



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2015-04-23
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 1033-15

SÖKANDE

Abbott Scandinavia AB, 556046-6137

Ombud: advokaterna Ola Axelsson och Johan Carle
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711
 111 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Region Skåne

Ombud: regionjurist Karin Engström
 291 89 Kristianstad

2. Beckman Coulter AB
 Box 11156
 161 11 Bromma

Ombud: jur.kand. Magnus Josephson
 Magnus Josephson AB
 Kungsgatan 24
 111 35 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på så sätt att en ny utvärdering genomförs i vilken anbudet från Beckman Coulter AB inte ska beaktas.

KONKURRENSVERKET	
2015-04-24	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 247374

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

Telefax
 040-97 24 90

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne genomför en upphandling av automatiserad utrustning och förbrukningsmaterial för blodsmittescreening och annan infektionsserologi. Genom tilldelningsbeslut den 19 januari 2015 har Beckman Coulter AB (Beckman Coulter) tilldelats kontraktet.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Abbott Scandinavia AB (Abbott) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att Beckman Coulters anbud inte ska beaktas vid utvärderingen. Abbott anför bl.a. följande.

Beckman Coulters anbud uppfyller inte samtliga obligatoriska krav i upphandlingen och ska därför i enlighet med de EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling samt 1 kap. 9 § LOU inte beaktas vid utvärderingen. Abbotts anbud placerade sig på andra plats och har således, till följd av att Beckman Coulters anbud utvärderats trots att anbudet inte uppfyller samtliga obligatoriska krav, lidit eller riskerat att lida skada.

Av den till Beckman Coulters anbud bifogade och ifyllda kravspecifikationen framgår att bolaget markerat att samtliga obligatoriska krav i kravspecifikationen uppfylls. Beckman Coulters anbud uppfyller dock inte samtliga obligatoriska krav i kravspecifikationen.

Det obligatoriska kravet i 2.33 lyder som följer:

”Analysinstrumenten ska ha nivådetektion både vid prov- och reagenspipettering”

Det offererade analysinstrumentet DxI 800 inkluderar dock inte nivådetektion vid reagenspipettering, och uppfyller således inte det obligatoriska kravet. Instrumentet är i bruk på andra platser i Europa, och det är väl känt att instrumentet inte inkluderar nivådetektion vid reagenspipettering. Skälet till avsaknaden av denna funktion är att den inte är teknisk möjlig, mot bakgrund av Beckman Coulters tekniska lösning i övrigt. Den aktuella sonden måste, för att komma i kontakt med reagensen, tränga igenom en gummiförslutning. Att sonden därmed kommer i kontakt med gummiförslutningen medför att sonden inte kan göra den frekvensmätning som är nödvändig för att kunna läsa av reagensnivån (kontakten med gummiförslutningen påverkar nämligen sondens möjligheter att röra sig, och därmed frekvensen).

Att DxI 800 inte inkluderar den aktuella funktionen framgår också av Beckman Coulters egen officiella operatörsguide. I samband med att en reagensförpackning laddas i instrumentet bedöms vätskenivån i denna genom att läsa av reagensförpackningens streckkod och därigenom erhålla information om antalet gjorda respektive återstående tester i reagensförpackningen (av maximalt 50 tester). Utifrån denna information sänker sig pipetten till rätt nivå i reagensförpackningen. Att nivådetektion vid reagenspipettering saknas medför att pipetten, om antalet återstående tester i förpackningen är lägre än 50 men denna information av något skäl inte framgår vid avläsningen av streckkoden, suger upp luft istället för reagens. Av varningen i Beckmans Coulters officiella operatörsguide framgår att en potentiell effekt av detta förhållande är att instrumentet levererar provresultat som framstår som trovärdiga trots att dessa är felaktiga. Denna brist vid användande är alltså en direkt konsekvens av att DxI 800 inte inkluderar den i upphandlingen efterfrågade nivådetektionen vid reagenspipettering.

