



SÖKANDE

Zonare Medical Systems AB, 556686-4897
Ekbacksvägen 28
168 69 Bromma

MOTPART

Jämtlands läns landsting
Box 654
831 27 Östersund

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2014-03-18	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Jämtlands läns landsting (landstinget) genomför en upphandling avseende två obstetriska ultraljudsapparater och en gynekologisk ultraljudsapparat till Kvinnokliniken, dnr LS/596/2013 (upphandlingen). Upphandlingen genomförs som öppet förfarande enligt LOU. Genom tilldelningsbeslut den 30 augusti 2013 antogs anbudet från GE Healthcare AB då det bedömdes vara det ekonomiskt mest fördelaktiga.

YRKANDEN M.M.

Zonare Medical Systems AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar, som det förstås, att förvaltningsrätten förordnar om att upphandlingen får avslutas först efter att rättelse gjorts på sådant sätt att kostnadskalkylen som baserats på garantitiden görs om och att resultatet av provuppställningen av utrustningen utelämnas. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan. Bolaget ställer sig frågande till flera moment i upphandlingen och begär att alla moment omvärderas och i synnerhet två moment som haft avgörande betydelse för val av leverantör. Det gäller först och främst beräkningen av kostnader knutna till garanti och fullservice för bolagets anbud. Kostnaderna för konkurrerande anbud har bedömts i ett sexårsperspektiv medan bolagets anbud är baserat på ett tioårsperspektiv. Avseende garantitiden står det i förfrågningsunderlaget att garantitiden ska vara minst tolv månader. Anbudsgivaren efterfrågas att ange garantitid. Genom att erbjuda garanti i längre än tolv månader får kunden ett mervärde. Eftersom det inte efterfrågas kostnad för extra garantiår, men däremot kostnad för fullservice, är det naturligt att använda kostnad för fullservice för att korrigera detta. Vinnande anbud bör därför få påslag för fullservicekostnad för de två apparaterna det är fråga om under de fyra första åren. En korrigering av priskalkyleringen skulle innebära att bolagets anbud blev det ekonomiskt mest fördelaktiga och att bolaget därmed vinner anbudsgivningen. Den andra tveksamma faktorn gäller hur undersökningen av den utrustning upphandlingen avser genomförts. De typer av undersökningar som är centrala i denna upphandling, så kallade KUB-undersök-

ningar, har inte testats i tillräckligt stor grad för att kunna bedömas. En KUB-undersökning ställer höga krav på både apparat och på patientens lämplighet. Då bolagets apparat testades gjordes undersökningen endast på en patient, vilket inte är tillräckligt för att kunna bedöma utfallet av undersökningen på ett tillfredsställande sätt – oavsett leverantör. I bolagets fall var patienten av en ren tillfällighet olämplig som undersökningsobjekt. Utfallet av undersökningen bör strykas från utvärderingen då den inte kan ligga till grund för bedömningen av utrustningens kvalitet. Även detta skulle innebära att bolagets anbud blev det ekonomiskt mest fördelaktiga och att bolaget därmed vinner anbudsgivningen. I övrigt förefaller det anmärkningsvärt att endast bolaget och en leverantör till har besvarat den aktuella anbudsfrågan. Bolaget undrar med anledning av detta om landstinget har lämnat mer information än vad som framgår av förfrågningsunderlaget till andra potentiella leverantörer som på så sätt kan ha avstått från att lämna anbud. Bolaget ifrågasätter om landstinget genomfört någon typ av utprovning som bolaget inte fick vara en del av innan anbudsfrågan offentliggjordes.

