



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UMEÅ**

**DOM**  
**2010 -11- 1 8**  
Meddelad i  
Umeå

Mål nr  
2571-10 E  
Kansli 1

### SÖKANDE

LifeScan division of Cilag GmbH International, 17030106962  
Landis + Gyr Strasse 1  
6300 Zug  
Schweiz

Ombud: Advokat Elisabeth Eklund  
Advokatfirman Delphi  
Box 1432  
111 84 Stockholm

### MOTPARTER

1. Västerbottens läns landsting  
901 89 Umeå

2. Jämtlands läns landsting  
Box 654  
831 27 Östersund

3. Landstinget Västernorrland  
871 85 Härnösand

Ombud för 2 och 3: Anders Pihl  
Västerbottens läns landsting  
901 89 Umeå

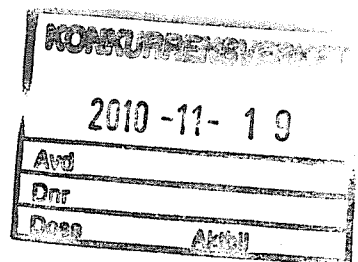
### SAKEN

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

### DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrätten upphäver de interimistiska besluten.



Dok.Id 7158

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193	Nygatan 45	090-17 74 00	090-13 75 88	måndag – fredag
901 05 Umeå	(Tingshuset)	E-post: forvaltningsratteniumea@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

### **BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.**

Landstingen i Västerbottens län, Västernorrlands län och Jämtlands län (härefter benämnda Landstingen) har infordrat anbud på diabetestekniska hjälpmedel och, såvitt avser den del av upphandlingen som rör avancerade mätare, beslutat att anta det anbud som lämnats av OneMed AB (hädanefter OneMed). - Vid upphandlingen har använts öppet förfarande.

LifeScan division of Cilag GmbH International (LifeScan) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen, i den del som avser avancerade mätare, får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Landstingen bestrider bifall till ansökan.

Genom interimistiska beslut den 17 september 2010 har förvaltningsrätterna i Umeå och Härnösand förordnat att upphandlingen, såvitt avser den del av upphandlingen som rör avancerade mätare och som gäller Västerbottens läns landsting, Landstinget Västernorrland och Jämtlands läns landsting, inte får avslutas innan något annat har beslutats.

### **TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER I DETTA MÅL**

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)

En upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. (12 kap. 1 § första och andra styckena LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. (16 kap. 2 § första stycket LOU)

## UTREDNINGEN

### Landstingens förfrågningsunderlag och utvärdering av anbud

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

#### *3.1 Kvalificering av leverantör*

Leverantören prövas mot de kvalificeringskrav som ställs enligt förfrågningsunderlaget.

#### *3.2 Kvalificering av obligatoriska krav*

Kvalificerade leverantörer prövas avseende obligatoriska krav som ställs på anbudet och efterfrågad tjänst.

#### *3.3 Utvärdering av anbud*

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt ovan, kommer de anbud att antas som är de för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga. Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal utvärderings-

kriterier (bör-krav), markerade med fetstil ”bör”, som kommer att bedömas vid utvärderingen av anbud. Respektive anbuds relativa avvikelse från högsta betyg, dvs. ett procenttal mellan 0 till 100 multipliceras med anbudets pris. Det erhållna beloppet utgör anbudets pristillägg för börkravuppfyllnaden. Detta belopp läggs till respektive anbudspris. Vid flera decimaler kommer avrundning att ske till två (2) decimaler. Det erhållna beloppet kallas utvärderingspris. Det anbud som har det lägsta utvärderingspriset kommer att väljas som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Vid lika utvärderingspris väljs det anbud som har högsta betyg i börkrav.

I förfrågningsunderlagets Kravspecifikation anges bl.a. följande.

#### 6.11

Mätaren **bör** visa ett felmeddelande vid utgången datum på teststickan/kassett eller motsvarande. (Max. poäng 1)

Av Landstingens tilldelningsbeslut inklusive bilagor framgår bl.a. följande. Vad gäller position 2, avancerade mätare, har Landstingen beslutat att anta OneMeds anbud med produkten Glucocard X-mini plus. Av LifeScan offererad produkt OneTouch Select kom på andra plats vid utvärderingen. OneMeds anbud erhöll utvärderingspriset 2,56 och LifeScans anbud 2,58 poäng.

#### **Parternas anföranden**

LifeScan anför bl.a. följande.