Vidare framgår det av operatörsguiden att om reagensnivån i förpackningen av någon anledning förändras (t.ex. genom läckage), och om förpack-

ningen således inte är full när den placeras i instrumentet trots att streckkoden anger att så är fallet, suger pipetten endast upp luft. Skälet till detta är att programvaran utifrån informationen som framgår av streckkoden tror att förpackningen är full, och instrumentet i avsaknad av nivådetektering inte upptäcker att så inte är fallet. Först efter ett antal felaktiga tester innehållande luft når pipetten reagensnivån. Denna brist uppstår inte vid användande av ett instrument som, i enlighet med det obligatoriska kravet i upphandlingen, inkluderar nivådetektion vid reagenspipettering.

Det är således visat att det aktuella, obligatoriska kravet inte är uppfyllt, varför Beckman Coulters anbud ska förkastas.

Det obligatoriska kravet i 2.34 lyder som följer:

”Analysinstrument ska känna av clot (vid provpipettering) och luftbubblor (både vid prov- och reagenspipettering).”

DxI 800 känner dock inte av luftbubblor vid prov- och reagenspipettering, och uppfyller således inte det obligatoriska kravet.

Som nämnts ovan är instrumentet i bruk på andra platser i Europa, och det är väl känt att analysinstrumentet inte känner av luftbubblor vid prov- och reagenspipettering. I operatörsguiden informerar Beckman Coulter om att användaren bör vara försiktig vid hantering eftersom analysinstrumentet inte känner av luftbubblor.

Det kan också konstateras att det ingenstans i vare sig Beckman Coulters operatörsguide eller användarmanual anges att instrumentet kan känna av luftbubblor. Vidare kan ett instrument som inte kan känna av om reagensnivån är för låg inte heller känna av om bubblor förekommer.

De två obligatoriska kraven i 2.35 lyder som följer:

”Analysinstrumentet ska ha en liten dödvolymer vid provpipettering. Ange minsta dödvolymer, för samtliga offererade analysinstrument, för den provkopp som används vid kapillärprov.”

Beckman Coulter har i sitt anbud angett att dess offererade analysinstrument Dxi 800 har en minsta dödvolymer om 70 uL i 0,5 mL och de obligatoriska kraven är uppfylla. Dxi 800 har dock en minsta dödvolymer om totalt 80 uL i 0,5 mL kopp, dvs. 10 uL mer än vad som anges i anbudet. Den totala dödvolymer vid användande av Dxi 800 med 0,5 mL kopp uppgår dessutom till 140 uL, dvs. dubbelt så stor volym än den som anges i anbudet. Beckman uppfyller således varken det obligatoriska kravet att den minsta dödvolymer ska anges eller det obligatoriska kravet att dödvolymer ska vara liten (som jämförelse avseende det senare kravet kan nämnas att Abbotts relevanta dödvolymer är 50 uL i 0,5 mL kopp).

Att de obligatoriska kraven inte uppfylls framgår av Beckman Coulters egen användarmanual. I denna anges för det första att den lägsta dödvolymer i 0,5 mL kopp är 80 uL och, för det andra, att det vid användandet av Dxi 800 tillkommer en ”extra” dödvolymer om 60 uL (utöver dödvolymer i själva provkoppen).

Det ovan sagda innebär också att den uppgift som Beckman Coulter lämnat i sitt anbud avseende det obligatoriska kravet 2.29 är felaktig. Även avseende detta krav har Beckman Coulter angett att den minsta dödvolymer i 0,5 mL kopp är 70 uL, när den rätteligen skulle vara 80 uL.

Det obligatoriska kravet i 9.2 lyder som följer:

”Analytisk sensitivitet: Testet ska kunna påvisa minst 0,05 IU/mL (vid jämförelse med internationell standard). Resultatet kan vara kvalitativt.”

Beckman Coulter har i sitt anbud angett att det obligatoriska kravet är uppfyllt. Det offererade HBsAg-testet har dock en analytisk sensitivitet som inte når ner till 0,05 IU/mL, och uppfyller således inte det obligatoriska kravet. Detta framgår av Beckman Coulters eget produktionsblad. I produktionsbladet anges att den analytiska sensitiviteten, med användande av såväl den tidigare som nuvarande WHO-standarden, överstiger 0,05 IU/mL (0,092 respektive 0,056 IU/mL).

Det obligatoriska kravet i 42.10 lyder som följer:

”Ange reagensens/lösningarnas namn som innehåller natriumazid, artikelnummer, koncentration av natriumazid och volym/100 analyser.”

