



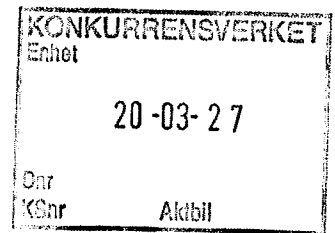
SÖKANDE

Abbott Scandinavia Aktiebolag, 556046-6137

Ombud: Advokaterna Per-Owe Arfwedson och Lina Håkansson Kjellén
Bokwall Rislund Advokatbyrå KB
Skeppsbron 32
111 30 Stockholm

MOTPART

Region Uppsala
Box 602
751 25 Uppsala



SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Uppsala (Regionen) genomför upphandling avseende *Analys-automat*, dnr UPPH2019-0339. I tilldelningsbeslut den 6 december 2019 har anbud från Abbott Scandinavia Aktiebolag (bolaget) förkastats och anbud från Roche Diagnostics Scandinavia AB (Roche) antagits. På andra plats i upphandlingen kom anbud från Siemens Healthcare AB (Siemens).

Bolaget ansöker om omprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Till stöd för sin talan anför bolaget bland annat följande.

Bolagets kravuppfyllnad

Regionen har bedömt att bolaget inte uppfyllde kravspecifikationens punkt 3.3a-d om att i en skiss rita ut nuvarande funktioner (mottagning, arbetsstationer, utsortering, blodgasinstrument och diverse analyser). Det har dock inte kommit till uttryck i kravspecifikationen att 3.3a-d ska vara uppfyllda vid anbudsinlämnandet. I punkt 3.3a anges att anbudsgivaren ska till *verksamheten* bifoga layout/ritning. Verksamheten är de som använder tjänsten och något annat än Regionens upphandlingsenhet. Det ligger därför närmast till hands att förstå kravet som att ritningen ska ges in på anmodan eller efter avtalstecknandet. Till anbudet har bifogats en ritning upplysningsvis där bolaget har ritat in det offererade automationssystemet och övriga delar som bedömts möjliga att rita ut på ett för Regionen ändamålmässigt sätt. De funktioner som nämns i punkt 3.3b har dock medvetet utelämnats, dels eftersom bolaget inte uppfattade det som ett obligatoriskt krav att bifoga ritningen till anbudet och dels eftersom det inte funnits något syfte med att rita in funktioner helt utan koppling till respektive funktions faktiska mått. Regionen har angett arean på respektive funktion som ska ritas in uttryckt i kvadratmeter men arean säger inget om de faktiska måtten och är därmed inte tillräcklig för att anbudsgivarna ska kunna rita in funktionerna på ett för

Regionen användbart sätt. Eftersom Regionens avsikt med kravet inte kommer till uttryck i kravspecifikationen brister kravet i transparens. Ett krav som inte uppfyller sitt syfte är vidare oproportionerligt. Så som kravet utformats har Regionen varit förhindrad att förkasta ett anbud baserat på att de inritade funktionerna inte varit realistiska eller bedömts manipulerade.

Poängsättning

Regionens påstår att bolagets anbud även ska förkastas på grund av hur bolaget fyllt i poängsättningen på offererade analyser. Eftersom det inte har angetts att eventuell felaktig poängsättning kommer att leda till att anbudet förkastas vore ett sådant agerande i strid med transparensprincipen. Prisformuläret har vidare innehållit motstridiga uppgifter ifråga om hur poängsättningen ska fyllas i. Bolaget har följt instruktionerna och kan inte straffas för att Regionen slarvat och angett motstridiga instruktioner.

Utvärderingsmodellen

Utvärderingen av anbuden har skett utifrån det bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Anbudsgivare skulle ange pris per analys vilket summerades till en totalkostnad. Till totalkostnaden adderades ett påslag i kronor baserat på hur väl anbudsgivaren uppfyllde vissa kvalitetsparametrar (börkraven). Anbudsgivarna fick också ett avdrag i kronor om de kunde offerera vissa analyser utöver det kravställda grundutbudet. Efter påslag och eventuellt avdrag erhöles ett justerat pris. Anbudet med det lägsta justerade priset tilldelades kontrakt.

Regionen har delat upp de analyser som efterfrågats inom ramen för upphandlingen i fyra kategorier.

Kategori 1 innefattar 63 olika analyser och uppskattas totalt till över 3 miljoner analyser/år. Alla analyser i kategori 1 är obligatoriska att offereras

och priset per analys utvärderas.

Kategori 2 innefattar 40 olika analyser och uppskattas totalt till drygt 150 000 analyser/år. Det är inte obligatoriskt att offerera dessa analyser. Analyserna i kategori 2 ska prissättas och utvärderas dels baserat på pris/analys, dels baserat på kvalitet/mervärdespoäng där analyser som offereras ger en positiv poäng och analyser som inte kan offereras ger minuspoäng.

Kategori 3 och 4 innefattar 5 respektive 4 analyser och Regionens behov av dessa uppskattas totalt till ca 4 000 analyser/år respektive ca 700 analyser/år. Analyserna i kategori 3 och 4 ska inte prissättas utan utvärderas endast utifrån kvalitet/mervärde. En anbudsgivare som offererar alla analyser inom kategori 3 eller 4 tilldelas ett avdrag vilket uppgår till 10 miljoner kronor för kategori 3 och 2 miljoner kronor för kategori 4. Anbudsgivare som bara kan offerera några analyser inom respektive kategori tilldelas inget mervärde utan avdraget förutsätter att alla analyser inom kategorin offereras.

