



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Lena Palmér

DOM
 2012 -02- 2 8
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 64-12E
 372-12E

KONKURRENSVERKET	
2012 -02- 2 9	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

Medic24 AB, 556493-6234
 Solvarvsgatan 4
 507 40 Borås

MOTPARTER

1. Region Skåne
 291 89 Kristianstad

(Mål nr 64-12E)

2. Region Halland
 Box 517
 301 80 Halmstad

(Mål nr 372-12E)

Ombud för 1-2.
 Regionjurist Bengt Guldager
 Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:109) om offentlig upphandling (LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Medic24 AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 96705

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför i samarbete med Region Halland en upphandling avseende lab-reagens, dnr 1101619. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Region Skåne har den 22 december 2011 beslutat om tilldelning. Region Halland har, såvitt upplysts, ännu inte fattat tilldelningsbeslut.

Medic24 AB begär överprövning av upphandlingen vad avser analyserna faeces-Hb grupp 2, CRP instrument med förbrukning grupp 3, HbA1C instrument med förbrukning grupp 6, hCG grupp 7, Hb instrument med förbrukning grupp 8, Mononukleose grupp 10, StrepA grupp 11 och urinanalysinstrument med förbrukning grupp 12. Bolaget yrkar, så som talan slutligen har bestämts, att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för talan anförs i huvudsak följande. Region Skåne har utvärderat bolagets anbud felaktigt på mer än 35 punkter. Region Skåne har beslutat att utvärdera instrument och tester utan tillgång till dessa och har därmed gjort flera avsteg från att på bästa sätt anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Oklarheter i anbudet som strategisk upphandlare medger och svar på frågor som inte följs innebär att Medic24 AB:s produkter blir utvärderade på felaktiga grunder och därmed diskvalificerad i konkurrensen. Region Skåne har i sin bedömning av StrepA bedömt utifrån kraven i den ursprungliga formuleringen i anbudsunderlaget och därmed frångått det faktum att kravets innebörd omformulerats i det skriftliga förtydligandet. Lämnandet av ett otydligt anbudsunderlag har fått till följd att utvärderingen har blivit undermålig. Det ställdes totalt 57 frågor, varav två besvarades efter anbudstidens utgång. I detta försenade svar visade det sig att alla börkrav med poäng hade ändrats från 0 – 10 poäng till max 5 poäng. Spelreglerna ändrades utan möjlighet för Medic24 AB att dra fördel av det. All Medic24 AB:s dokumentation uppfyller alla ställda krav på alla dokument och tester som bolaget har offererat. Att de

inte är bifogade är för att det inte har begärts i förfrågningsunderlaget. Region Skåne påstår att bolagets instrument saknar vissa funktioner. Det går inte att komma fram till den slutsatsen när Region Skåne inte önskade instrumenten som varuprov, inte bruksanvisning och endast ett fåtal av testerna var tillräckligt som varuprov. Region Skåne har i denna upphandling med syfte att införskaffa nya instrument utan att dessa nya instrument är önskvärda som varuprov brutit mot fri konkurrens, principen om ickediskriminering och principen om transparens. – Innebörden av texten ”Anbudsbilagor bifogas endast vid begäran i underlaget alternativt vid längre redogörelser eller verifikation av uppgifter såsom dokumentation, certifikat, intyg eller liknande” är kristallklar. Medic24 AB har med all rätt krav på att utvärderas på alla åtta tester med gällande utvärderingskriterier. På dessa positioner i kravspecifikationen var dokument inte begärt. Alla Medic24 AB:s tester som blev inskickade innehåller dokument. Medic24 AB har följt förfrågningsunderlaget till fullo och skickat in dokument där det har begärts. Förfrågningsunderlaget är bristfälligt och kraven har ändrats i utvärderingen. - Medic24 AB framför kritik gällande positionerna 50, 70, 90, 100, 240 -260, 270 – 275, 310, 330 – 33, 380, 420, 430, 440 samt 460. Kritiken avser Region Skånes bedömning av bolagets anbud för dessa positioner samt i vissa fall att ställda skall- eller bör krav inte är förenligt med LOU (bl.a. positionerna 50 ”Skall vara slutet system”, 70 ”bör ha ett underfyllnadslarm”, 430 ”Skall ha minst en svensk utvärdering utvärderad på flera vårdcentraler och som beskriver prestanda och Lot variationer”). Medic24 AB anför att de två förstnämnda kraven endast uppfylls av en leverantör samt att det sistnämnda kravet strider mot innebörden av LOU.

