



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-12-27
 Meddelad i Stockholm

Mål nr
 22825-11
 Enhet 12

SÖKANDE

Roche Diagnostics Scandinavia AB, 556067-8194
 Box 147
 161 26 Bromma

Ombud: Advokat Sascha Schaeferdiek och advokat Mikael Björkman
 Grönberg Advokatbyrå AB
 Box 7418
 103 91 Stockholm

MOTPART

Region Gotland
 621 81 Visby

KONKURRENSVERKET	
2011-12-00	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller ansökan i den delen den avser upphandling för paket 3 och förordnar att upphandlingen ska göras om i denna del.

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU i övrigt.

Dok.Id 187633

Postadress
 115 76 Stockholm

Besöksadress
 Tegeluddsvägen 1

Telefon
 08-561 680 00

E-post:
 forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
 08-561 680 01

Expeditionstid
 måndag – fredag
 09:00-15:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Region Gotland genomför en upphandling av diabeteshjälpmiddel, dnr 2010-559. Upphandlingen, som består av olika delar (paket), genomförs i ett öppet förfarande, varvid det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet per paket ska antas. Enligt tilldelningsbeslut daterat den 3 november 2011 har Region Gotland, för paket 1 och 3, antagit andra leverantörer än Roche Diagnostics Scandinavia Aktiebolag (Roche) som leverantör.

Roche ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att Region Gotlands upphandling, i den delen den avser paket 1, får avslutas först sedan rättelse vidtagits på så sätt att en ny utvärdering av anbudet görs varvid Roches kvalitetsbristtillägg sänks med 210 kr, Abbotts kvalitetsbristtillägg ökas med 240 kr, övriga anbudsgivares kvalitetsbristtillägg ökas med 210 kr samt att omräkning av samtliga anbudsgivares jämförelsepris sker med beaktande av de ändrade kvalitetsbristtilläggen. Roche yrkar vidare vad gäller upphandlingen avseende paket 3 att upphandlingen i den delen ska göras om eftersom förfrågningsunderlaget är otydligt, vilket medfört att Roche inte har lämnat något anbud för paket 3.

Till stöd för sin talan anför Roche bl.a. följande. När det gäller paket 1 (blodglukosmätare kallad "Basmätare" inkl. blodprovtagare och teststickor) kan konstateras vid granskning av resultatrapporten att felaktigheter förekommit vid testgruppens poängsättning av produkterna i upphandlingen. Poängsättningen har skett med inslag av godtycke då testgruppen gett Roches produkt en lägre poäng än vad som klart är motiverat utifrån objektiva skillnader mellan Roches produkt och övriga produkter i upphandlingen. Ett dylikt förfarande vid utvärdering av anbud är inte förenligt med principen om att leverantörer ska behandlas objektivt och likvärdigt. Roches produkt Aviva Nano är känd av såväl branschfolk som patienter för dess mycket högkvalitativa och tydliga display. Testgruppen har inte testat mätarnas displayer utifrån patientens vardag, utan endast i kontorsmiljö vid

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

optimala ljusförhållanden. Framför allt vid sämre ljusförhållanden är skillnaden mellan Rosches mätare och andras displayer mycket stor, vilket rätteligen ska återspeglas i poängsättningen i upphandlingen. Nämnden har tillmätt kravet på tydlig display stor betydelse för utvärderingen och viktat kriteriet med hela 35 procent. Trots detta har Roche endast fått betyget 4 i den aktuella delen, vilket bara är ett snäpp högre än övriga mätares betyg. Detta återspeglar inte alls den mycket stora kvalitetskillnaden mellan Aviva Nano och övriga mätare, som motiverar åtminstone tre snäpps skillnad i betyg. Roche skulle rätteligen ha fått betyget 5 i denna del och övriga anbudsgivare skulle ha fått betyget 2 eller lägre. Roches kvalitetsavvikelse i denna del skulle således rätteligen ha uppgått till noll procent istället för 20 procent, och Abbots samt Menarinis kvalitetsavvikelse skulle rätteligen ha uppgått till åtminstone 60 procent istället för 40 procent.

Förfrågningsunderlaget är inte upplagt på det sättet att de olika paketen ska avse specifika patientgrupper

Vidare har Abbots och Roches förpackningar precis samma öppnings- och stängningsfunktion, varför de borde ha fått samma poäng i denna del. Då Roche, efter att tilldelningsbeslutet meddelats, påpekat detta för Region Gotland har Abbots betyg justerats till 3. Abbots kvalitetsavvikelse i denna del skulle således rätteligen ha uppgått till 40 procent istället för 20 procent.