Det är allmän kunskap på marknaden att det endast är Roche som kan tillhandahålla alla analyser i kategori 3 och 4. Utvärderingsmodellen har alltså medfört att Roche garanterats en konkurrensfördel i upphandlingen genom avdrag motsvarande 12 miljoner kronor. Därutöver har Roche även fått en fördel genom att analyserna i kategori 3 och 4 inte behöver prissättas utan endast utvärderas utifrån kvalitet/mervärde. Detta innebär att Roche kan sänka sitt pris inom kategori 1 och 2, och kompensera sig med högre priser för kategori 3 och 4. Eftersom priset på analyser i kategori 3 och 4 inte utvärderas ges Roche härigenom en klar konkurrensfördel som negativt drabbar övriga anbudsgivare.

För analyser i kategori 2 Regionen poängsatt anbuderna utifrån hur många analyser som anbudsgivarna kan tillhandahålla och på vilket sätt. Varje analys som inte kan tillhandahållas medför att anbudsgivaren förlorar två mervärdespoäng. Mervärdespoängen har inte haft något på förhand fastställt värde i upphandlingen utan värdet på en poäng är kopplat till anbuds-

summan och har därmed varierat mellan anbudsgivarna. I och med att utvärderingen av kategori 2 utgått från de enskilda analyserna, har följden av att en anbudsgivare inte kunnat offerera en analys i kategori 2 varit ett påslag på ca 1 miljon kronor (förlust av 2 mervärdespoäng). Detta utgör en betydande skillnad gentemot utvärderingen av kategori 3 och 4 där en anbudsgivare som inte kan offerera en analys går miste om hela mervärdet för den kategorin, dvs. ett avdrag om 10 miljoner respektive 2 miljoner kronor. Konsekvensen av att inte kunna offerera en enda analys blir således betydligt mer betungande för anbudsgivarna. Det saknas objektiva skäl som kan motivera denna skillnad i utvärdering och viktning av analyserna i de olika kategorierna. Det gäller i synnerhet mot bakgrund av att analyserna i kategori 3 och 4 är betydligt färre än analyserna i kategori 2, både till antal olika analyser och till antal analyser/år. Grunderna för Regionens indelning är oklara och avsaknaden av objektiva skäl blir särskilt tydligt vid beaktande av att Regionen tillämpat en annan utvärderingsmodell i en tidigare upphandling som avbröts efter att bolaget ansökt om överprövning. I den avbrutna upphandlingen poängsattes analyserna i kategori 3 på samma sätt som analyserna i kategori 2. Den ändrade utvärderingsmodellen har varit direkt avgörande för att Roche fått lägst justerat pris och tilldelats uppdraget i den omgjorda upphandlingen. Om anbudsgivarna tilldelats mervärde baserat på de analyser de faktiskt kan tillhandahålla och inte utifrån Regionens konstgjorda och godtyckliga uppdelning, hade resultatet i upphandlingen med all sannolikhet sett annorlunda ut.

Regionen har uppgett att summan för mervärdesavdragen baserats på kostnaden för en separat upphandling av utrustning för att tillgodose Regionens behov av analyserna. Av Regionens beräkningar framgår att de största kostnadsposterna består av utrustning (drygt tre miljoner kronor) samt personalkostnader för hantering av den extra utrustningen (sex miljoner kronor). Kostnaden för utrustningen är högre än vad andra upphandlande myndigheter betalat för denna typ av utrustning och dessutom

baserad på en dyrare typ av utrustning än Regionen behöver för att tillgodose det begränsade behovet av analyser i kategori 3 och 4. Regionen har även kraftigt överskattat behovet av personal för den extra utrustningen. Kostnaden för extra utrustning är baserat på instrumentet *Cobas e 801* från Roche. Det offererade priset för denna utrustning är betydligt högre än vad andra regioner betalat för samma typ av instrument. Att Regionen godtar offerten utan anmärkning och lägger den till grund för utformningen av utvärderingsmodellen utgör inte ett sakligt eller objektiva agerande. Det finns betydligt billigare instrument än *Cobas e 801* som är tillräckliga för att tillgodose Regionens behov.

Bolaget bestrider vidare påståendet om att Regionens behov av analyser i kategori 2 kan lösas på ett enklare sätt än vad som gäller för analyser i kategori 3 och 4. Kategori 2 innehåller betydligt fler analyser än kategori 3 och 4. För vissa av dessa analyser stämmer det att de kan tillhandahållas genom tredjepartsanalyser, men inte för alla. Exempelvis kan analysen hCG total (indikation cancer) inte tillhandahållas genom tredjepartsanalys. Om vinnande anbudsgivare inte kan tillhandahålla hCG total kan det alltså krävas en till upphandling för att anskaffa ett instrument för den analysen eftersom Regionen inte anser skickeprover utgöra ett möjligt alternativ. Som Regionen själv anger kan inte alla potentiella leverantörer tillhandahålla samtliga analyser i kategori 2 och det är bara tre av fyra som har kapacitet "för samtliga eller nästan samtliga analyser". Det har alltså förelegat en betydande risk att vinnande leverantör inte har kapacitet för samtliga analyser i kategori 2 och att några av de saknade analyserna inte kunnat tillhandahållas genom tredjepartsanalyser. Därmed har det saknats objektiva skäl för Regionens uppdelning av analyserna och för skillnaden i utvärdering mellan de olika kategorierna. Regionen nämner även "medicinsk bedömning som leder till annat tillhandahavande av specifik analyt" som ett alternativt sätt att lösa behovet. Det är oklart vad Regionen menar med detta, men det bestrids att detta skulle kunna utgöra en alternativ lösning. Regionen har inför upp-

handlingen identifierat ett behov av specifika analyser och då måste man utgå från att behovet faktiskt föreligger.