Landstinget bestrider bifall till överklagandet och anför i huvudsak följande. I förfrågningsunderlaget framgår vilka krav som ställts. När det gäller garanti framgår där att det ställts krav på ett års garanti, vidare framgår att utvärderingen omfattar fullservicekontrakt för utrustningen under fem år. Garantitiden på ett år är ett skall-krav och har inte varit något utvärderingskriterium. Det skulle därför strida mot likabehandlingsprincipen att i utvärderingen ta hänsyn till längre garantitid än landstinget efterfrågat. Anbudsgivare som ger längre garantitid har inte någon fördel av detta i utvärderingen. Landstinget kan inte frånga reglerna för utvärdering som ställts i förfrågningsunderlaget eftersom det skulle missgynna andra anbudsgivare. Som en del av utvärderingen har praktiska tester genomförts i enlighet med vad som framgår av förfrågningsunderlaget. Utrustningen ska användas bl.a. på alla patienter som har behov av KUB-undersökning. Avseende provuppställningen har undersökningarna genomförts på samma

sätt för alla anbudsgivare, det vill säga en patient har undersökts. Landstinget ska använda utrustningen för att undersöka de patienter som behöver undersökas vid den tidpunkt då undersökningen behöver genomföras och kan inte låta bli att undersöka patienter som inte är lämpliga för utrustningen. Undersökningen genomfördes under realistiska förhållanden och utrustningen bedömdes utifrån det. Att utrustningen ger varierande bildkvalitet beroende på vilken patient som undersöks är något som kan ha betydelse för utvärderingen. Bolagets invändning mot valet av patient bekräftar landstingets bedömning att bolagets utrustning har brister för denna undersökningstyp, vilket också framgår av utvärderingen. Vad sedan gäller bolagets påstående om att landstinget lämnat annan information än vad som framgår av förfrågningsunderlaget till leverantörer saknar det grund.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Den upphandlande enheten ska upprätta ett förfrågningsunderlag som i huvudsak ska innehålla en beskrivning av det som ska upphandlas och de villkor som ska gälla för den aktuella upphandlingen samt hur uppdraget ska utföras under avtalstiden. Vidare ska utvärderingsgrunden anges. Den kan vara antingen det lägsta priset eller det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (prop. 2006/07:128 s. 130).

Den upphandlande myndighetens krav ska anges på ett sätt som gör att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget kan skapa sig en bild av möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även 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 (RÅ 2002 ref 50).

När den upphandlade myndigheten avser att tilldela kontraktet till det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt ska myndigheten ange de tilldelningsgrunder som är kopplade till kontraktet och som den tillmäter betydelse vid utvärderingen av anbuden. Tilldelningskriterierna används således för att fastställa vilket av de inkomna anbuden som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Andra förekommande benämningar på kriterier för tilldelning är utvärderingskriterier och "bör-krav" (Asplund m.fl., Överprövning av upphandling och andra rättsmedel enligt LOU och LUF, Jure förlag, Stockholm 2012, s. 198 n).

Handlingarna i målet

Av kolumn 1.1.2 i bilaga 3 "Kravspecifikation obstetriska ultraljudsapparater" till landstingets förfrågningsunderlag framgår att provuppställning av utrustningen kommer ske under två dagar på Östersunds sjukhus. Av kolumn 2.1.1 samt 3.1.1 framgår att offererad utrustning ska fungera för sitt avsedda ändamål i för svenska sjukhus normal driftmiljö. Av kolumn 5.2 framgår att garantitiden ska vara minst tolv månader från datum för leveransgodkännande och att garantitid ska anges.

I skrivelse angående bolagets frågor daterad den 6 september 2013 har bolaget ifrågasatt kalkyleringen avseende bolagets anbud och framhållit att påslag med bakgrund i service ska för bolagets del vara endast ett år, inte fem år. Landstinget har därvid avgett följande svar.

”I förfrågningsunderlaget har vi angett att vi ska räkna på ett servicepris under fem år, inte specifikt under år 1-6 under utrustningens livslängd. Därför räknade vi med en servicekostnad under fem år, även om Zonare erbjuder fem års garantitid.