Beckman Coulter har i sitt anbud angett att det obligatoriska kravet är uppfyllt. Beckman Coulter redovisar dock inte vilka reagenser och lösningar som innehåller natriumazid, och redovisar följaktligen inte heller koncentrationen av natriumazid i dessa reagenser och lösningar eller volymen per 100 analyser. Beckman Coulter hänvisar endast till ett svar som man lämnat i anledning av kravet i 42.09 (bör-krav), i vilket Beckman Coulter anger att ”Inga reagenser/lösningar innehåller några märkningspliktiga koncentrationer av natriumazid (azidkoncentrationer <0,1 % (v/v)).

Ett flertal av Beckman Coulters offererade reagenser innehåller natriumazid. Det framgår t.ex. av säkerhetsbladet för Beckman Coulters tvättbuffert att denna innehåller natriumazid i en koncentration om <0,1 % (v/v) och av produktbladet för HBsAg-testet att HBsAg-testet innehåller <0,1 % natriumazid. Detta är bara två av ett flertal exempel. Beckman Coulters anbud uppfyller således inte det obligatoriska kravet att samtliga reagen-

ser/lösningar som innehåller natriumazid ska anges i anbudet med artikelnummer, koncentration av natriumazid samt volym per 100 analyser.

Region Skåne bestrider bifall till Abbotts ansökan och anför bl.a. följande.

Abbott har angett att det av Beckman Coulter offererade analysinstrumentet Dxi 800 inte inkluderar nivådetektion vid reagenspipettering, och att det således inte uppfyller det obligatoriska kravet i 2.33. Till stöd för sitt påstående anger Abbott att det är väl känt och att det inte är tekniskt möjligt mot bakgrund av Beckman Coulters tekniska lösningar i övrigt att ha en sådan funktion i instrumentet.

Abbott ger inte någon närmare förklaring till sitt påstående om att det skulle vara väl känt, och för inte heller detta påstående närmare i bevisning. Det är inte tillräckligt att påstå att en uppgift om bristande kravuppfyllelse är känd för att upphandlande myndighet ska vara skyldig att beakta den.

Abbotts påstående om att det är tekniskt omöjligt att inkludera nivådetektion vid reagenspipettering i det offererade instrumentet och förklaring därtill motsägs av Beckman Coulters försäkran om att möjligheten att känna av om det finns reagens eller inte är en funktion som är inbyggd i instrumentet. Den som bäst känner en produkt och dess egenskaper, och som därmed är bäst skickad att besvara om produkten uppfyller ett visst funktionskrav, måste under alla omständigheter anses vara tillverkaren. Regionens expertgrupp bedömer inte att det är en teknisk omöjlighet för det offererade instrumentet att uppfylla kravet. Vidare kan tilläggas att Abbott omöjligen kan ha kännedom om exakt vilken produkt som Beckman Coulter har offererat och kan således inte ha bättre kunskap än Beckman Coulter om det offererade instrumentet. Regionen kan omöjligen gissa vad Abbott grundar sitt påstående på i denna del, och någon bevisning som styrker

att instrumentet inte uppfyller kravet har inte heller presenterats. Vad Abbott anför till stöd för sin talan i denna del ger således inte anledning att ifrågasätta riktigheten i tillverkarens försäkran om att kravet på nivådetektion är uppfyllt.

De av Abbott citerade styckena ur Beckman Coulters operatörsguide säger i själva verket inte något om det offererade instrumentets funktionalitet eller tekniska förmågor, utan tar alla sikte på hanteringen, dvs. handhavande, vid pipettering.

Även avseende kravet i 2.34 påstår Abbott att det är väl känt att DxI 800 inte uppfyller kravet på att känna av luftbubblor, utan att föra någon bevisning till styrkande av detta påstående. Enligt Beckman Coulter är även detektionen av luftbubblor en funktion som är inbyggd i instrumentet och Regionen har ingen anledning att ifrågasätta denna uppgift eftersom Beckman Coulter som instrumentets tillverkare får förutses veta detta bättre än Abbott.