Anbuden från Roche och Siemens

Roche och Siemens har inte besvarat samtliga obligatoriska krav i upphandlingen varför anbuden rätteligen skulle ha förkastats.

Varken Roche eller Siemens har besvarat kravspecifikationens punkt 11.9 direkt i kravspecifikationen eller hänvisat till någon annan bilaga där den efterfrågade redogörelsen finns. Regionens påstående om att kravet i punkt 11.9 är uppfyllt genom de säkerhetsdatablad som de båda anbudsgivarna skickat in i förhållande till börkravet i punkt 11.1 är felaktigt eftersom kraven tar sikte på olika saker. Anbudsgivarnas svar i förhållande till kravet i punkt 11.1 är därför inte tillräckligt för att kravet i punkt 11.9 ska kunna anses besvarat. Kravet i punkt 11.1 innebär att anbudsgivarna ska lämna säkerhetsdatablad för *samtliga* kemiska produkter som klassificeras som hälso-, brand- eller miljöfarliga alternativt som innehåller sådana ämnen som kräver säkerhetsdatablad. Kravet innefattar således samtliga farliga kemiska produkter som ingår i tillhandahållandet av tjänsten oavsett var de förekommer och oavsett om personalen kan komma i kontakt med ämnena eller inte. Kravet i punkt 11.9 har ett snävare fokus och innebär att anbudsgivarna i ett första steg ska besvara frågan om Regionens personal kan komma i kontakt med farliga kemiska produkter i samband med hanteringen av utrustningen. Om svaret på frågan är jakande ska anbudsgivaren lämna information om vilka kemiska produkter det gäller och bifoga lämpliga hanterings- och skyddsinstruktioner.

Regionen tycks mena att båda kraven omfattar samma farliga kemiska produkter, dvs. att man kan sätta likhetstecken mellan förekomsten av en farlig kemisk produkt och möjligheten att Regionens personal kommer i kontakt med denna produkt. Detta stämmer dock inte. Enligt punkt 11.8 har det utgjort ett obligatoriskt krav i upphandlingen att personalen inte ska

kunna komma i kontakt med vissa farliga ämnen i utrustningen. Detta innebär att utrustningen kan innehålla vissa kemiska produkter som är farliga, och därmed omfattas av kravet i punkt 11.1, men som personalen inte kommer komma i kontakt med vid hantering av utrustning och således inte omfattas av kravet i punkt 11.9. Även utan beaktande av kravet i punkt 11.8 kan utrustningen vara utformad på så sätt att det förekommer farliga kemiska produkter i produkten men utan att personalen kommer i kontakt med dessa produkter. Att det varit möjligt för anbudsgivarna att svara olika på kraven i punkt 11.1 respektive 11.9, dvs. inkomma med säkerhetsblad i förhållande till kravet i 11.1 samtidigt som man svarar nej på frågan i punkt 11.9 om Regionens personal kan komma i kontakt med farliga kemiska produkter vid hanteringen av utrustningen, framgår också av anbudet i upphandlingen. Kraven i punkt 11.1 respektive 11.9 avser olika saker och att det inte är möjligt att anse kravet i 11.9 besvarat enbart baserat på att anbudsgivaren lämnat information i förhållande till punkt 11.1. Det kan inte uteslutas att svaren överlappat för någon anbudsgivare, men eftersom detta inte är självklart vore det varken förutsebart eller likabehandlande att tillämpa en sådan utgångspunkt för prövningen av anbudet. En sådan tolkning av anbudet kräver som minimum att anbudsgivarna i sitt svar avseende punkt 11.9 uttryckligen hänvisat till svaret i punkt 11.1.

Därutöver förefaller Siemens inte ha besvarat kravet i kravspecifikationens punkt 4.19, vilket har följande lydelse.

”Beställaren skall kunna tilldela IP-adresser till systemet. Det skall vara möjligt att konfigurera utrustningen att arbeta med fast IP-adress. Leverantören skall specificera vilka nätverksprotokoll - TCP & UDP-portar som systemet använder sig av och om dessa portar är valbara för beställaren.”

I Siemens anbud är fritextrutan för punkt 4.19 helt tom. Det saknas således information i anbudet om vilka nätverksprotokoll - TCP & UDP-portar som systemet använder sig av och om dessa portar är valbara för beställaren. Mot bakgrund av detta kan Regionens blanka påstående om att

Siemens bifogat den efterfrågade informationen inte vara tillräckligt för att visa att kravet är uppfyllt.

