



SÖKANDE

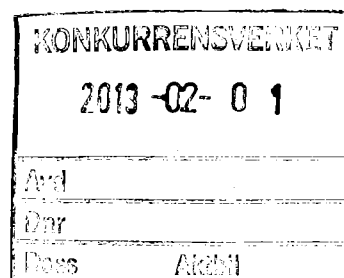
Abbott Scandinavia Aktiebolag, 556046-6137
Box 1498
171 29 Solna

Ombud: Advokaterna Tomas Kjellgren och Sven Vaxenbäck
samt jur. kand. Viveka Heimer
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPARTER

Landstinget Dalarna,
Landstinget i Uppsala län,
Landstinget Sörmland,
Landstinget Västmanland och
Örebro läns landsting

Genom: Landstinget i Uppsala län
Varuförsörjningen
Virdings allé 26, Hus 1, Plan 3
754 50 Uppsala



SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Landstingen i Dalarna, Uppsala län, Västmanland, Sörmland och Örebro län har, genom Varuförsörjningen Landstinget i Uppsala län (landstingen), genomfört en upphandling av ramavtal avseende diabetestekniska hjälpmedel, ref nr VF 2012-0009.

Gällande produktgrupp 51, Blodglykosmätare med teststickor för ketonmätning (upphandlingen) erhöll genom ett första tilldelningsbeslut den 4 juni 2012 Abbot Scandinavia Aktiebolag (bolaget) kontraktet.

Det första tilldelningsbeslutet drogs tillbaka och den 8 juni 2012 tilldelades, genom ett andra tilldelningsbeslut, Menarini Diagnostics Nordic Countries S.r.l Italien, filial Sverige (Menarini) kontraktet.

Bolaget ansökte om överprövning av det andra tilldelningsbeslutet hos förvaltningsrätten. Landstingen återtog, då bolaget bedömdes ha grund för sin ansökan, det andra tilldelningsbeslutet genom att fatta ett tredje tilldelningsbeslut den 29 juni 2012. Genom detta tilldelades bolaget återigen kontrakt i upphandlingen. Menarini ansökte om överprövning av det tredje tilldelningsbeslutet. Landstingen bestred inte vad Menarini anförde. Förvaltningsrätten biföll i dom den 8 oktober 2012 (mål nr 3617-12) ansökan och förordnade om rättelse av upphandlingen.

Genom ett fjärde tilldelningsbeslut den 21 oktober 2012, vilket är föremål för överprövning i förevarande mål, tilldelades Menarini återigen kontraktet.

YRKANDEN OCH GRUNDER

Bolaget ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen ska rättas genom att förvaltningsrätten förordnar att anbudspriset ska beräknas som summan av anbudspriset för en (1) ketonsticka och en (1) glukossticka. Landstingen har brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Som en följd härav har bolaget lidit eller riskerar i vart fall att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen.

Landstingen bestrider bolagets yrkande.

Bolaget anför bland annat följande.

Landstingen har otillåtet ändrat förutsättningarna för vald utvärderingsmodell genom att lägga till volym som ny viktningsfaktor. Av den till förfrågningsunderlaget bilagda utvärderingsmatrisen för produktgrupp 51 följer att det mervärde som anbud uppnår leder till avdrag på anbudspriset enligt viss fastställd modell. Vidare framgår av utvärderingsmatrisen att anbudsgivares utvärderingspris ska beräknas genom att totalt erhållet mervärde dras av från anbudsgivarens sammanlagda anbudspris. Anbudspriset utgör, enligt utvärderingsmatrisen, summan av anbudspriset för en (1) ketonsticka och en (1) glukossticka. Utvärderingsmatrisen innehåller inga fiktiva volymer kopplade till nämnda anbudspriser. Anbudspriserna är inte heller viktade sinsemellan enligt utvärderingsmatrisen, utan ska vara "värda" lika mycket i anbudsutvärderingen.

I samband med att landstingen i förfrågningsunderlaget redogör för upphandlingens omfattning, görs en hänvisning till artikelspecifikationen, punkt 1.1.2.1.3 i förfrågningsunderlaget. Denna visar landstingens beräknade kvantiteter baserat på förbrukningen under föregående år. Syftet med att denna information lämnas är att anbudsgivare ska kunna få en uppfattning om vilka volymer som kan bli aktuella i ett framtida ramavtal. Det är branschpraxis att sådan information lämnas och det är självklart att informationen endast ges upplysningsvis och inte automatiskt ingår som en faktor i anbudsutvärderingen. Varken i nämnd punkt eller någon annanstans i förfrågningsunderlaget anges att kvantiteterna som anges i artikelspecifikationen ska ingå som en faktor i anbudsutvärderingen.