OneMed, vinnande anbudsgivare i kategorin avancerade mätare, har tilldelats poäng för börkravet ”Mätaren bör visa ett felmeddelande vid utgången datum på teststickan/kassett eller motsvarande” trots att det framgår av anbudet att kravet inte är uppfyllt. LifeScan har inte tilldelats någon poäng för kriteriet. OneMed skulle inte heller ha tilldelats någon poäng. Lands-

tingen har således gynnat en annan anbudsgivare på bekostnad av Life-Scan.

Av bruksanvisningen för OneMeds mätare Glucocard X-mini plus framgår under punkten 6.3 Hantera teststickornas utgångsdatum; ”Du kan ställa in teststickornas utgångsdatum. Varningen för utgången datum kommer att visas om du sätter in en teststicka efter det datum du angett”. Härav framgår att mätaren varnar för utgången datum, men detta endast under förutsättning att brukaren har angett korrekt sista utgångsdatum för den teststicka som används. Om användaren glömmer att ställa in stickornas utgångsdatum eller om användaren tar en sticka från en ny burk utan att ändra det inställda datumet visas således inte något korrekt utgångsdatum för teststickan i fråga. Anledningen till det ställda börkravet är en patientsäkerhetsaspekt. Med denna aspekt i åtanke kan det inte antas annat än att den referensgrupp inom landstinget – sjuksköterskor – som efterfrågar funktionen menar att funktionen med att ett felmeddelande visas vid utgången datum ska vara automatisk. Om avläsningen av stickornas utgångsdatum inte kan ske automatiskt, utan är beroende av en extra åtgärd från användaren, faller syftet med att premiera produkten med extra poäng eftersom den eftersträvade patientsäkerheten uteblir.

Genom att OneMeds mätare inte automatiskt kan läsa av om bäst-föredatumet är passerat finns således en risk för patientsäkerheten och börkravet kan därmed inte anses vara uppfyllt. Det ska även påpekas att det i upphandlingen endast är OneMed som har fått poäng för det ställda börkravet, detta trots att syftet härigenom förfelas.

I en dom från Kammarrätten i Jönköping (mål nr 2682-09) fann domstolen att för att en kodning för en blodsockermätare ska anses läsas automatiskt mot en viss batch får det inte förekomma ett kodchip som manuellt ska föras in i mätaren av användaren. Den vinnande anbudsgivaren ansågs där-

för inte uppfylla ett ställt skall-krav. På motsvarande sätt uppfyller inte OneMeds mätare det aktuella bör-kravet i och med att den inte automatiskt känner av huruvida stickans bäst-före-datum har löpt ut utan kräver att detta programmeras av brukaren. OneMeds anbud har således tilldelats poäng utan stöd för detta i förfrågningsunderlaget.

Landstingen har inte tolkningsföreträdare avseende förfrågningsunderlaget. Av principerna om likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU följer att tolkning ska göras på objektiva grunder. I annat fall skulle en upphandlande myndighet kunna förbehålla sig fri prövningsrätt genom att efter genomförd utvärdering förfäktat en tolkning som leder till ett för myndigheten önskvärt resultat av utvärderingen. LifeScan vidhåller att det framgår av formuleringen av och syftet med kravet att varningen ska ske automatiskt.

LifeScan vill också framhålla att Landstingens tolkning skiljer sig från den i branschen allmänt vedertagna tolkningen. Att teststickor/kassetter passerar bäst-före-datum upplevs som ett stort problem av sjuksköterskor och andra verksamma i branschen. Enligt vad LifeScan har erfaren anser många sjuksköterskor liksom brukare att ju färre manuella moment som krävs av brukare för att erhålla ett på alla sätt korrekt resultat, desto bättre. Det finns därför ingen rimlig anledning att premiera en sticka som kräver att brukaren ska ställa in det rätta utgångsdatumet själv. Det är i princip att jämställa med att brukaren helt enkelt läser på burken för teststickor för att få reda på när stickorna passerat bäst-före-datum.

Att Landstingen har bestämt att maximal poäng för bör-kravet är ett poäng, och inte tre poäng, innebär inte att kravet kan utvärderas med mindre noggrannhet.

Den omständigheten att det är fråga om ett bör-krav och inte ett skall-krav är irrelevant i sammanhanget. Oavsett om kravet är obligatoriskt eller ger ett mervärde innebär en felaktig tolkning av kravet att en leverantör riskerar att gå miste om att tilldelas kontrakt vid upphandlingen. Konsekvenserna av att inte tillämpa skall-krav och bör-krav i enlighet med förutsättningarna i förfrågningsunderlaget är desamma, dvs. att leverantörer lider eller riskerar att lida skada.