Bolagets skada

Regionen anger att om bolaget har rätt avseende det felaktiga förkastandet av bolagets anbud ska upphandlingen inte göras om utan rättas. Eftersom både Roches och Siemens anbud innehåller brister ska upphandlingen även rättas på så sätt att deras anbud ska förkastas. I en sådan situation skulle bolaget ha det bästa anbudet och ha tilldelats kontraktet. För det fall bolagets anbud rätteligen förkastats innebär det att det helt saknats kravenliga anbud i upphandlingen vilket medför att upphandlingen måste göras om och bolaget skulle därmed få en ny chans att konkurrera om kontraktet i en omgjord upphandling. Gällande bristerna i utvärderingsmodellen har dessa uppkommit i det konkurrensuppsökande skedet och medfört ett otillbörligt gynnande av Roche. Bristerna kan således inte korrigeras genom rättelse utan upphandlingen måste göras om.

Det faktum att konkurrensen i upphandlingen inte skett på rättvisa och lika-behandlande villkor har givetvis påverkat bolagets prissättning i anbudet. Bolaget har inte ansett det affärsmässigt försvarbart att pressa priserna fullt ut för att kunna konkurrera med Roche i den förevarande situationen. Regionen är dock en befintlig kund till bolaget och upphandlingen rör ett för bolaget viktigt kontrakt. I en korrekt genomförd upphandling där anbudsgivarna kunnat konkurrera på konkurrensneutrala villkor hade bolaget kunnat pressa sina priser ytterligare och lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud. Detta styrks också av anbudspriserna i den avbrutna upphandling där det skiljde mindre än 2 miljoner kronor mellan bolagets och Roches anbudspris. Därmed kan det i vart fall inte uteslutas att bolaget haft möjlighet att tilldelas kontrakt i en ny upphandling med en konkurrensneutral utvärderingsmodell. Bolaget riskerar därmed att lida skada av upphandlingsfelet.

Regionen bestrider bifall till ansökan och anför bland annat följande.

Bolagets anbud har rätteligen förkastats

I upphandlingsunderlaget 3.3a ställs det obligatoriska kravet att anbudsgivaren till verksamheten ska bifoga layout/ritning med vissa specificerade uppgifter. Av kravet framgår att ritningen skulle *bifogas*. Ordet *bifogas* innebär att ritning ska skickas in tillsammans med en annan handling. För den normalt omsorgsfulle och informerade anbudsgivaren finns det knappast något utrymme för att tänka sig att den handling med vilken ritningen skulle bifogas kan avse något annat än anbudet. Regionen bestrider vidare att kravet att rita in funktioner på angiven yta skulle vara meningslöst. Det är för verksamheten nödvändigt att vissa funktioner ska kunna få plats och genom att skicka in ritning visar anbudsgivaren att man gjort en realistisk planering inför anbudslämnande. Hur instrumenten ritas in på laboratorieritning har betydelse i upphandlingen liksom vilka ytmått, kvm, som anges även om inte fullständig information har krävts. Att en area kan utformas på olika sätt innebär inte att ritningen kan fyllas i hur som helst. Skulle måtten manipuleras för att ge sken av att alla instrument kan få plats i laboratoriet innebär det att anbudet innehåller felaktig uppgift. Det är av vikt att möjliga leverantörer visar att de tänkt igenom möjligheten att få in utrustningen på föreskriven yta. Att en ritning lämnas in påverkar även den rättsliga ställningen om avtal ingås. Att kravet inte är meningslöst framgår av det faktum att inte alla leverantörer lyckats rita in offererade instrument i Regionens upphandlingar. Upphandlingen omfattar ett stort ekonomiskt värde med viktiga patientsäkerhetshänsyn. Kravet på att bifoga en ritning till ett anbud är inte särskilt ingripande och betungande. Kravet har ett naturligt samband med och står i proportion till det behov som ska täckas. Det kan i sammanhanget konstateras att bolaget lagt anbud i den motsvarande upphandling av analysautomat som tidigare

avbröts. De aktuella kraven i upphandlingsdokumenten var då formulerade på väsentligen samma sätt och bolaget lämnade då ett anbud som godkändes och med ritning där efterfrågade uppgifter ingick.

Poängsättning

Förutom att inte uppfylla kravet på bifogad ritning har bolaget fyllt i anbudet felaktigt såvitt gäller poängsättningen på offererade analyser. Bolaget har angett 0 poäng för positioner där istället -0,5 poäng skulle ha angetts. Även på denna grund hade det funnits fog att förkasta bolagets anbud.

Roches och Siemens anbud

Såväl Roche som Siemens har lämnat all efterfrågad information om farliga kemiska produkter som bilagor till anbudet. När det gäller kravet i punkt 11.9 är det uppfyllt genom de säkerhetsdatablad som de båda anbudsgivarna skickat in inom ramen för börkravet i punkt 11.1. Båda anbudsgivarna har fått full poäng för detta. Det minimivåkrav på information som följer av punkt 11.9 har därmed mer än väl passerats. Vid leverans av farliga produkter föreligger en skyldighet att skicka med säkerhetsdatablad, men här har leverantörerna redan i anbudet skickat med dem. Kravet i 11.9 på att redogöra för om personal kan komma i kontakt med farliga kemiska produkter samt i övrigt lämna föreskriven information är därmed till fullo uppfyllt genom den ingående information som genom säkerhetsdatabladen lämnats i anbudet. Även om upphandlande myndighet i upphandlingen måste upprätthålla ställda obligatoriska krav på anbud (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom i HFD 2016 ref. 37 I och II) innebär inte det att anbud kan förkastas enbart på den grund att fritextfält lämnats tomta om efterfrågad information lämnats på annat ställe i anbudet (se Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 2896-16). Bolaget har vidare gjort gällande att Siemens inte lämnat information i enlighet med kravet i punkt 4.19 om vilka nätverksprotokoll som systemet

använder sig av och om dessa portar är valbara för beställaren. Det kan konstateras att Siemens även i detta avseende lämnat all efterfrågad information. Siemens har dock begärt sekretess för denna redogörelse.