Om vi trots detta gör om beräkningen så att vi endast använder en kostnad för service under ett år får vi ett jämförelsetal på: 3607987 för Zonare och 3540273 för GE:s E8, vilket inte resulterar i en ändring av publicerat tilldelningsbeslut”

Förvaltningsrättens bedömning

De grundläggande principerna som ska iakttas vid all offentlig upphandling är principerna om likabehandling, icke-diskriminering, transparens och öppenhet, proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten är en kontroll av om det på grund av vad den sökande har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 6 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs vidare att den sökande kan visa att denne har lidit skada eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU. Det ankommer inte på förvaltningsrätten att göra en ny utvärdering eller i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Garantitiden

Bolaget gör gällande att det genom att erbjuda garanti i längre än tolv månader ger kunden ett mervärde som bör medföra att kostnaderna för fullservice bör omräknas för att korrigera detta. Bolaget anför att vinnande anbud bör få påslag för fullservicekostnad för de två apparaterna det är fråga om under de fyra första åren.

Förvaltningsrätten konstaterar att landstinget i förfrågningsunderlaget angett att garantitiden avseende aktuell utrustning ska vara minst tolv månader från datum för leveransgodkännande och att garantitid ska anges. I förfrågningsunderlaget finns inga uppgifter om att en längre garantitid än tolv månader ska tillmätas betydelse vid utvärderingen av anbudet. Mot denna bakgrund var det riktigt av landstinget att vid utvärderingen bortse från att

bolaget erbjudit en längre garantitid än tolv månader. Förvaltningsrätten finner därför att bolaget inte har missgynnats i denna del.

Provuppställningen

Bolaget har ifrågasatt hur undersökningen av den utrustning upphandlingen avser har genomförts. Bolaget har anfört att s.k. KUB-undersökningar inte testats i tillräckligt stor grad för att kunna bedömas samt att undersökningen genomförts på endast en patient som därtill varit olämplig för undersökningen. Landstinget gör å sin sida gällande att den utrustning som upphandlingen avser ska kunna användas på samtliga patienter som har behov av den aktuella undersökningen vid den tidpunkt då undersökningen behöver genomföras. Av denna anledning anser landstinget att undersökningen genomfördes under realistiska förhållanden.

Efter provuppställningen fick bolaget i utvärderingen på punkten "ultraljudsbild" betyget godkänd med brister. Motiveringen till betyget var följande:

"Svårt att mäta på tjock patient – penetration, KUB; dålig bildkvalitet, de kan inte mäta de små avstånden. Eftersom vi sagt att vi ska använda apparaten till KUB-undersökningar och det inte fungerar tillfredsställande enligt referensgruppen får apparaten en samlad poängbedömning på 1 poäng = godkänd med brister."

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget framgår att offererad utrustning ska fungera för sitt avsedda ändamål i för svenska sjukhus normal driftmiljö. Förvaltningsrättens uppfattning är att det måste förutsättas som utrustningens ändamål och som normal drift att använda utrustningen även på den typ av patient som bolaget behandlade under provuppställningen. Det har i vart fall inte visats att det varit fråga om oändamålsenlig användning eller en onormal driftmiljö. Det har inte heller framkommit annat än båda anbudsgivarna endast undersökt en patient var. Det har vidare inte framkommit att den andra anbudsgivaren har utfört sin undersökning på en mer lättundersökt patient. Förvaltningsrätten finner

därför att bolaget inte heller har missgynnats vad gäller resultatet från provuppställningen.

Otillåten information och förhandsbedömning


Bolaget gör vidare gällande att landstinget eventuellt lämnat mer information än vad som framgår av förfrågningsunderlaget till andra leverantörer och eventuellt genomfört en förhandsbedömning som de inte fick vara del av innan anbudsfrågan offentliggjordes. Då bolaget inte företett något som visar att så är fallet och med beaktande av att landstinget bestridit uppgifterna finner förvaltningsrätten att bolaget inte heller i detta avseende har missgynnats.

Förvaltningsrättens slutsats

Mot bakgrund av vad som redogjorts för ovan anser förvaltningsrätten att upphandlingen inte strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU. Bolaget kan då inte anses ha lidit eller riskerat att lida sådan skada som avses i LOU. Det föreligger därför inte skäl för ingripande mot upphandlingen. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten, när förlängd aytalsspärr råder, inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Per-Olof Larsson
rådman

Målet har föredragits av förvaltningsrättsnotarien Kamilla Atmarsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.