Citatet från manualen kan inte läggas till grund för att det offererade instrumentet inte uppfyller det aktuella kravet. Instruktionen säger endast hur man vid provtagning minimerar risken för att bubblor uppstår, den säger ingenting om huruvida instrumentet i och för sig kan detektera luftbubblor. Kravet i upphandlingen är att instrumentet ska känna av luftbubblor när de uppkommer, inte att leverantören ska garantera att luftbubblor inte kan uppkomma. Vad Abbott anför till stöd för sin talan i denna del ger således inte anledning att ifrågasätta riktigheten i Beckman Coulters försäkran om att kravet är uppfyllt.

Det är också svårt att förstå på vilket sätt Abbott menar att instrumentets oförmåga att känna av reagensnivå i krav 2.33 också skulle innebära att det därmed inte heller är tekniskt möjligt för instrumentet att känna av luft-

ionella WHO-standarder. Den analytiska sensitiviteten för respektive standard uttrycks dels som ett enskilt värde och dels som ett intervall. Intervallen ger uttryck för att den analytiska sensitiviteten statistiskt kan variera mellan intervallens högsta respektive lägsta värden. Det är alltså det lägsta värdet som kan utläsas ur dessa två intervall som är Beckman Coulters *lägsta påvisbara nivå* och som ska uppfylla kravet i upphandlingen. De av Abbott anförda enskilda värdena är inte intressanta i sammanhanget och har ingen betydelse för kravet.

För standarden WHO NIBSC 00/588 redovisas det lägsta intervallet, nämligen 0,054 – 0,059 IU/mL. Det är således det lägsta värdet, "golvet", i detta intervall, dvs. 0,054 IU/mL, som utgör Beckman Coulters lägsta påvisbara nivå. Avrundat till två decimaler, vilket överensstämmer med hur kravet är utformat, blir detta värde 0,05 IU/mL. Kravet är alltså uppfyllt.

Syftet med kravet i 42.10 är att identifiera i vilken mån anbudsgivarens reagenser/lösningar är märkningspliktiga. Reagenser och lösningar vars natriumazidkoncentrationer är så låga att de understiger 0,1 % (v/v) är inte märkningspliktiga och är således inte av intresse för kravet. Av Beckman Coulters svar framgår tydligt att inga av dess reagenser/lösningar har en natriumazidkoncentration som överstiger 0,1 % (v/v) och, följaktligen att de inte är märkningspliktiga. Motsatsvis kan man också ur Beckman Coulters svar utläsa att natriumazidkoncentrationerna i Beckman Coulters reagens och lösningar uppgår till maximalt 0,1 % (v/v). Kravet är alltså uppfyllt.

För det fall förvaltningsrätten ändå skulle finna att kravet objektivt sett innebär en skyldighet att lista samtliga reagenser och lösningar som innehåller natriumazid uppfyller Beckman Coulters svar i alla fall syftet med kravet och det hade varit oproportionerliga att utesluta Beckman Coulters anbud enbart på den grunden att någon listning inte gjorts, jfr Kammarrät-

bubblor. Nivådetektion och avkänning av luftbubblor är två olika saker och avsaknaden av det ena uteslutet inte det andra. Region Skånes expertgrupp i upphandlingen har med sin samlade expertis och kunskap bedömt att Beckman Coulters instrument uppfyller samtliga obligatoriska krav som uppställts.

Det obligatoriska kravet i 2.35 innebär dels att analysinstrumenten ska ha en liten dödvolymer vid provpipettering, och dels att anbudsgivarna ska ange den minsta dödvolymer för samtliga offererade analysinstrument för den provkopp som används vid kapillärprov. Beckman Coulter har i sitt anbud uppgett att instrumentet Dxi 800 har en minsta dödvolymer om 70 uL i 0,5 mL kopp. Denna siffra styrks av bifogad tabell. Uppgifterna i den användarmanual som Abbott hänvisar till är inte aktuella och manualen är inte inkluderad i Beckman Coulters anbud och ska därför lämnas utan avseende.

Kravet tar enbart sikte på minsta dödvolymer. För att kravet ska vara uppfyllt är det tillräckligt att den angivna minsta dödvolymer är liten, vilket är uppfyllt här. Vad Abbott i övrigt anför om total dödvolymer och extra dödvolymer har ingen betydelse för någon del av kravet och ska därför lämnas utan avseende. Det faktum att Abbott måhända har en mindre dödvolymer än Beckman Coulter har ingen betydelse i sammanhanget och påverkar inte det faktum att Beckman Coulter uppfyller kravet.