Utvärderingsmodellen

Bolaget har även tidigare gjort påtryckningar på Regionen för att försöka få bort de analyser som bolaget inte kan offerera och att upphandlingen endast ska omfatta de analyser som samtliga leverantörer kan erbjuda, med undantag för ett fåtal (1-2 analyser). Att ha ett smalt utbud på ett universitetssjukhus med specialvård, dit patienter skickas från andra sjukhus, har dock inte bedömts vara försvarbart. Med ett smalare utbud får patienten sämre närhet till avgörande diagnostiska verktyg vilket leder till en sämre vård och kraftigt ökade behandlingstider. Regionen har flera gånger förklarat för bolaget varför analyserna i kategori 3 och 4 är viktiga för Regionen och varför de inte kan tas bort från upphandlingen. I praktiken behöver i så fall ytterligare en upphandling göras för att införskaffa ett annat instrument från en annan leverantör och flera avtal behöver upprättas som följd. Dessutom behöver personalstyrkan hantera flera instrumenttyper med flera upplärningar och ökad dokumentation för att kvarhålla kvalitén i resultaten för att kunna ge rätt diagnos till patienten.

Det finns en skillnad i hur utvärderingen görs för analyterna i kategori 1 och 2 respektive kategori 3 och 4. Analyterna i kategori 1 är obligatoriska och analyterna i kategori 2 ingår i de bör-krav som beräknas enligt Regionens utvärderingsmodell, där priset står för 40 procent av värdet och funktionspoäng (bör-kraven) för 60 procent. Att funktionspoäng har större viktningsgrad än pris är för att belysa att Regionen lägger större vikt på att få en bra funktionell instrumentpark med hög kvalitet snarare än att erhålla ett lågt pris. Funktionspoäng avser bör-krav, t.ex. avseende inställetid, och analyser i kategori 2. En sådan utvärderingsmodell som

Regionen tillämpar är vanlig i upphandlingssammanhang. Regionen har valt att ge 1.5 funktionspoäng för eget sortiment, 0.5 funktionspoäng för tredjepartsanalys (Regionen måste här ta ett större leverantörsansvar för analysresultaten) och -0.5 funktionspoäng när analyt inte offereras (att ge 0 funktionspoäng skulle ge en felaktig fördel vid beräkning av kostnad till anbudssumman). När det gäller analyterna i kategori 3 och 4 kan endast Roche leverera samtliga inom nämnda kategorier. Regionen valde i denna upphandling att hålla kategori 3 och 4 utanför den övriga utvärderingsmodellen och att i stället endast tillämpa ett fast prispåslag. Anledningen till detta var främst att ett fast prispåslag främjar transparensen i upphandlingen samt att bolaget tidigare klagat på att upphandlingen var utformad till Roches fördel. Ett fast prispåslag, som svarar mot Regionens faktiska merkostnader om leverantören inte kan leverera analyterna i kategori 3 och 4, var det sakligt mest neutrala sättet att i denna del utforma upphandlingen utifrån verksamhetens behov. Om Regionen hade avstått från prispåslaget hade det dessutom inneburit att Regionen inte kunnat upphandla det utifrån Regionens behov mest kostnadseffektiva kontraktet. Det är riktigt att upphandlingen är utformad på det sättet att en leverantör, som inte kan leverera samtliga analyter i kategori 3 och 4 drabbas av prispåslag. Anledningen till detta är att om en leverantör saknar en enda analyt i nämnda kategorier drabbas upphandlande myndighet av betydande merkostnader. I upphandlingen har det gjorts ett prispåslag för de merkostnader som Regionen beräknas drabbas av i sin verksamhet. Om däremot en analyt skulle saknas i kategori 2 får det inte samma konsekvenser för Regionen. Tre av fyra anbudsgivare har i sin instrumentpark kapacitet för samtliga eller nästan samtliga analyter. Om den leverantör som tilldelas kontrakt inte offererar alla analyter i kategori 2 behöver inte ny instrumentpark införskaffas och ny upphandling göras, utan behovet kan lösas på ett enklare sätt, t.ex. genom tredjepartsanalyser eller genom medicinsk bedömning som leder till annat tillhandahavande av

specifik analyt. Regionen har därför valt att utvärdera leverantörernas anbud såvitt gäller kategori 2 genom funktionspoäng istället för genom prispåslag.