Region Skåne och Region Halland (nedan Region Skåne i enlighet med regionernas egen benämning i sina yttranden) bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen avser ett synnerligen stort antal positioner, vardera med ett stort antal krav. I en upphandling av denna omfattning är det ofrånkomligt att vissa mindre förändringar måste göras i det annonserade underlaget. Medic24 AB har för ett stort antal positioner gett uttryck för ett

allmänt missnöje avseende Region Skånes utvärdering av bolagets anbud. Vad Medic24 AB anfört för respektive position visar dock inte att bolaget lider eller riskerar att lida skada i upphandlingen. Detta eftersom Medic24 AB antingen inte uppfyller samtliga ställda skall-krav alternativt inte har avgett det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Region Skåne kan konstatera att Medic24 AB:s anbud uppvisar stora brister varav den absolut största är att bolaget valt att avstå från att inge varuprover och dokumentation. Region Skåne har, trots dessa brister som uppenbarligen strider mot förfrågningsunderlagets skall-krav, i vissa fall - inte minst av hänsyn till bolaget - valt att utvärdera av bolaget offererade produkter. I efterhand kan konstateras att Region Skåne istället borde ha klart och tydligt uteslutit bolagets anbud. Region Skåne konstaterar att Medic24 AB:s anbud har tilldelats poäng i enlighet med det annonserade upphandlingsunderlaget och att anbudet på ett flertal positioner ska uteslutas. Vidare konstateras att för samtliga de positioner där Medic24 AB:s anbud uppfyller samtliga ställda skall-krav har utvärdering visat att bolagets anbud inte är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Upphandlingen har skett i enlighet med gällande rätt. Det framgår klart och tydligt av det annonserade underlaget att varuprov och broschyrer ska inges för samtliga offererade produkter. Om Region Skåne för specifikt fall anger att visst dokument eller varuprov inte behöver inges, innebär detta självfallet inte att Region Skåne har frångått det allmänt gällande kravet som kvarstår i övrigt. - Av kravspecifikationen på raderna markerade med orden "Dokumentation" kan för i princip varje position utläsas att det uppställs minst ett, men i många fall fler, specificerade krav på olika broschyrer och produktinformation. Detta gäller helt otvetydigt för var och en av de av Medic24 ifrågasatta positionerna. Att denna dokumentation också ska inges av anbudsgivarna framgår likaledes klart och tydligt av förfrågningsunderlaget avsnitt C punkt 3 där såsom skall-krav anges att "Broschyrer med produktinformation skall skickas elektroniskt tillsammans med anbudet." Bolaget har inte skickat in efterfrågad dokumentation. Kravet i position 50 "Skall vara slutet system" har ställts då detta är av största vikt ur smittosynpunkt. Kravet är såväl relevant som nödvändig och kan inte

upprätthållas genom mindre ingripande åtgärder. Medic24 AB uppfyller för position 50 inte skall-kravet att det ska vara ett slutet system och inte heller skall-kravet om att bruksanvisning och bipacksedel ska vara informativ och Anbudet har därmed korrekt uteslutits. I position 70 anges avseende fotometer "Bör ha över- och underfyllnadsalarm". Detta är ytterst viktigt för att förhindra att det kommer in blod i instrumentet. Kravet är såväl relevant som nödvändigt. Eftersom den av Medic24 AB offererade produkten inte uppfyller bör-kravet har bolaget rätteligen tilldelats 0 poäng. Kravet i position 430 har följande lydelse efter justering "Skall ha minst en svensk utvärdering eller motsvarande från annat land och som beskriver prestanda och Lot variationer". Utvärderingen behöver således inte vara svensk. Medic24 AB har inte uppfyllt kravet och har därmed korrekt uteslutits från vidare utvärdering.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

LOU i dess lydelse före den 1 november 2011 är tillämplig i målet.

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Av 16 kap. 1 och 5 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. - Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förvaltningsrättens bedömning

Medic24 AB gör gällande att Region Skåne i det aktuella upphandlingsförfarandet hindrat fri konkurrens samt brutit mot principerna om ickediskriminering och transparens. Kritiken är huvudsakligen hänförlig till förfrågningsunderlagets utformning samt till utvärderingen av bolagets anbud. Förfrågningsunderlaget hävdas innehålla oklarheter samt även innehålla vissa skall- och börkrav som strider mot LOU. Förfrågningsunderlaget anges även ha förändrats på sätt som strider mot LOU. Vad gäller utvärderingen av bolagets anbud anser bolaget att denna är felaktig vad avser bedömning av bolagets kravuppfyllnad. För vissa positioner anser bolaget sig ha fått för få poäng.