När det gäller det obligatoriska kravet i 9.2 gör Abbott gällande att det av Beckman Coulter offererade HBsAg-testet inte har en analytisk sensitivitet som når ned till det obligatoriska kravet på 0,05 IU/mL. Abbott hänvisar till de två värdena om 0,092 respektive 0,056 IU/mL som anges i en tillansökan ingiven bilaga. Den ingivna bilagan fanns inte med Beckman Coulters anbud, men Regionen konstaterar att det i en tabell presenteras en utvärdering av den analytiska sensitiviteten i förhållande till två internat-

ten i Stockholms dom i mål nr 2391-12. Den avvikelse från kravet som underlåtenheten att lista icke-märkningspliktiga reagenser och lösningar i så fall innebär är irrelevant och oväsentligt för upphandlingen, och innebär inte att likabehandlingsprincipen åsidosatts eftersom samtliga anbudsgivare behandlats likvärdigt i utvärderingen på så sätt att svaren godkänts så länge syftet med kravet varit uppfyllt.

Abbott genmäler bl.a. följande. Abbott noterar att Regionen nu gör gällande att uppgifterna i den användarmanual till vilken Abbott hänvisat inte är aktuella, och att aktuella uppgifter istället framgår av en annan tabell som Regionen bifogat sitt yttrande. I nämnda tabell anges att den minsta dödvolymen i 0,5 mL kopp är 70 uL.

Den tabell som bifogats Regionens yttrande är dock daterad den 27 juni 2013. Beckman Coulters officiella användarmanual, till vilken Abbott hänvisat, är daterad februari 2014. Det står klart att den senare daterade, officiella användarmanualen har högre aktualitet och bevisvärde än den tidigare daterade och, vad det förefaller, endast internt upprättade tabell. Det är således visat att Beckman Coulter inte uppfyllt det obligatoriska kravet i punkten 2.35 då bolaget i sitt anbud har angett en annan, mindre, dödvolym än den korrekta.

Det är vidare visat att Beckman Coulter inte uppfyllt det obligatoriska kravet i punkten 2.29 i den del det anger att anbudsgivaren ska beskriva sin lösning. Beckman Coulter har i sitt anbud, med angivande av en annan dödvolym än den korrekta, beskrivit en annan lösning än den offererade.

När det gäller det obligatoriska kravet i punkten 9.2 är det ostridigt att det av Beckman Coulter offererade testet inte når ner till 0,05 IU/mL. Abbott vidhåller att det relevanta värdet är 0,056 IU/mL. Även om rätten skulle finna att det relevanta värdet är 0,054 IU/mL, uppfyller Beckman Coulter

inte det obligatoriska kravet. Kravet anger att testet ska kunna påvisa minst 0,05 IU/mL, och förfrågningsunderlaget medger inte avrundning. För att principerna om transparens och likabehandling ska kunna upprätthållas är det en nödvändig förutsättning för avrundning att det i förfrågningsunderlaget tydligt anges att avrundning ska tillämpas samt vilka avrundningsprinciper som därvid ska tillämpas.

Vad gäller det obligatoriska kravet i punkten 42.10 förefaller Regionen nu göra gällande att kravet anger att anbudsgivaren endast ska redovisa märkningspliktiga koncentrationer av natriumazid. Det står redan klart av kravets ordalydelse att så inte är fallet. Till detta kommer att Regionen i samband med det omedelbart föregående kravet i 42.9 däremot efterfrågat information avseende förekomsten av märkningspliktiga koncentrationer av natriumazid. I anslutning till kravet i 42.10 har Regionen därutöver efterfrågat samtliga reagenser/lösningar som innehåller natriumazid, oavsett om dessa är märkningspliktiga eller ej.