Konsekvenserna för det ovan anförda blir att för det fall att poängsättningen i nämnda avseenden hade skett på ett rättvist och objektivet sätt och anbudsgivarna således hade tilldelats poäng i enlighet med vad som anförts ovan, hade Roches kvalitetsbristtillägg minskat med totalt 210 kr, Abbots kvalitetsbristtillägg hade ökat med totalt 240 kr och Menarinis kvalitetsbristtillägg hade ökat med totalt 210 kr. Vid beräkning av Roches respektive Abbots jämförelsepris med användning av dessa kvalitetsbristtillägg hade Roches jämförelsepris kommit att bli 11 280 kr, Abbots 11 550 kr och Menarinis 11 560 kr. Roches anbud hade således ansetts vara det mer

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

fördelaktiga än de anbudena och skulle därmed ha tilldelats kontraktet i upphandlingen om utvärderingen utförts på ett korrekt sätt.

När det gäller upphandlingen i den delen som avser paket 3, "Avancerad 2" eller barnmätare inkl. blodprovtagare och teststickor, var Abbott den enda anbudsgivaren som inkom med anbud, och tilldelades därmed kontraktet trots att denna leverantör inte uppfyller ett av skallkraven i "Den andra kravspecifikationen". Av det aktuella skallkravet i punkten 7.2.1 framgår inte klart vad som avses. Krävs t.ex. att den erbjudna produkten ska vara kompatibel med både Animas och Paradigm-systemen, eller är kompatibilitet med ett av systemen tillräckligt? Det framgår inte heller i vilka avseenden som produkterna ska vara kompatibla, krävs t.ex. att de aktivt kan samverka eller är det tillräckligt att produkterna inte stör varandra. Roche har uppfattat skallkravet som att den erbjudna produkten måste kunna samverka med båda systemen och har därför avstått från att lämna anbud på detta paket eftersom Roches blodglukosmätare inte har denna funktionalitet. Såvitt känt finns ingen mätare på marknaden som har denna kompatibilitet med både Animas och Paradigm-systemen. Skallkrav i en offentlig upphandling måste utformas på ett sätt som gör att det är möjligt för en potentiell anbudsgivare att bedöma sina möjligheter att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Att utforma ett skallkrav så pass otydligt som gjorts i detta fall är inte förenligt med de grundläggande principerna i LOU. Den otydliga utformningen av det aktuella skallkravet har medfört att Roche avstått från att delta i upphandlingen.

Region Gotland medger bifall till ansökan vad avser paket 3 och bestrider bifall till ansökan i övrigt. Till stöd för sin talan anför Region Gotland bl.a. följande. Poängsättningen har skett av en testgrupp i enlighet med förfrågningsunderlaget. I gruppen, som gjort bedömningen, har ingått två representanter från diabetesföreningen på Gotland, diabetessjuksköterska på lasarettet, diabetessjuksköterska i primärvården, barnsjuksköterska från barnavdelningen, samt materialkonsulent. Gruppens poängsättning har skett

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

utifrån en på förhand given och väl definierad betygsskala. Gruppen har på ett objektivt sätt utifrån givna betygskriterier bedömt produkterna i enlighet med den poängsättning som framgår av förfrågningsunderlaget. Testning nattetid är inte en del av rekommendationerna för den patientgrupp som ska använda paket 1, som är en basmätare. Om patienten har behov av att testa sig i mer ljussvaga miljöer samt på natten så förskrivs en mer avancerad mätare, paket 3.

När det gäller om förpackningsburken för Abbott ska korrigeras i paket 1, medges detta. Betyget 4 var en felskrivning och förändringen från betyg 4 till 3 höjer kvalitetsbristtillägget för Abbott med 30 SEK. Detta i sig ändrar dock inte tilldelningen i detta paket.

Vad avser paket 3 har Region Gotlands beslut att tilldela paket 3 visat sig vara felaktigt eftersom leverantören som tilldelats kontraktet inte uppfyller samtliga skall-krav. Detta har även bekräftats av tilldelad leverantör.

