



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2011-04-19
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2483-11 E
Enhet 2:2

SÖKANDE

Medic24 AB, 556493-6234
Solvarvsgatan 4
507 40 Borås

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Område Inköp
Regionservice
405 44 Göteborg

KONKURRENSVERKET	
2011-04-20	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Medic24 AB:s ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens beslut den 7 mars 2011 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (nedan VGR) har genomfört en upphandling av ramavtal avseende "Artiklar för patientnära analyser", dnr 269-2010. Upphandlingen har genomförts med ett öppet förfarande. I tilldelningsbeslut den 23 februari 2011 meddelas att VGR, för produktgrupp 14 Strep A snabbtest, har beslutat att teckna avtal med Medinor AB. I tilldelningsbeslut anges vidare att avtal planeras att undertecknas den 8 mars 2011.

Sedan Medic24 AB (bolaget) ansökt om överprövning av upphandlingen och därvid yrkat att förvaltningsrätten ska besluta om interimistisk åtgärd har förvaltningsrätten den 7 mars 2011 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan annat förordnats i målet.

YRKANDEN M.M.

Bolaget ansöker om överprövning enligt LOU och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har vidtagits. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om. Som skäl för talan anger bolaget i huvudsak följande. Bolaget erhöll med stöd av verifierade resultat i en SKUP-utvärdering maximala 15 poäng avseende bör-kravet att "metoden bör ha en svensk utvärdering, grundad på patientprover utförd på vårdcentral alternativt en SKUP-utvärdering". Därmed har den upphandlande myndigheten accepterat SKUP-utvärdering som en objektiv utvärderingsmetod. Vad gäller bör-kravet om hög sensitivitet och hög specificitet enligt svensk utvärdering har bolaget dock enbart erhållit 3 av maximalt 10 poäng, trots att bolagets offererade Strep A-test enligt SKUP-utvärdering innehåller/överträffar ställt bör-krav om sensitivitet och specificitet och således borde erhålla maximala 10 poäng. Medinor AB, vilka har tilldelats kontraktet, uppnådde totalt 91,8 poäng jämfört med bolagets totala 87,0 poäng.

Därmed föreligger en poängskillnad om endast 4,8 poäng. Poängskillnaden är mindre än det poängavdrag om 7,0 poäng som bolaget felaktigt fått beträffande aktuellt bör-krav. Bolagets anbud är därmed det ekonomiskt mest fördelaktiga. Den upphandlande myndigheten har genom att inte tillmäta det skandinaviskt oberoende och objektiva framtagna och redovisade SKUP-testet samma/likvärdigt bevisvärde som annan odefinierad och ospecificerad svensk undersökning brutit mot grundläggande EU-direktiv om fri handel, kravet på en objektiv bedömning av redovisade krav enligt LOU samt vedertagen branschpraxis om svensk sjukvårds allmänna acceptans av genomförda tester och testrapporter från det oberoende skandinaviska testinstitutet SKUP.

VGR bestrider bifall till ansökan och hemställer att förvaltningsrätten i samband med domen upphäver det interimistiska beslutet. Härvid anförs i huvudsak följande. I anbudsinbjudan (s. 5) under avsnitt 2.3 Obligatoriska krav anges att ”Av anbudet ska, i Bilaga 2 framgå att samtliga skall-krav är uppfyllda genom att anbudsgivaren i Bilaga 2 besvarar kolumnen ”Uppfylls” med X i ruta ”Ja” för varje skall-krav. Övriga svar och kommentarer skrivs in i de ofärgade fälten i excel-filen”. Bolaget har i enlighet med det obligatoriska kravet i de ofärgade fälten till bör-kravet om att metoden bör ha en svensk utvärdering grundad på patientprover utförda på vårdcentral alternativt en SKUP-utvärdering i fältet svar och kommentarer från anbudsgivare hänvisat till bifogad SKUP-utvärdering och när det gäller det andra bör-kravet om att metoden bör ha hög sensitivitet och hög specificitet enligt svensk utvärdering har bolaget hänvisat till ”bipacksedel i förpackningen”. Vad gäller det första bör-kravet har bolaget tilldelats maximala 15 poäng. Landstinget har således inte tillmätt en SKUP-utvärdering mindre betydelse än en svensk utvärdering. När det gäller det andra bör-kravet hänvisar bolaget till ”bipacksedel” – en utvärdering utförd av tillverkaren. Bolaget hänvisar således inte till någon svensk utvärdering; inte heller hänvisas till någon SKUP-utvärdering, vilket i och för sig inte för-

ändrat poängtilldelningen. Något skäl att tilldela en högre poäng föreligger inte. Härvid betonas att det inte är fråga om ett obligatoriskt krav utan att det ankommer på anbudsgivaren att, om denne önskar att nå högre poäng, hänvisa till svensk utvärdering. Aktuellt bör-krav är transparent och förhållandet har varit lika för alla anbudsgivare. Andra anbudsgivare har hänvisat till svensk utvärdering. Bolaget har därutöver inte visat att landstinget brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse.