Syftet med kravet har uppenbart varit att erhålla information om även ej märkningspliktiga koncentrationer av natriumazid. Detta är rimligen också skälet till att Regionen i kravet inkluderat att anbudet ska ange inte bara artikelnummer och koncentrationer av natriumazid utan också volym/100 analyser. Den efterfrågade informationen är av intresse bl.a. eftersom även mindre mängder av natriumazid kan ansamlas i exempelvis avlopp och därvid skapa hög explosionsrisk. Informationen kan också vara av betydelse bl.a. vid den upphandlande myndighetens genomförande av riskanalyser i enlighet med Arbetsmiljöverkets föreskrifter.

Såvitt avser frågan om proportionalitet bestrids att Beckman Coulters bristande kravuppfyllelse i denna del skulle vara irrelevant och oväsentlig för upphandlingen. Acceptans av Beckman Coulters anbud skulle innebära att principerna om transparens och likabehandling träds förnär på ett sätt som

inte är förenligt med det upphandlingsrättsliga regelverket och som i sin tur skulle innebära att upphandlande myndigheter ges en mycket stor rätt att skönsmässigt besluta huruvida anbud som inte uppfyller obligatoriska krav ska förkastas eller ej.

Region Skåne har anfört ytterligare följande.

Vad gäller de olika dokument som parterna presterat som bevisning avseende kravet i 2.35 för instrumentets minsta dödvolym vidgår Regionen att den tabell som fogats till Regionens tidigare yttrande har erhållits först i samband med överprövningen. Vilken betydelse Abbott menar att detta skulle ha är oklart. Abbott tycks vidare mena att Beckman Coulter är bundet av informationen i den senast daterade handlingen som företaget utfärdat och gör gällande att nyare handlingar skulle ha ett högre bevisvärde än äldre. Detta är ett märkligt argument. Beckman Coulter som har tillverkat instrumentet och som har författat handlingarna borde vara den som bäst vet vilken uppgift som är den officiella i sammanhanget.

Vad gäller kravet i punkten 9.2 har Abbott påstått att upphandlingen inte medger avrundning och att det strider mot principerna om transparens och likabehandling att tillåta avrundning om det inte anges tydligt i förfrågningsunderlaget att avrundning ska tillämpas och principerna därför.

Enligt svenska avrundningsregler inkluderar talet 0,05 samtliga tal mellan 0,045-0,054, och talet 0,050 inkluderar talen 0,0495-0,0504. Om man som krav uppställer ett minsta värde angivet med två decimaler får kravställaren alltså enligt gängse praxis godta att värden upp till och med 0,054 uppfyller kravet, vilket är fallet här. Hade Regionen menat 0,050 IU/mL hade man fått vara tydlig med det och formulera kravet med tre decimaler. Något brott mot vare sig principen om transparens eller likabehandlingsprincipen föreligger alltså inte.

Beckman Coulter bestrider bifall till Abbotts ansökan om överprövning och anför bl.a. följande.

Beckman Coulter uppfyller samtliga aktuella krav. När det gäller kravet i punkten 2.33 avseende nivådetektion är funktionen sådan att systemet, vid överföring av prov eller reagens till reaktionskoppen känner av om det finns vätska i pipetten eller inte. Beckman Coulters form av nivådetektion har således en funktion som uppfyller kravet på nivådetektion av prov och reagens. Systemet kommer inte att påbörja en analys om det av någon anledning inte finns tillräckligt med prov eller reagens. När det gäller kravet i punkten 2.34 avseende clot och luftbubblor mäter instrumentet trycket både vid uppsugning och dispensering av prov och reagens. Det uppmätta trycket jämförs mot en kalibreringskurva. Om trycket avviker, som det gör exempelvis om en clot eller luftbubbla suggs upp, underkänns provet och flaggas utan att någon analys utförs.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet 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 att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Förvaltningsrättens bedömning

En av huvudprinciperna i LOU är att anbud som inte uppfyller samtliga obligatoriska krav i förfrågningsunderlaget inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i förfrågningsunderlaget måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Härvid ska konstateras att det inte ankommer på domstolen att göra en egen utvärdering av de lämnade anbuden utan domstolens prövning utgör en kontroll av om utvärderingen har gått rätt till.