Bolaget hävdar att Roche skulle ha en fördel vid prissättningen av analyterna i kategori 1 och 2 utifrån att det i upphandlingen inte tas ställning till vilka priser som ska gälla för kategori 3 och 4. Regionen bestrider att Roche skulle erhålla en sådan fördel genom upphandlingens utformning. I den utsträckning Roche är ensam om vissa analyter kan detta visserligen ge Roche en viss fördel i prissättning. Roche skulle dock ha precis samma fördel även om Regionen inte efterfrågat kategori 3 och 4 utan istället valt att upphandla dem separat. Att Roche har en fördel såvitt gäller kategori 3 och 4 beror på att andra leverantörer inte valt att utveckla sitt eget sortiment tillräckligt för dessa kategorier. Om Roche kan skaffa sig konkurrensfördelar genom att monopolprissätta visst utbud är inte något Regionen kan påverka eller hindra. Det är endast marknadens övriga aktörer som kan råda över detta genom att ta upp konkurrensen med Roche för analyterna inom kategori 3 och 4. Det bör dock också noteras att kategori 3 och 4 rör ett högst begränsat utbud och att Roches ekonomiska fördelar därvid inte ska överdrivas. Regionen kan inte se att detta skulle ha någon egentlig effekt på upphandlingen och i synnerhet inte när det gäller bolagets förmåga att konkurrera i förhållande till Roche och Siemens. Regionen har eftersträvat att genomföra upphandlingen på ett så konkurrensneutralt sätt som möjligt utifrån verksamhetens behov. Prispåslaget vid bristande bör-kravsuppfyllnad för kategori 3 och 4 svarar mot Regionens verkliga kostnader. Regionen har önskat att upprätthålla konkurrensen och därför inte utformat kraven avseende kategori 3 och 4 som obligatoriska ska-krav, även om detta i och för sig hade kunnat motiveras och hade varit förenligt med likabehandlingsprincipen (se Förvaltningsrätten i Uppsalas dom i mål nr 6958-18).

Roche har ett högre pris än Siemens men kompenserar detta bland annat genom ett bredare sortiment vilket är kostnadsbesparande för Regionen. Siemens å sin sida lägger anbud med mycket fördelaktiga priser vilket gör det möjligt för Regionen att i övrigt ta högre kostnader. I den aktuella upphandlingen kom Roche och Siemens i sina anbud mycket nära varandra i de justerade priserna. Bolagets anbud är däremot utifrån rådande konkurrens ofördelaktigt vid en sammanvägd värdering mellan pris och kvalitet.

Bolaget har inte lidit någon skada

Bolaget har inte på något sätt lidit, eller riskerat att lida, skada. Det har inte funnits skäl att förkasta Roches och Siemens anbud. Bolagets anbud har däremot rätteligen förkastats.

Om bolaget skulle ha rätt i att kravet i 3.3a-d avseende ritning är oklart och att det föreligger ett fel i det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om ifall bolaget därigenom hindrats att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Emellertid är bolagets anbud så högt prissatt att det aldrig kunnat konkurrera med de två bättre anbuden. Bolaget har, oaktat om kravet varit tydligare formulerat, inte kunnat konkurrera med vare sig Roche eller Siemens i upphandlingen. Det finns således inget orsakssamband mellan det påstådda felet och bolagets skada. Bolaget har i upphandlingen kryssat för att alla obligatoriska krav är uppfyllda och har därmed garanterat att det ritningen ska illustrera/visa efterlevs. Det är således fråga om ett rent formaliafel rörande till anbudet bifogad bevisning som föranlett anbudets förkastande. Eftersom kravet endast rört bevisning och därmed inte varit kostnadsdrivande i upphandlingen kan det inte ha orsakat bolagets bristande förmåga att konkurrera.

Bolaget kan inte anses ha lagt något konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen, även om det inte hade förkastats. Vinnande anbudsgivare lade ett

anbud med prissumman 75 579 200,77 kr och med utvärderingssumman (justerat pris) 70 339 726 kr. Det nästa ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet lades av Siemens med prissumman 61 469 521,40 kr och utvärderingssumman 72 466 362 kr. Bolaget lade ett väsentligt högre pris på sammanlagt 86 295 701,80 kr. För att bolaget ska ha kunnat lida skada genom kravställningen i upphandlingsdokumentet krävs därmed att denna varit prisdrivande, dvs. att bolaget den förutan kunnat lägga ett så mycket lägre pris att anbudet kunnat konkurrera med vinnande anbudsgivare.

Bolaget anför vidare att bolaget lidit skada genom att upphandlingen inte skett på rättvisa och likabehandlande villkor och att det därför inte ansetts affärsmässigt försvarbart att pressa priserna fullt ut för att konkurrera med Roche. Enligt Regionens mening kan detta påstående från bolagets sida inte vara likvärdigt med att visa skada i LOU:s mening. Bolaget har inte genom upphandlingens utformning på något sätt hindrats att lämna ett anbud med skälig vinstmarginal för det fall att anbudet skulle antas. Enligt Regionens mening måste det upprätthållas en skillnad mellan att anse sig lida skada, vilket är en förutsättning för talerätt, och visa att man lidit (eller riskerat att lida) skada, vilket är en förutsättning för bifall.

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.

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.

En grundläggande princip vid upphandling enligt LOU är att upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven som ställts i förfrågningsunderlaget då ett sådant förfarande kan anses strida mot likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Högsta förvaltningsdomstolen har i avgörandet HFD 2016 ref. 371 och II uttalat att det i princip inte är möjligt att godta ett anbud som inte uppfyller ställda obligatoriska krav i en upphandling.

Vid överprövning enligt LOU krävs att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten prövar först om det av bolaget framförts sådana omständigheter som visar att upphandlingen ska göras om.

