FÖRVALTNINGSRÄTTEN I VÄXJÖ

DOM
2019-02-15
Meddelad i Växjö

Mål nr
426-18
445-18

SÖKANDE
Alcon Nordic A/S, 15887478

Ombud: Advokat Mikael Engström och
biträdande jurist Peter Riiga
Advokatfirman Cederquist KB

MOTPARTER
1. Region Kalmar

2. Region Östergötland
Ombud: Region Kalmar

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Region Kalmar och Region Östergötland (regionerna och deras vårdentreprenörer) genomförde en upphandling avseende intraokulära linser. Genom tilldelningsbeslut den 18 januari 2018 antogs för position 4 (intraokulär lins 2,2 mm hydrofob asfärisk) som leverantör Abbott Medical Potics Norden AN (Abbott).

Alcon Nordic A/S (Alcon) ansöker om överprövning av upphandlingen avseende position 4 och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering genomförs varvid nya kliniska tester av anbudsproven sker i sådan form att transparens och likabehandling säkerställs. I andra hand att upphandlingen ska göras om.

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 **E-post**: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se www.forvaltningsrattenivaxjo.domstol.se	0470-255 02	måndag–fredag 08:00–16:00

Regionerna motsätter sig bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖR

Alcon

Utvärderingen har skett i strid med principerna om transparens och likabehandling. I utvärderingsprotokollet har regionerna endast i mycket korta ordalag motiverat det låga omdömet av Alcons lins. Det finns ingen information om hur testerna av produkter har gått till. Det framgår varken hur expertgruppen använt produkterna, hur underlaget för produktjämförelse har tagits fram eller hur expertgruppen är sammansatt. Ett sådant förfarande avviker påtagligt från hur kliniska tester normalt sett går till.

Den offererade linsen har inte sådana brister som beskrivs i utvärderingsprotokollet. Produktens omdöme är resultat av de bristfälliga testerna. Att Alcon inte har bjudits in att demonstrera linsen, vilket är gängse praxis vid denna typ av test, talar för att testerna inte har kunnat ske på sätt som säkerställer ett korrekt resultat. Enligt uppgift har de personer som testat Abbotts aktuella produkt varit andra än de som testat Alcons produkt. Under sådana förutsättningar kan någon jämförelse av produkterna inte göras. Genomförandet möjliggör inte heller ett fastställande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En upphandlande myndighet måste kunna redovisa sådan information om utvärderingen som möjliggör en uppföljning och kontroll i efterhand av huruvida utvärdering har skett objektivt och korrekt.

Regionerna

I upphandlingsdokumenten är det väl beskrivet hur utvärderingen skulle gå till och vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen.

Kvalitetskriterierna har utvärderats av en expertgrupp bestående av representanter som utsetts av regionerna. Det är inte korrekt att expertgruppens personella sammansättning eller utvärdering i övrigt skulle ha brustit på sätt som Alcon gör gällande. Varje anbud och varje offererad produkt har uteslutande utvärderats utifrån sina egna meriter i enlighet med upphandlingsdokumenten. Det har således inte varit fråga om några produktjämförelser. Det föreligger ingen skyldighet att mer detaljerat redogöra för hur utvärderingen gått till, expertgruppens sammansättning eller vilka bedömningar enskilda personer i expertgruppen har gjort. Regionerna ställer sig frågande till påståendet att olika personer skulle ha deltagit i utvärderingen av olika produkter.

Expertgruppen har bestått av erfarna personer med stor erfarenhet inom området. Det har inte varit någon förutsättning enligt upphandlingsdokumenten att anbudsgivare skulle ha någon oinskränkt rätt att demonstrera sina offererade produkter. Det har inte varit behövligt i aktuell upphandling. Det som bedöms i utvärderingen har till viss del varit fråga om känsla samt faktiska och praktiska handhavandeegenskaper. Detta kan inte bedömas förrän vid ett test och är därmed svårt att beskriva närmare. Metoden med en större expertgrupp borgar för ett rättvisande resultat. Regionerna redovisade sin metod i förväg i upphandlingsdokumenten. Det framgår i erforderlig utsträckning av utvärderingsprotokollet att utvärderingen var i linje med bedömningspunkterna samt att metoden och modellen tillämpats konsekvent och på samma sätt för alla anbud. Regionerna har givit en tillräckligt tydlig motivering i tilldelningsbeslutet och beskrivit varför vissa poäng har erhållits.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (jfr RÅ 2009 ref 69).

En upphandlande myndighet har stor frihet att själv utforma sin upphandling inom de ramar som ges av de allmänna principerna för offentlig upphandling. Grundläggande är att leverantörer behandlas likvärdigt och icke-diskriminerande och att upphandlingen genomförs på ett öppet sätt (jfr. HFD 2012 ref. 48).

Av principerna om transparens och likabehandling i 4 kap. 1 § LOU följer att den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i upphandlingsdokumenten kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag. Även upphandlingsdokument och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU inte träds för när (se RÅ 2002 ref. 50). Av EU-domstolens praxis framgår att upphandlingsdokument ska vara utformat så

att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla personer kan tolka informationen på samma sätt (se bl.a. mål C-19/00, SIAC Construction Ltd).

Förvaltningsrättens bedömning

Av punkten 4.5 i de administrativa föreskrifterna framgår att bedömning av anbudsprover kommer att ske av utsedd expertgrupp och grundas på de definierade kriterierna. I punkten 3 i kravspecifikationen anges positionsspecifika krav samt kvalitetskriterier och deras viktning. Enligt förvaltningsrättens bedömning framgår tillräckligt tydligt av dessa kriterier vad som kommer att beaktas vid bedömningen av produktens kvalitet och hur testningen kommer att genomföras. Vad Alcon anfört om brister i utvärdering och dokumentation samt oklarheter avseende expertgruppens sammansättning gör det inte sannolikt att regionernas anbudsprövning har genomförts i strid med principerna om transparens och likabehandling. Utvärderingen får vidare anses vara utformad på sådant sätt att resultat visar vilket anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt. Alcon har inte gjort sannolikt att utvärderingen av bolagets offererade produkt skulle vara felaktig. Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att det inte är visat att regionerna brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Det saknas således skäl för att ingripa mot upphandlingen. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

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

Maria Norrman
rådman

Föredragande: Lena Lundblad

SVERIGES DOMSTOLAR

Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?
Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

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.

Anvisningar för överklagande FR-05 - Överklagandetid 3 v - PT (upphandling) • Producerat av Domstolsverket, Avd. för domstolsutveckling • 2018-11

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.

Anvisningar för överklagande FR-05 - Överklagandetid 3 v - PT (upphandling) • Producerat av Domstolsverket, Avd. för domstolsutveckling • 2018-09