Obligatoriska krav i punkten 2.33 och punkten 2.34

Abbott har gjort gällande att det av Beckman Coulter offererade analysinstrumentet inte uppfyller kravet i 2.33. Det är, enligt Abbott, väl känt att instrumentet inte inkluderar nivådetektion vid reagenspipettering. Vidare är funktionen, mot bakgrund av Beckman Coulters tekniska lösningar i övrigt, inte teknisk möjlig. Till stöd för sitt påstående har Abbott hänvisat till Beckman Coulters operatörsguide. Vidare har Abbott gjort gällande att det offererade analysinstrumentet inte uppfyller kravet i punkten 2.34. Enligt Abbott är det väl känt att analysinstrumentet inte känner av luftbubblor vid prov- och reagenspipettering. Vidare kan ett instrument som inte kan känna av om reagensnivån är för låg inte heller känna av om bubblor förekommer. Till stöd för påstående hänvisas till Beckman Coulters operatörsguide.

Beckman Coulter har i det inlämnade anbudet intygat att det offererade analysinstrumentet uppfyller de aktuella kraven. Det framgår vidare att den expertgrupp som har utvärderat det av Beckman Coulter offererade analysinstrumentet har bedömt att ställda krav i punkterna 2.33 och 2.34 uppfylls. Enligt förvaltningsrättens mening har det inte framkommit skäl som ger anledning att ifrågasätta denna bedömning.

Obligatoriska kravet i punkten 2.35

Abbott har vidare gjort gällande att det av Beckman Coulter offererade analysinstrumentet inte uppfyller kravet i punkten 2.35. Enligt Abbott har Beckman Coulter felaktigt uppgett att dess analysinstrument har en minsta dödvolyms om 70 uL i 0,5 mL. Emellertid har, enligt Abbott, det aktuella analysinstrumentet en minsta dödvolyms om 80 uL i 0,5 mL. Dessutom uppgår den totala dödvolyms till 140 uL, dvs. dubbelt så stor volym som den som anges i anbudet. Till stöd för påståendet hänvisas till Beckman Coulters användarmanual. Detta innebär, enligt Abbott, att inte heller det obligatoriska kravet i punkten 2.29, om att det ska finnas en lösning för att hantera liten provvolym, är uppfyllt.

Av punkten ifråga framgår att analysinstrumentet ska ha en liten dödvolyms vid provpipettering. Vidare ska anbudsgivaren ange den minsta dödvolyms för samtliga offererade analysinstrument för den provkopp som används vid kapillärprov. Av Beckman Coulters anbud framgår att Bolaget angett att det aktuella analysinstrumentet har en minsta dödvolyms om 70 uL i 0,5 mL kopp. Region Skåne har bedömt att Beckman Coulters analysinstrument uppfyller det aktuella kravet. Vidare har Beckman Coulter, i samband med överprovningen, lämnat in en tabell som styrker den uppgivna uppgiften. Enligt förvaltningsrättens bedömning har Abbott inte förmått visa att Beckman Coulters analysinstrument inte uppfyller kravet i punkten 2.35. Det är inte heller visat att Beckman Coulters analysinstrument inte uppfyller kravet i punkten 2.29.

Obligatoriska kravet i punkten 9.2

När det gäller det obligatoriska kravet i punkten 9.2 har Abbott gjort gällande att det av Beckman Coulter offererade HBsAg-testet inte har en analytisk sensitivitet som når ned till det obligatoriska kravet på 0,05 IU/mL.

Enligt Abbott framgår det av Beckman Coulters produktblad att det relevanta värdet är 0,056. Oaktat om rätten skulle finna att det relevanta värdet är 0,054 IU/mL, uppfylls inte kravet enligt Abbott, eftersom testet ska kunna påvisa minst 0,05 IU/mL. Region Skåne har härvid anfört att den bilaga som Abbott hänvisar till inte finns med i Beckman Coulters anbud. Beckman Coulters lägsta påvisbara värde är 0,054 IU/mL. Med hänsyn till svenska avrundningsregler får kravställaren godta värden upp till och 0,054.