För att konkurrens ska kunna ske på lika villkor krävs ett klart och tydligt förfrågningsunderlag. Samtliga krav som ställs på det som ska upphandlas ska finnas med i förfrågningsunderlaget och det ska framgå vilka krav som måste uppfyllas för att anbudet ska kunna antas. Uppställda krav får inte frånfallas eller ändras. Förfrågningsunderlaget ska ge leverantörerna ett tillräckligt gott underlag för att avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse och att utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

Medic24 AB anför att Region Skåne förändrat förutsättningarna för upphandlingen bl.a. genom att efter anbudstidens utgång ändra maximal poängsättning för börkrav från tio till fem poäng. Den aktuella upphandlingen innehåller en mängd olika positioner och för varje position anges ett flertal olika krav. Av handlingarna i målet framgår att ett mindre antal börkrav ursprungligen kunnat ge maximalt tio poäng medan övriga börkrav kunnat ge maximalt fem poäng. Såvitt framgår har Region Skåne i den slutliga versionen av kravspecifikationen ändrat maximal poäng för börkrav till fem poäng. I ”Frågor och svar” anges i ett svar publicerat den 11 november 2011, anbudstidens sista dag, att alla börkrav är värda fem poäng upphandlingen. Oavsett om den aktuella korrigeringen kan anses utgöra en sådan väsentlig

förändring av förutsättningarna för upphandlingen som bör föranleda ett ingripande enligt LOU eller inte, finner förvaltningsrätten det inte visat att förändringen medfört att Medic24 AB lidit eller riskerat att lida skada.

I nu aktuellt förfrågningsunderlag anges i avsnitt C punkt 3 bl.a. följande. ”Varuprover skall skickas kostnadsfritt och vara upphandlande myndighet till handa senast 2011-11-21. Broschyrer med produktinformation skall skickas elektroniskt tillsammans med anbudet”. I kravspecifikationen finns ytterligare angivelser om vilka broschyrer och vilken produktinformation som avses samt i vissa fall även särskilda krav på innehåll och kvalitet hos dessa. Förvaltningsrätten anser att det med tillräcklig tydlighet framgår att varuprover och relevant dokumentation ska inges för offererade produkter. Den av Medic24 AB åberopade texten ”Anbudsbilagor bifogas endast vid begären i underlaget alternativt vid längre redogörelser eller verifikationer av uppgifter såsom dokumentation, certifikat, intyg eller liknande” motsäger inte att så är fallet. Vad Medic24 AB anfört visar enligt förvaltningsrättens mening inte att förfrågningsunderlaget brister i transparens på ett sådant sätt att det kan anses strida mot LOU.

Medic24 AB hävdar att det i förfrågningsunderlaget ställs upp vissa skall- och bör-krav som strider mot LOU då de endast uppfylls av en leverantör. Bolaget hävdar att kraven hindrar fri konkurrens och är diskriminerande. Härvid kan konstateras att en upphandlande enhet har möjlighet att ställa vilka krav på de varor som upphandlas som man önskar, förutsatt att dessa uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget och är förenliga med alla för LOU grundläggande principer. Region Skåne har redogjort för skälen till att de aktuella kraven har ansetts relevanta och nödvändiga. Förvaltningsrätten finner inte visat att kraven är oproportionerliga. Den omständigheten att ett ställt krav inte kan uppfyllas av vissa leverantörer eller endast kan uppfyllas av en leverantör utgör inte i sig att kravet strider mot LOU (jfr EG-domstolens mål C-513/99). En-


ligt förvaltningsrättens mening har Medic24 AB inte förmått visa att Region Skåne genom att uppställa aktuella krav brutit mot LOU eller dess principer.

Förvaltningsrätten finner inte heller visat att Region Skåne vid prövning och utvärdering av Medic24 AB:s anbud tagit ovidkommande hänsyn, avvikit från förfrågningsunderlaget eller på annat sätt agerat i strid med LOU på ett sådant sätt att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada.

Medic24 AB har inte heller i övrigt anfört omständigheter som utgör grund för ingripande enligt LOU.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten således att vad Medic24 AB anfört och åberopat inte visar att Region Skåne och Region Halland i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de principer som bär upp lagen på ett sådant sätt att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada. Grund för ingripande mot upphandlingen föreligger därmed inte. Bolagets ansökan ska således avslås.

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



Anders Mattsson



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. 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 3109/1B LOU