Utvärderingsmodellen

Vad gäller invändningen om att utvärderingsmodellen inte har lett till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas har bolaget huvudsakligen anfört att det fasta prispåslaget för kategorierna 3 och 4 har fått ett oproportionerligt stort genomslag i utvärderingen och att det även gynnar en viss leverantör, Roche, som uppges vara den ende som kan leverera produkterna i dessa kategorier. Regionen anför å sin sida att ett fast prispåslag som svarar mot Regionens faktiska merkostnader om leverantören inte kan leverera analyterna i kategori 3 och 4 är det sakligt mest neutrala sättet att utforma upphandlingen utifrån verksamhetens behov.

Under förutsättning att utvärderingen sker på objektiva grunder, dvs. utifrån förfrågningsunderlagets fastställda utvärderingskriterier, poängskalor, viktning m.m., måste en upphandlande myndighet ges visst utrymme för subjektivitet vid utvärderingen av anbudens innehåll. Den upphandlande myndigheten har också en stor frihet att inom ett affärsmässigt övervägande värdera anbudet. Till följd av detta kan därför inte förvaltningsrätten träda in i myndighetens utvärderande roll i detta avseende. Först när det klart kan konstateras att den upphandlande myndighetens bedömning har gjorts i strid med upphandlingsdokumenten eller principerna i 4 kap. 1 § LOU, samt övriga regler i LOU, finns det skäl till ingripande (jfr Kammarrätten i Sundsvalls avgörande den 3 mars 2015, mål nr 3051-14).

Förvaltningsrätten finner att Regionens argument för den valda lösningen med olika metoder att utvärdera de efterfrågade analytiska lösningarna får anses godtagbara. Även om det skulle stämma att modellen skulle kunna medföra en att en viss anbudsgivare kan dra fördel av en samlad upphandling av samtliga analyser jämfört med om kategorierna 3 och 4 införskaffades separat finns det, enligt förvaltningsrättens mening, inte stöd för att Regionen i denna del överskridit sin frihet när det gäller utformningen av utvärderingsmodellen. Förvaltningsrätten noterar att skillnaden mellan Roches och Siemens utvärderingssummor inte heller är så stor att den visar att prispåslaget har den effekt som bolaget anser. Den omständigheten att prispåslaget i sig baseras på ett visst instrument som endast tillhandahålls av Roche ändrar inte denna bedömning. Den upphandlingsrättsliga bedömningen påverkas inte heller av hur Roche valt att prissätta det aktuella instrumentet i den förevarande upphandlingen. Det kan i sammanhanget konstateras att bolaget inte har anfört något principiellt skäl mot att det endast är produkter från Roche som är aktuella i kategorierna 3 och 4. Det bolaget vänder sig mot här är *vilken* av Roches produkter som offere-rats. Enligt förvaltningsrätten får Regionens val av den dyrare produkten

godtas. Att Regionen ansett det vara nödvändigt att acceptera vissa kostnader för att erhålla de efterfrågade funktionerna får även det anses ligga inom vad myndigheten själv får bestämma.

Förvaltningsrätten finner att utvärderingsmodellen har beskrivits på ett godtagbart sätt i upphandlingsunderlaget och att det inte framkommit annat än att Regionen även har tillämpat den på det sätt som angetts. Utifrån utvärderingsmodellens utformning får utfallet av utvärderingen anses innebära att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för Regionen antas. Förvaltningsrätten anser det inte visat att Regionen brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. Något skäl för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte i denna del.

Roches och Siemens anbud

Förvaltningsrätten prövar därefter om anbuden från Roche och Siemens borde ha förkastats på grund av bristande kravuppfyllnad.

I upphandlingsunderlaget anges följande.

Hälso- och miljökrav – utrustning/instrument

11.1 Säkerhetsdatablad på svenska, i digitalt format, bör lämnas för samtliga kemiska produkter (t ex reagens-kit och övriga lösningar) som klassificeras som hälso-, brand- eller miljöfarliga alternativt som innehåller sådana ämnen som kräver säkerhetsdatablad enligt gällande författningar och andra krav. Alla säkerhetsdatablad bifogas vid anbudstillfället. Filerna med säkerhetsdatablad önskas vara ordnade så att det är lätt att hitta och identifiera produkt. Det är inte tillräckligt att hänvisa till en hemsida.
(Bör-krav)

11.8 Offererad utrustning ska inte vara konstruerad så att personal riskerar att exponeras för cancerframkallande, mutagena, reproduktionstoxiska eller allergiframkallande ämnen via inandning (emissioner, ånga, damm etc) eller via hudkontakt (risk för spill /stänk etc). Ett slutet system är ett exempel på hur personal undviker exponering.
(Skall-krav)

11.9 Anbudsgivaren ska redogöra för om Regionens personal kan komma i kontakt med farliga kemiska produkter i samband med hanteringen av utrustningen. Om så är fallet ska anbudsgivaren lämna information om vilka kemiska produkter det gäller samt lämna med lämpliga hanterings- och skyddsinstruktioner.
(Skall-krav)

I punkt 11.9 har angetts ett obligatoriskt krav om att anbudsgivare ska redogöra för om personal kan komma i kontakt med farliga kemiska produkter samt ange vilka produkter det är. Bolaget gör gällande att Roche och Siemens inte uppfyllt kravet. Regionen anför att kravet uppfylls av Roche och Siemens genom de säkerhetsdatablad som företagen gett in som bilagor till anbudet.