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av utredningen i målet att det får anses stå klart att Beckman Coulters lägsta påvisbara värde är 0,054 IU/mL. Frågan är därmed om kravet, som innebär att testet ska kunna påvisa minst 0,05 IU/mL, är uppfyllt.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i förfrågningsunderlaget inte anges huruvida avrundning ska ske. Region Skåne har anfört att då kravet är formulerat med två decimaler framgår det tydligt att upphandlingen medger den aktuella avrundningen. Förvaltningsrätten konstaterar vidare att den upphandlande myndigheten måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuden under förutsättning att det sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget och att de grundläggande upphandlingsprinciperna efterlevs. Principerna om likabehandling och transparens förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet. Det har inte framkommit annat än att andra anbudsgivares anbud behandlats på samma sätt som Beckman Coulters. Förvaltningsrätten anser mot bakgrund av ovanstående att Region Skåne inte har avvikit från förfrågningsunderlaget eller åsidosatt principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att godkänna Beckman Coulters värde om 0,054 IU/mL.

Det obligatoriska kravet i punkten 42.10

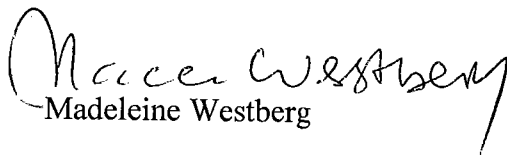
Abbott har vidare gjort gällande att Beckman Coulter inte uppfyller kravet i punkten 42.10. I kravet anges att anbudsgivaren ska ange reagens/lösningarnas namn som innehåller natriumazid, artikelnummer, koncentration av natriumazid och volym per 100 analyser. Beckman Coulter har inte i sitt anbud redovisat några reagenser eller lösningar som innehåller natriumazid, utan har hänvisat till sitt svar under punkten 42.9. I punkten 42.9 anges att kit/reagens och samtliga övriga lösningar inte bör innehålla några märkningspliktiga koncentrationer enligt svensk lag av natriumazid. Beckman Coulter har under punkten angett att inga reagenser/lösningar innehåller några märkningspliktiga koncentrationer av natriumazid. Region Skåne har gjort gällande syftet med det aktuella kravet har varit att identifiera i vilken mån anbudsgivarens reagenser/lösningar är märkningspliktiga. Då Beckman Coulter, under punkten 42.9, har angett att inga reagenser/lösningar innehåller några märkningspliktiga koncentrationer av natriumazid är därmed kravet uppfyllt. För det fall kravet skulle anses innebära en skyldighet att lista samtliga reagenser och lösningar som innehåller natriumazid får det, enligt Region Skåne, anses oproportionerligt att utesluta Beckman Coulters anbud enbart på den grunden att någon listning inte gjorts då Beckman Coulters svar uppfyller syftet med kravet.

Förvaltningsrätten finner att det aktuella kravet i punkten 42.10 inte kan läsas på annat sätt än att anbudsgivarna ska redovisa koncentrationer av natriumazid. Stöd för en sådan ståndpunkt finns, förutom i ordalydelsen, redan i det av Region Skåne uppgivna syftet med ska-kravet i 42.10, nämligen att kontrollera om koncentrationen av natriumazid är märkningspliktig. Den omständigheten att det i den föregående punkten, 42.9, som ett bör-krav angetts önskemål om icke-märkningspliktiga koncentrationer av natriumazid, ger inte stöd för att punkten 42.10 i sig endast tar sikte på märkningspliktiga koncentrationer av ämnet. Att Beckman Coulter i anslut-

ning till bör-kravet i 42.9 redovisat att bolaget inte har några märkningspliktiga koncentrationer, kan enligt förvaltningsrätten därmed med hänsyn till förfrågningsunderlagets utformning i dessa delar inte inskränka ska-kravet i 42.10. Med hänsyn härtill kan det heller inte anses oproportionerligt enligt de invändningar Region Skåne framfört i detta hänseende, att utesluta Beckman Coulters anbud på den grunden att bolaget inte uppfyllt det ställda ska-kravet i punkten 42.10.

Utifrån det ovan anförda finner förvaltningsrätten sammanfattningsvis att Region Skåne, genom att anta Beckman Coulters anbud trots att detta inte uppfyllde ställda ska-krav i punkten 42.10, har agerat i strid med LOU. Abbot, vars anbud har placerat sig på andra plats i utvärderingen, har till följd härav lidit skada. Upphandlingen ska därför rättas på så sätt att en ny utvärdering ska göras i vilken Region Skåne inte ska beakta anbudet från Beckman Coulter.

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


Madeleine Westberg

Målet har föredragits av Marita Ekdahl.



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. 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.