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

2. Jämtlands läns landsting
Box 654
831 27 Östersund

3. Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

Ombud för 2 och 3: Anders Pihl
Västerbottens läns landsting
901 89 Umeå

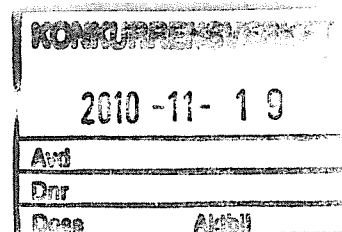
SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrätten upphäver de interimistiska besluten.



Dok.Id 7374

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|-------------|--------------|--|--------------|----------------------------|
| Box 193 | Nygatan 45 | 090-17 74 00 | 090-13 75 88 | måndag – fredag |
| 901 05 Umeå | (Tingshuset) | E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se | | 09:00-12:00 13:00-15:00 |

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstingen i Västerbottens län, Västernorrlands län och Jämtlands län (härefter benämnda Landstingen) har infortrat anbud på diabetestekniska hjälpmedel och, såvitt avser den del av upphandlingen som rör kanyl till insulinpenna (position 33), beslutat att anta det anbud som lämnats av NordicInfu Care AB. - Vid upphandlingen har använts öppet förfarande.

Rubin Medical AB (Rubin) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen, i den del som avser kanyl till insulinpenna, får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Landstingen bestrider bifall till ansökan.

Genom interimistiska beslut den 13 september 2010 har förvaltningsrätterna i Umeå och Härnösand förordnat att upphandlingen, såvitt avser den del av upphandlingen som rör kanyl till insulinpenna och som gäller Västerbottens läns landsting, Landstinget Västernorrland och Jämtlands läns landsting, inte får avslutas innan något annat har beslutats.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER I DETTA MÅL

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)

En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. (12 kap. 1 § första och andra styckena LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU 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. (16 kap. 2 § första stycket LOU)

UTREDNINGEN

Landstingens förfrågningsunderlag och utvärdering av anbudet

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

1.10 Upphandlingskontrakt

Efter tilldelningsbeslutet tecknas ett upphandlingskontrakt med antagen leverantör, alternativt antagna leverantörer. Avtalet utgörs av ett skriftligt kontrakt som baseras på innehållet i detta förfrågningsunderlag och antaget anbud.

1.10.1 Ramavtal med flera leverantörer – med alla villkor fastställda

Ramavtal kan komma att tecknas med flera leverantörer för specifik produkt eller produktgrupp.

Avrop kommer att ske enligt särskild fördelningsnyckel, vilket innebär att patientens behov kommer att styra fördelningen mellan de antagna leverantörerna.

3.1 Kvalificering av leverantör

Leverantören prövas mot de kvalificeringskrav som ställs enligt förfrågningsunderlaget.

3.2 Kvalificering av obligatoriska krav

Kvalificerade leverantörer prövas avseende obligatoriska krav som ställs på anbudet och efterfrågad tjänst.

3.3 Utvärdering av anbud

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt ovan, kommer de anbud att antas som är de för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga. Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal utvärderingskriterier (bör-krav), markerade med fetstil ”bör”, som kommer att bedömas vid utvärderingen av anbud. Respektive anbuds relativa avvikelse från högsta betyg, dvs. ett procenttal mellan 0 till 100 multipliceras med anbudets pris. Det erhållna beloppet utgör anbudets pristillägg för börkravuppfyllnaden. Detta belopp läggs till respektive anbudspris. Vid flera decimaler kommer avrundning att ske till två (2) decimaler. Det erhållna beloppet kallas utvärderingspris. Det anbud som har det lägsta utvärderingspriset kommer att väljas som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid lika utvärderingspris väljs det anbud som har högsta betyg i börkrav.

Av Landstingens tilldelningsbeslut inklusive bilagor framgår bl.a. följande. Vad gäller position 33, kanyl till insulinpenna, har Landstingen beslutat att anta det anbud som lämnats av Nordicinfu Care. Som kommentar har angetts att två anbudsgivare har samma pris och att lottning har genomförts.

Parternas anföranden

Rubin anför bl.a. följande.

I de Administrativa föreskrifterna anges att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer att antas. I Mall för upphandlingskontrakt anges emellertid att flera leverantörer kan komma att antas (parallella ramavtal). Vidare anges att avrop från parallella ramavtal kommer att göras enligt följande fördelningsnyckel: "Avrop sker beroende på den medicinska professionens bedömning av den enskilde patientens behov".

Förfrågningsunderlaget sätter upp ramarna för upphandlingen. Det ska vara utformat så att anbudsgivare kan förutse vilken metod för tilldelning som de upphandlande myndigheterna kommer att använda sig av. Förfrågningsunderlaget ska ge potentiella anbudsgivare möjlighet att avgöra om de vill lägga resurser på att delta i upphandlingen och hur anbud ska utformas för att bäst motsvara ställda krav.

Landstingen har i förutsättningarna för upphandlingen angett att flera anbud kan antas och också gjort det beträffande ett flertal positioner. Beträffande position 33, kanyl till insulinpenna, har, efter lottning, endast anbud från Nordicinfu Care antagits.

Det framgår inte av förfrågningsunderlaget i vilka fall flera anbud kommer att antas. Det strider mot principerna om transparens och likabehandling att i vissa fall anta flera anbud och i andra fall bara ett, utan att i förväg ange att så kommer att ske samt enligt vilka kriterier val mellan dessa alternativ sker. Att lottning i vissa fall är en tillåten metod att skilja anbud åt saknar relevans för bedömning av denna fråga.