Av den sammanställning över anbudsutvärderingen som landstingen redovisar i tilldelningsbeslutet framgår att landstingen frångått den utvärderingsmodell som beskrivits i det annonserade förfrågningsunderlaget genom att lägga till volymer som viktningsfaktor.

Av såväl svensk som EU-rättslig domstolspraxis följer att de allmänna upphandlingsrättsliga principerna om likabehandling och transparens innebär att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En upphandlande myndighet har inte rätt att tillämpa bestämmelser om viktning och underkriterier utan att i förväg underrätta anbudsgivare om dessa. EU-domstolen har framhållit att utvärderingskriterier ska vara formulerade ”på ett sådant sätt att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriterierna på samma sätt”. Anbudsgivare har inte, utifrån det annonserade förfrågningsunderlaget, kunnat utläsa att en volymbaserad totalkostnad kommer att utgöra en utvärderingsfaktor vid anbudsutvärdering. Landstingen har således väsentligt ändrat förutsättningarna för upphandlingen efter det att anbudet lämnats, i strid med principerna om likabehandling och transparens. Kammarrätten i Göteborg har nyligen i målen 3903-09 och 3904-09 funnit att det inte är möjligt för en upphandlande myndighet att i efterhand vid utvärdering använda sig av volymer som inte funnits angivna i utvärderingsmodellen eftersom samtliga uppgifter som tillmäts betydelse vid utvärderingen av anbuderna måste framgå innan anbuderna ska lämnas in.

Vidare är årsvolym ingen förutsättning för att en utvärdering ska leda till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Innebörden av ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” bestäms i varje enskild upphandling av den utvärderingsmodell som den upphandlande myndigheten redovisar i förfrågningsunderlaget. Upphandlingsregelverket kräver att den utvärderingsmodell som beskrivs i det annonserade förfrågningsunderlaget inte frångås eller ändras efter det att anbuderna har lämnats. Om landstingen under upphandlingens gång önskat förändra utvärderingsmodellen har landstingen, om man bedömt att saklig grund förelegat, rätteligen haft att av-

bryta upphandlingen och påbörjat en ny upphandling. Både Jönköpings läns landsting och Gävleborgs läns landsting har använt utvärderingsmatri-ser som innebär att anbudsgivares sammanlagda anbudspris utgör summan av en (1) ketonsticka och en (1) glukossticka.

Landstingen anför bland annat följande.

I punkten 1.1.2.1.3 i förfrågningsunderlaget framgår att beräknade kvanti-teter i upphandlingen finns angivna i en artikelspecifikation. I denna speci-fikation framgår årsförbrukningen av ketonstickor och glukosstickor. Vi-dare framgår i punkten 1.2.2.3.1 att det ekonomiskt mest fördelaktiga an-budet kommer att tilldelas avtal. Därefter beskrivs i punkten 1.2.2.3.2 den utvärderingsmetod som landstingen kommer att använda sig av för att få fram det s.k. utvärderingspriset. Utvärderingsmetoden visar inte ensamt vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Hänsyn måste tas till samtliga uppgifter i förfrågningsunderlaget jämte bilagor. Det är inte riktigt att landstingen ändrat förutsättningarna för vald utvärderingsmodell genom att beakta volym som viktningfaktor. Landstingen har utifrån annonserat förfrågningsunderlag och med beaktande av redovisade punkter i förfråg-ningsunderlaget gjort en korrekt utvärdering av anbuderna. Alla anbudsgi-vare har underrättats om samtliga uppgifter som landstingen kommer att ta hänsyn till vid utvärderingen. För att få fram det ekonomiskt mest fördel-aktiga anbudet måste årsvolymerna beaktas. Ett synsätt vid utvärderingen att årsvolymerna för glukosstickorna och ketonstickorna är lika höga vore direkt felaktigt och landstingen hade därmed i efterhand ändrat förutsätt-ningarna för utvärderingen av anbuderna.

DOMSKÄL

Förvaltningsrätten uppfattar bolagets talan som att om utvärderingen av inlämnande anbud skett utan en viktning utifrån beräknad förbrukad volym av ketonstickor respektive glukosstickor skulle bolaget anses ha lämnat det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet och därvid tilldelats upphandlingen.

I upphandlingens förfrågningsunderlag anges bl.a. följande.

1.1.2.1.3. Kvantiteter

Beräknade kvantiteter anges i artikelspecifikationen och baseras på förbrukningen under 2011. Köparen lämnar ingen garanti för kvantiteterna i ramavtalet.