Bolaget vidhåller sin inställning och tillägger i huvudsak följande. Den till anbudet bifogade oberoende provningsrapport SKUP-test, som verifierar att offererad produkts kvalitativa egenskaper överträffar ställda bör-krav, innebär att anbudet uppfyller aktuellt bör-krav och ska därmed tilldelas en högre poäng. Enligt 6 kap. 8 § LOU ska upphandlande myndigheter godta intyg från organ som är erkända i ett ESS-land. SKUP-rapporten har bifogats anbudet och använts vid bedömningen av det första bör-kravet om kvalitet. Således ska denna godtas även för produktens kvalitativa egenskaper som efterfrågas i det andra bör-kravet. Avsaknad av specifik hänvisning till SKUP-rapporten vid det andra bör-kravet utgör inte skäl för uteslutning då bolaget redan hänvisat till förevarande rapport vid föregående bör-krav och landstinget då beaktat dess evidens, jfr 9 kap. 8 § LOU. Poängsättningen ska inte påverkas negativt av den anledningen att bolaget dessutom bifogat och hänvisat till produktens bipacksedel.

VGR genmäler i huvudsak följande. Vad en anbudsgivare har uppgett under ett krav kan inte också tillgodoräknas denne under ett annat krav. Det har heller inte funnits skäl att begära in ett förtydligande eller en komplettering enligt 9 kap. 8 § LOU, vilket den upphandlande myndigheten får göra. Det finns för övrigt inte något motsatsförhållande i bör-kraven utan de kompletterar varandra i syfte att få en produkt med så hög kvalitet som möjligt. En utvärdering på patientprover tagna på vårdcentraler speglar den

egentliga sensitiviteten och specificiteten enligt svenska förhållanden, eftersom en sådan utvärdering inkluderar preanalytiska faktorer såsom provtagning på patient, transport samt laborerande personal med olika utbildningsnivå och yrkeserfarenhet, dvs. den ”vardagliga” verkligheten. I en SKUP-utvärdering är förfarandet ett annat eftersom bedömningen av testets sensitivitet och specificitet grundar sig på att streptokockbakterier från en bakteriekultur tillsätts i en förutbestämd mängd och sedan utförs i en standardiserad laboratoriemiljö, dvs. ovan nämnda preanalytiska faktorer inkluderas inte.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlingen överstiger aktuellt tröskelvärde varför LOU i dess helhet ska tillämpas. Upphandlingen har genomförts med ett öppet förfarande.

Enligt övergångsbestämmelser till ändringar i LOU gäller äldre bestämmelser för upphandlingar som har påbörjats före den 15 juli 2010.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 6 kap. 3 § LOU följer bl.a. att en upphandlande myndighet får ange de tekniska specifikationerna som prestanda- eller funktionskrav.

Vidare enligt 4 § samma kapitel får de tekniska specifikationerna inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning,

om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning ska följas av orden "eller likvärdigt".

I 6 § första stycket samma kapitel anges att om en upphandlande myndighet väljer att i enlighet med 3 § ange prestanda- eller funktionskrav, får den inte på grund av dessa krav förkasta ett anbud, om anbudsgivaren kan visa att anbudet överensstämmer med 1. en nationell standard som överensstämmer med en europeisk standard, 2. ett europeiskt tekniskt godkännande, 3. en gemensam teknisk specifikation, 4. en internationell standard, eller 5. ett tekniskt referenssystem, som har utarbetats av ett europeiskt standardiseringsorgan. I andra stycket anges vidare att första stycket gäller under förutsättning att standardenliga byggentreprenader, varor eller tjänster uppfyller de prestanda- eller funktionskrav som den upphandlande myndigheten har ställt upp.

Av förarbetsuttalanden (prop. 2006/07:128, s. 346f.) framgår bl.a. följande. 6 kap. 6 § LOU motsvarar artikel 23.5 direktivet 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfaranden vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster. Artikelns första stycke innefattar ett förbud mot att förkasta ett anbud medan det i andra stycket finns en skyldighet för anbudsgivaren att visa att de uppställda kraven är uppfyllda. Det ankommer på anbudsgivaren att på lämpligt sätt och på ett sådant sätt som den upphandlande myndigheten anser vara tillfredsställande visa att anbudet överensstämmer med angiven standard. I tredje stycket finns en anvisning om att ett lämpligt sätt att visa att de föreslagna lösningarna uppfyller uppställda krav kan vara att tillhandahålla teknisk dokumentation från tillverkaren eller en provningsrapport från ett erkänt organ. Detta utgör exempel på andra sätt för leverantörerna att visa att uppställda krav i förfråg-

ningsunderlaget är uppfyllda. Eftersom det kan finnas fler sätt att visa detta på och frågan får avgöras från fall till fall har de i artikeln angivna exemplen inte tagits in i förevarande paragraf. Det är den upphandlande myndigheten som i första hand har att bedöma om leverantören på ett tillfredsställande sätt visat att lösningarna på ett likvärdigt sätt uppfyller kraven i de tekniska specifikationerna.

Enligt 6 kap. 8 § LOU ska upphandlande myndigheter godta intyg från organ som är erkända i ett EES-land.

Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får en upphandlande myndighet begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Enligt 16 kap. 1 § LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, får en leverantör, som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU, i dess lydelse före den 15 juli 2010, ska, 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 lidit eller kan komma att lida skada, rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen

I anbudsinbjudan (s. 5) anges bl.a. följande.

2.3 Obligatoriska krav

Av anbudet skall, i Bilaga 2 framgå att samtliga skall-krav är uppfyllda genom att anbudsgivaren i bilaga 2 besvarar kolumnen "Uppfylls" med X i ruta "Ja" för varje skall-krav. Övriga svar och kommentarer skrivs in i de ofärgade fälten i excel-filen.

Av kravspecifikation för produktgrupp 14, Strep A, snabbtest, framgår bl.a. följande bör-krav.

- Metoden bör ha en svensk utvärdering, grundad på patientprover utförd på vårdcentral alternativt en SKUP-utvärdering. Viktning 5-10-15
- Metoden bör ha hög sensitivitet > 80 %, enligt svensk utvärdering. Metoden bör ha hög specificitet > 95 %, enligt svensk utvärdering. Bifoga dokumentation över senast utförd utvärdering. Viktning 3-6-10

Av tilldelningsbeslut den 23 februari 2011 samt bilagor framgår bl.a. följande.

Produktgrupp 14 Strep A, snabbtest

Anbudsgivare	Börkrav poäng	Pris poäng	Total poäng	Anmärkning
Medic24 AB	47	40	87	
Medinor AB	58	33,8	91,8	Antagen leverantör

Strep A, snabbtest

Beskrivning	Kravtyp	Viktning	Medic24
Kvalitet			
Metoden bör ha en svensk utvärdering, grundad på patientprover utförd på Vårdcentral alternativt en SKUP-utvärdering.	Bör	5-10-15	15
Metoden bör ha hög sensitivitet > 80 %, enligt svensk utvärdering. Metoden bör ha hög specificitet > 95 %, enligt svensk utvärdering.	Bör	3-6-10	3

Förvaltningsrättens bedömning

Ett utvärderingskriterium som innebär krav på verifiering enligt svensk utvärdering strider uttryckligen mot bestämmelserna i LOU, varför det aktuella ”bör-kravet” inte kan anses förenligt med LOU. VGR har anfört att ”bör-kraven” kompletterar varandra i och med att en svensk utvärdering omfattar ytterligare faktorer som inte inbegrips i en SKUP-utvärdering, då denna utförs i en standardiserad laboratoriemiljö. I det fall ett sådant krav är nödvändigt för upphandlingsföremålet ska det inte uppställas som ett krav om nationell utvärdering utan, för att vara förenligt med transparensprincipen, ska de faktorer som utvärderingen ska omfatta uttryckligen anges så att anbudsgivaren kan visa att annan utvärdering är att betrakta som likvärdig.


För att åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU ska komma ifråga krävs dock att det otillåtna kravet medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada. Det ankommer på anbudsgivaren att redan i anbudet visa att det på likvärdigt sätt uppfyller ställt krav, även utan anmaning om att lämna dessa upplysningar. Det ligger sedan på den upphandlande myndigheten att bedöma upplysningarna. Den upphandlande myndigheten har inte heller någon skyldighet att begära ett förtydligande eller en komplettering av ett anbud; en sådan begäran utgör en möjlighet förutsatt att principen om likabehandling upprätthålls.

Bolaget har anfört att anbudet med stöd av bifogad SKUP-utvärdering uppfyller aktuellt utvärderingskriterium och därför ska tilldelas ytterligare poäng i anbudsutvärderingen. Förvaltningsrätten konstaterar emellertid att bolaget vid aktuellt ”bör-krav” enbart har hänvisat till en bipacksedel från tillverkaren samt att åberopad SKUP-utvärdering har bifogats i syfte att styrka ett annat utvärderingskriterium. Förvaltningsrätten finner det inte förenligt med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna att den

upphandlande myndigheten vid utvärderingen av varje krav ska tillgodoräkna anbudsgivaren samtliga till anbudet bifogade dokument och på detta sätt ”komplettera eller fylla ut anbudet”. Med hänsyn till likabehandlingsprincipen är den upphandlande myndighetens utvärdering av anbud därför begränsad till att enbart bedöma kraven utifrån de hänvisningar anbudsgivaren har gjort i anslutning till respektive utvärderingskriterium. Den av bolaget åberopade SKUP-utvärderingen kan därför inte läggas till grund för utvärderingen av aktuellt ”bör-krav”. Bolaget kan därför inte heller med en likvärdig utvärdering ha anses uppfyllt kravet. Det förhållandet att VGR begränsat verifiering av aktuellt ”bör-krav” till enbart svensk utvärdering har därmed inte inneburit någon skada för bolaget. Förutsättningar för åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU saknas därför. Ansökan om överprövning ska således avslås.

Vid denna utgång ska förvaltningsrättens interimistiska beslut den 7 mars 2011 upphävas.

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


Bengt Hasselberg
rådmän

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Sandra Zetterdahl.



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