DOMSKÄL

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget punkt 1.3.5.1 anges bl.a. följande. Det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till viktade utvärderingskriterier enligt dokumentet Kravspecifikation kommer att antas. Av bilagorna Viktningsrapport framgår vilka utvärderingskriterier som är aktuella. Varje anbuds anbudssumma räknas upp med ett kvalitetsbristtillägg. Resultatet blir ett jämförpris där anbudet med det lägsta jämförpriset är det vinnande anbudet. Vid utvärderingen poängsätts varje kriterium utifrån angiven skala, beroende på hur väl respektive anbudet uppfyller det aktuella kriteriet. Uppnått totalbetyg jämförs med kriteriets maximala totalbetyg. Skillnaden mellan den maximala poäng som kan erhållas och den erhållna poängen är det samma som kvalitetsavvikelse. Varje procent kvalitetsavvikelse multipliceras sedan med ett i förväg bestämt uppräkningsstal i SEK

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

och det ger ett kvalitetsbristtillägg som anbudssumman räknas upp med.
Uppräkningstalet för paket 1 är 30 kr.

I Kravspecifikationen punkten 5.5. avseende paket 1, anges bl.a. följande.
Under utvärderingsfasen kommer tester att genomföras av en testgrupp inom Hälso- och sjukvårdsförvaltningen.

-Mätaren bör ha en tydlig display med avseende på tydliga siffror och skarp kontrast. Betyg 5. Mycket bra, mervärde. Betyg 4. Godkänd, över förväntan, Betyg 3. Godkänd, enligt förväntningar. Betyg 2. Mindre bra, under förväntan. Betyg 1 kvalitetsbrister. Viktningen för detta betygs-kriterium uppges till 35 procent.

-Förpackningsburk bör vara lätt att öppna/stänga. Betyg 5. Mycket bra, mervärde. Betyg 4. Godkänd, över förväntan, Betyg 3. Godkänd, enligt förväntningar. Betyg 2. Mindre bra, under förväntan. Betyg 1 kvalitetsbrister. Viktningen för detta betygs-kriterium uppges till fem procent.

I Den Andra Kravspecifikationen punkten 7.2.1 avseende paket 3, anges bl.a. följande. Utrustningen ska vara kompatibel med insulinpump för kontinuerlig blodsockermätning: Animas, Paradigm (ja/nej svar).

Förvaltningsrättens bedömning

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

I 16 kap. 5 § LOU anges att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
Allmänna avdelningen

DOM

(öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Av principen om likabehandling av leverantörer följer att samtliga anbud ska vara i överensstämmelse med bestämmelserna i förfrågningsunderlaget för att säkra möjligheten till en objektiv jämförelse av anbuden. Likabehandling och icke-diskriminering förutsätter att anbudsgivare behandlas lika i alla skeden av anbudsförfarandet.

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. Det ankommer inte på domstolen att i övrigt pröva lämpligheten av den upphandlande myndighetens beslut.

Kravet på tydlighet i förfrågningsunderlaget gäller inom rimliga gränser. Högsta förvaltningsdomstolen har i sitt avgörande RÅ 2002 ref. 50 uttalat att 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Paket 1

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det inte ankommer på domstolen att göra någon egen utvärdering av anbuden. Förvaltningsrättens prövning utgör i stället en kontroll av om det på grundval av det som sökanden har anfört finns grund för att ingripa mot upphandlingen enligt 16 kap. 5 § LOU. Region Gotlands motivering till varför Roche på de aktuella punkterna fått det betyg som bolaget fått, är saklig och utgår från Region Gotlands i förfrågningsunderlaget uppställda krav. Mot den bakgrunden och det faktum att upphandlande enhet kan anses ha tolkningsföreträde vid utvärderingen av de anbud som mottagits anser förvaltningsrätten inte att Region Gotland, i sin betygsättning av Roche på ifrågasatta punkter, brutit mot några bestämmelser eller grundläggande principer för offentlig upp-

handling. Skäl för ingripande enligt LOU saknas därmed och Roches ansökan om överprövning ska avslås i denna del.

Paket 3

Roche har i denna del anfört att förfrågningsunderlaget är otydligt vad avser kravet som kan utläsas i Den Andra Kravspecifikationen punkten 7.2.1 att utrustningen ska vara kompatibel med insulinpump för kontinuerlig blodsockermätning: Animas, Paradigm. Förvaltningsrätten konstaterar att Region Gotland medgivit Roches yrkande om att upphandlingen avseende paket 3 ska göras om. Förvaltningsrätten, som inte finner anledning att göra en annan bedömning än Region Gotland, finner mot denna bakgrund att upphandlingen avseende paket 3 ska göras om. Ansökan om överprövning ska därför bifallas i denna del.

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



Elisabeth Rahlén

förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Elisabeth Larsson.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 vartill 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 uppgive 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 3109/1A LOU