Om utvärderingen hade skett på ett korrekt sätt skulle OneMed ha erhållit 2,66 poäng. LifeScan skulle då haft lägst utvärderingspris och ha tilldelats kontraktet. Landstingens överträdelse av LOU har således medfört att LifeScan lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Landstingen anför bl.a. följande.

Landstingen bestrider LifeScans påstående att OneMed felaktigt erhållit poäng för det aktuella bör-kravet. LifeScan vill nu att Landstingen i efterhand ska lägga in en betydelse som inte finns i kravet. Om Landstingen skulle göra som LifeScan önskar skulle det innebära fri provningsrätt. Ingenstans i kravet anges att felmeddelande ska visas med automatik.

De olika bör-kraven för mätare har vid utvärderingen kunnat ge mellan 1 och 3 poäng. För det aktuella kravet är den maximala poängen 1. Detta visar att Landstingen inte velat ge kravet den betydelse som LifeScan nu påstår.

Om Landstingen ansett att kravet var av sådan vikt som LifeScan påstår skulle det antingen ha getts en högre poäng vid utvärderingen eller formulerats som ett skall-krav. Det skulle vidare ha framgått att varningen skulle ske automatiskt utan att vara beroende av brukaren.

Det av LifeScan åberopade rättsfallet från Kammarrätten i Jönköping visar att Landstingen gjort en korrekt utvärdering när man funnit att den av OneMed offererade mätaren uppfyller kravet och gett den 1 poäng. Kravet i kammarrättens avgörande hade följande lydelse: "Blodglykosmätaren skall automatiskt känna av och ställa in sig på rätt kalibrering för teststickan alternativt skall mätarens kodning automatiskt vara låst till speciell batch. Ingen manuell inmatning av kod skall behövas. (Gäller inte blodglykosmätare för ketonmätning)".

Det finns två avgörande skillnader mellan de båda kraven. Kravet i kammarrättens avgörande har uppställts som ett skall-krav och det framgår tydligt att mätarens kodning automatiskt ska vara låst till en speciell batch. Det krav som förvaltningsrätten nu har att bedöma är ett bör-krav och det innehåller inte något krav på automatik. Eftersom det inte finns något krav på automatik är det inte relevant att ta ställning till huruvida ett manuellt moment kan godtas vid utvärderingen av bör-kravet.

Sammanfattningsvis anser således Landstingen att utvärderingen genomförts i enlighet med LOU och förfrågningsunderlaget. Det har varit korrekt att ge OneMed poäng för det aktuella bör-kravet. LifeScan har varken lidit eller riskerat att lida skada.

### DOMSKÄL

Av förfrågningsunderlaget framgår att Landstingen avser att anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vid bedömning av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga avses förutom pris även ett antal olika s.k. bör-krav beaktas.

LifeScan gör gällande att anbudet från OneMed felaktigt erhållit poäng beträffande bör-kravet 6.11 "Mätaren bör visa ett felmeddelande vid utgången datum på teststickan/kassett eller motsvarande". Som skäl härför



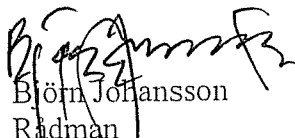
anförs att OneMeds mätare inte automatiskt kan läsa av om bäst-föredatumet är passerat.

Förvaltningsrätten kan inledningsvis konstatera att för att inte principerna om förutsebarhet och likabehandling ska överträdas måste utvärdering av anbud göras i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Beträffande det i förevarande mål aktuella bör-kravet anges inte i förfrågningsunderlaget att felmeddelande måste visas med automatik utan något föregående manuellt moment. Med hänsyn till utformningen av kravet anser förvaltningsrätten att det inte kan tolkas på annat sätt än Landstingen gjort och att poängsättningen av OneMeds anbud således är korrekt.

LifeScan synes vidare ifrågasätta relevansen av kravet såvida felmeddelande inte ges per automatik utan är beroende av en extra åtgärd av användaren. Enligt LifeScan faller syftet med att premiera produkten med extra poäng eftersom eftersträvd patientsäkerhet uteblir. Enligt förvaltningsrättens mening kan dock inte antas annat än att det är av värde ur patientsäkerhetssynpunkt att felmeddelande ges även om en manuell åtgärd först måste vidtas. Kravet/kriteriet måste därför anses vara relevant för upphandlingen. Vidare ger uppfyllande av kravet ifråga endast 1 poäng varför det inte heller kan anses få oproportionerligt stor tyngd vid utvärderingen.

På grund av det anförda kan ansökan inte bifallas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1 C LOU)

  
Björn Johansson  
Rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska 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. 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 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 3109/1C LOU