1.2.2.3.1. Ekonomiskt mest fördelaktigt anbud

Vid utvärdering av inkomna anbud kommer det/de anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet/anbuderna tilldelas ramavtal.

1.2.2.3.2. Utvärderingsmetod

Metoden är mervärdesmodell.

De anbud som uppfyller alla skallkrav för respektive produktgrupp går vidare till utvärdering. För varje uppfyllt börkrav sker avdrag på anbudspriset med en summa som är angiven i utvärderingsmatrisen, den erhållna summan blir utvärderingspriset.

Den till förfrågningsunderlaget bilagda utvärderingsmatrisen för produktgrupp 51 ser ut enligt följande.

TESTSTICKOR TILL KETONMÄTARE Prodgr 51	Mervärde kr
Blodmängd för analys av plasmaglukos bör vara $\leq 0,6 \mu\text{L}$	1,20
Resultatet LO bör endast visas vid för låga plasmaglukosvärden, inte som felvärde	1,20
Programvara för datauppkoppling bör finnas	0,30
Mätresultaten för plasmaglukos bör vara tillförlitliga vid mätning inom Temperaturintervallet +10 till +35°C. Dokumentation om detta bör finnas i bruksanvisning eller bipacksedel.	1,20
Mätresultaten vid mätning av plasmaglukos bör vara tillförlitliga vid mätning i temperaturer ned till +5°C eller lägre.	0,60
Mätresultaten vid mätning av plasmaglukos bör vara tillförlitliga vid mätning i temperaturer upp till +40°C eller högre	0,30
MAX MERVÄRDE	4,80

I artikelspecifikationen framgår att årsförbrukningen av ketonstickor uppgår till 20 000 och att årsförbrukningen av glukosstickor uppgår till 500 000.

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad bolaget anfört är visat att landstingen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att det medfört att bolaget lidit eller kunnat komma att lida skada (16 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär bl.a. att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt (1 kap. 9 § LOU).

Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande enhetens krav ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt klart och tydligt för att en leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av förfrågningsunderlaget. De rättsprinciper som anges i 1 kap. 9 § LOU omfattar således ett krav på förutsebarhet. Förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50).

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Utförning av förfrågningsunderlaget

Förfrågningsunderlaget innehåller ingen definition av termen anbudspris i upphandlingen. Inledningsvis finner förvaltningsrätten att det faktum att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska tilldelas kontraktet inte i sig behöver betyda att anbudspriset ska beräknas med hänsyn till den beräknade årsförbrukningen av keton- och glukosstickor. Tilldelningsgrunden ”det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet” kan, till skillnad från den alternativa tilldelningsgrunden ”lägsta pris”, ges den innebörd som den upphandlande myndigheten i den specifika upphandlingen bestämmer.

Vad gäller det aktuella förfrågningsunderlaget finner förvaltningsrätten att utvärderingskriterierna inte har beskrivits med sådan tydlighet att det framgår att beräknad årsvolym ska påverka anbudspriset i upphandlingen. Å andra sidan finner förvaltningsrätten att inte heller den tolkning av utvärderingsmodellen som bolaget förespråkar framgår med tydlighet.

Förvaltningsrätten finner således att utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget är otydlig och kan tolkas på båda de sätt som förespråkas av parterna i målet. Landstingen har således, genom utformningen och tillämpningen av utvärderingsmodellen i upphandlingen, brutit mot principen om transparens i LOU. Däremot är det inte visat att Landstingen använt en annan utvärderingsmodell än vad som vid anbudsfrågan varit avsett.

Frågan om bolaget lidit skada

För att ett ingripande enligt LOU ska kunna ske krävs att bolaget lidit eller riskerat att lida skada på grund av otydligheten i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten konstaterar att det är ostridigt i målet att alla anbudsgivare, i upphandlingens förfrågningsunderlag, har informerats om den beräknade årsförbrukningen av keton- och glukosstickor. Anbudsgivarna har således prissatt sina produkter med vetskap om och hänsyn till den beräknade årsförbrukningen.

Bolaget har inte gjort gällande att det skulle ha lämnat ett annat anbud om bolaget fullt ut hade känt till hur utvärderingen skulle gå till. Förfrågningsunderlagets brister har således inte påverkat bolagets möjlighet att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att de brister som förfrågningsunderlaget visat sig vara behäftat med inte har påverkat bolagets möjlighet att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Av detta följer att bolaget inte på grund av otydligheten i förfrågningsunderla-

.get vad gäller utvärderingen av lämnade anbud riskerat att lida skada. Ansökan ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1a LOU)



Leif Gäverth

lagman

Målet har handlagts av Erik Edström.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 uppgive 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 3109/1A LOU