Förvaltningsrätten konstaterar att kravet i 11.9 är vagt formulerat både i fråga om vad det är som ska redogöras och hur det ska redovisas. Det framgår inte av kravet att svar ska lämnas på ett visst ställe i anbudet eller i en viss handling. Inte heller är kravet närmare definierat i fråga om vad som avses med formuleringarna ”komma i kontakt med” eller ”hanteringen av utrustningen”. Det kan också konstateras att det finns ett klart gränsdragningsproblem i förhållande till det obligatoriska kravet i 11.8 om att offererad utrustning ska vara konstruerad så att personalen överhuvudtaget inte exponeras för vissa farliga ämnen. Enligt förvaltningsrätten har Regionen utifrån upphandlingsunderlagets utformning haft en mycket begränsad möjlighet att förkasta någon anbudsgivare på den grunden att ett anbudssvar varit otydligt angående uppfyllandet av punkt 11.9. Genom att Roche och Siemens lämnat in säkerhetsdatablad i enlighet med 11.1 får dessa anbudsgivare anses ha besvarat frågan om Regionens personal kan komma i kontakt med farliga kemiska produkter jakande samt, med samma datablad, även klargjort vilka produkter det gäller. Det bolaget anför om att punkterna 11.1 och 11.9 avser olika frågor eller att det varit möjligt att svaren överlappat ändrar inte denna bedömning. Inte heller i denna del föreligger således något skäl för ingripande enligt LOU.

Bolaget har även gjort gällande att Siemens inte uppfyllt ett krav att specificera vilka nätverksprotokoll - TCP & UDP-portar som offererat analysautomatsystemet använder sig av. Regionen har i förvaltningsrätten angett att

Siemens lämnat efterfrågad information i separat bilaga för vilken sekretess begärts. Bolaget har inte ifrågasatt denna uppgift från Regionen.

Förvaltningsrätten har då att pröva om det finns någon annan anledning att ingripa mot upphandlingen.

Bolagets kravuppfyllnad och skada

Bolaget gör gällande att dess anbud felaktigt förkastats då bolaget inte gett in en skiss över vissa angivna funktioners placering. Bolaget anför därvid dels att kravet inte kan tolkas som att det innebär att skissen skulle ges in med anbudet, dels att kravet i sig är oproportionerligt då det saknar mening. Regionen tillbakavisar bolagets påståenden.

I kravspecifikationens punkter 3.3a-d anges följande.

3.3a Anbudsgivaren skall till verksamheten bifoga layout/ritning med tänkt instrumentpark och automationssystem inom markerat område enligt bifogad skiss.

3.3b Nuvarande funktioner som indirekt berörs av upphandlingen och som också skall få plats inom markerat område enligt bifogad skiss, och ska ritas ut i bifogade layout/ritning, är provhantering (mottagning 6 kvm, arbetsstationer 15 kvm och utsortering 1,5 kvm), blodgasinstrument 3 kvm samt diverse analyser 6 kvm.

3.3c Inom markerat område enligt bifogad skiss skall ca 10 personer få plats att arbeta dagtid. Beakta krav på brandutrymningsvägar för personalen. Minst 90 cm passage till de två utmärkta dörrarna inom markerat område enligt bifogad skiss skall finnas, och ritas ut i bifogad layout/ritning.

3.3d Anbudsgivarens layout/ritning med tänkt instrumentpark/automationssystem skall även inkludera tänkt placering, i nära framtid, av koagulation (två st STAR Max2 instrument) och hematologi med Sysmex-bana.

Förvaltningsrätten instämmer i bolagets uppfattning att kravet att ge in den aktuella skissen, som det är utformat, svårligen kan fylla den funktion som Regionen redogjort för i målet. Oavsett om det var korrekt av Regionen att förkasta bolagets anbud på grund av bristande kravuppfyllnad konstaterar förvaltningsrätten följande. För att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt

krävs att bolaget har lidit skada av eventuella brister i upphandlingen. Det är den som ansöker om överprövning av en upphandling som har att visa att det lidit eller riskerat att lida skada. Det ska också föreligga ett orsaks-samband mellan det påvisade felet och skadan. I en upphandling där felet ligger i det konkurrensuppsökande skedet har bolaget således att visa att det på grund av bristen i upphandlingen hindrats att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Som Regionen påpekat har bolagets anbud inte kunnat konkurrera med de anbud som placerat sig som nummer ett och två. Bolaget har inte visat att utformningen av punkten 3.3a-d i sig påverkat bolagets möjlighet att lägga ett konkurrenskraftigt anbud i upphandlingen och har därmed inte förmått visa kausalitet mellan bristerna i upphandlingsdokumentet och möjligheten att tilldelas kontrakt. Bolaget har därför inte lidit skada eller riskerat att lida skada av den förmenta bristen i upphandlingsunderlaget. Detsamma gäller även för det fall att det skulle föreligga ett fel rörande hur bolaget redovisat sin poängsättning. Därmed finns det inte heller på denna grund skäl för ingripande enligt LOU.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att Regionen har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Det saknas därmed grund för ingripande mot upphandlingen enligt 20 kap. 6 § LOU. Ansökan ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05)

Per-Erik Nistér
tf. rådman

Målet har beretts av föredragande juristen Nicklas Rydgren.



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 nyårs-afton, 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.