Landstingen har beträffande position 33 inte antagit Rubins anbud trots att det haft lägst pris och att Landstingen beträffande ett flertal andra positio-

ner i enlighet med förutsättningarna i Mall för upphandlingskontrakt antagit flera anbud. Det är uppenbart att detta medför risk för skada för Rubin.

Som Rubin uppfattar Landstingens inställning görs gällande att man ägt rätt att tillämpa olika metoder för tilldelning med anledning av att produkterna i position 33, till skillnad från produkterna i positionerna 15, 16, 17, 29 och 32, varit utbytbara. De skäl Landstingen anför för olika metod för tilldelning för olika positioner saknar förankring i förfrågningsunderlaget och strider mot de grundläggande principerna i LOU.

Vidare är Landstingens beskrivning av orsaken till olik behandling felaktig i sak. Produkterna i position 29 och 32 är helt utbytbara och tillgodoser fullt ut samma behov. Beträffande positionerna 16 och 17 är vissa produkter helt identiska. Varför Landstingen ändå valt att anta samtliga produkter framgår inte.

Beträffande produkterna i position 33 kan dessa visserligen sägas vara utbytbara i den bemärkelsen att de passar till samma insulinpennor. Det kan däremot ifrågasättas om de tillgodoser samma behov. Rubins produkt har till exempel olika färgmarkeringar för olika längder på kanylen, vilket gör att patienten lätt kan identifiera dem. Nordicinfu Cares produkt saknar sådan färgmarkering. I en tidigare upphandling medförde detta att anbudet med Nordicinfu Cares produkt inte antogs.

Utan stöd i förfrågningsunderlaget har Landstingen avseende position 33 lottat mellan produkter som är olika och avseende flera andra positioner antagit identiska produkter från flera leverantörer.

Landstingen anför bl.a. följande.

Av de sex anbud som inkom gällande position 33 hade anbuden från Rubin och Nordicinfu Care samma utvärderingspris. För denna position finns inga utvärderingskriterier utan endast skall-krav. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är således det som har det lägsta anbudspriset. Då anbudet inte kunde särskiljas på annat sätt tillämpade Landstingen lottning. Lottning är ett i praxis tillåtet sätt att särskilja anbud med samma pris eller poäng, vilket framgår av Regeringsrättens avgörande RÅ 2009 ref 60.

Rubin jämför med position 32 Insulinpennor och anför att man inte förstår varför bara en anbudsgivare antagits för position 33. Anledningen är att insulinpennorna bara passar till vissa sorters insulin. Landstingen måste därför anta samtliga anbud för att tillgodose behovet av insulinpennor. Även för positionerna 15, 16, 17 och 29 föreligger den situationen att ingen leverantör ensam kan tillgodose Landstingens behov. De jämförelser som Rubin gör över tilldelningen av kontrakt för andra positioner i upphandlingen saknar dock relevans för rättens prövning av den i målet aktuella frågan och ska enligt Landstingens mening bortses från.

Beträffande position 33 passar alla kanyler till samtliga på marknaden förekommande fabrikat av insulinpennor. På denna position finns således inte någon anledning att anta fler än en leverantör. Eftersom Landstingen funnit att en leverantör ensam kan fylla behovet för denna position har, helt i enlighet med vad som framgår av förfrågningsunderlaget, en leverantör antagits. Då Landstingen på objektiva grunder antagit endast en leverantör på position 33 och använt en tillåten metod för att särskilja de två likvärdiga anbudet har Rubin inte lidit någon skada och ansökan ska avslås.

DOMSKÄL

Rubin gör i huvudsak gällande att Landstingen, genom att beträffande position 33 endast anta ett anbud och beträffande flera andra positioner anta flera anbud, agerat i strid mot principerna om likabehandling och transparens.


Förvaltningsrätten noterar att det under punkten 1.10 i förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter anges att efter tilldelningsbeslut tagits kommer upphandlingskontrakt att tecknas med antagen leverantör alternativt antagna leverantörer. Under punkten 1.10.1 anges att ramavtal kan komma att tecknas med flera leverantörer för specifik produkt eller produktgrupper. Under punkten 3.3 anges att de anbud som är de ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas. Utifrån de sistnämnda formuleringarna synes presumtionen/utgångspunkten vara att ett anbud kommer att antas för specifik produkt eller produktgrupp. Denna tolkning av förfrågningsunderlaget förstärks också av hur Landstingen sedermera agerat. Av tilldelningsbeslutets upphandlingsrapport framgår nämligen att endast ett anbud antagits beträffande flertalet av positionerna. Även med beaktande av att underlaget sålunda ger stöd för att utgångspunkten varit att endast ett anbud per position skulle antas hade det varit en fördel om i förfrågningsunderlaget getts viss vägledning om när flera anbud skulle kunna komma att antas.

Förvaltningsrätten anser således att förfrågningsunderlaget ger stöd för att avsikten varit att i normalfallet anta ett anbud per position. Beträffande position 33 har två anbudsgivare, Rubin och Nordicinfu Care, samma utvärderingspris. Enligt vad Landstingen obesträtt anfört finns inte något börkrav avseende nämnda position. Det finns således inte någon möjlighet att särskilja anbuden med hänsyn till hur väl börkrav uppfylls. Något principiellt hinder mot att i en sådan situation skilja anbuden åt genom lottning

finns inte, jfr RÅ 2009 ref 60. Det har vidare inte framkommit någon omständighet som ger anledning att anta att lottningen utförts på ett sätt som inte kan godtas.

På grund av det anförda kan ansökan inte bifallas.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1C LOU)


Björn Johansson
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 3109/1C LOU