



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2011-09-29
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
3503-11
Enhet 2

SÖKANDE

Orion Diagnostica AB, 556101-9463

Ombud: Advokat Joakim Lavér
Advokatbyrå Hannes Snellman AB
Box 7801
103 96 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Dalarna
2. Landstinget i Uppsala län
3. Landstinget Sörmland
4. Landstinget Västmanland
5. Örebro läns landsting

Genom: Landstinget i Uppsala län
Varuförsörjningen
Virdings allé 26, Hus 1, Plan 3
754 50 Uppsala

KLANDRAD UPPHANDLING

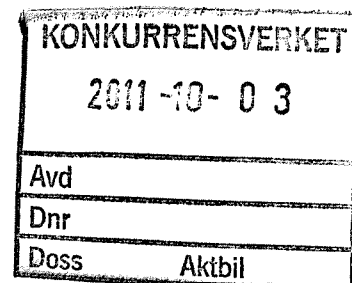
Landstingens i Dalarna, Uppsala, Västmanland, Sörmland och Örebro län
upphandling (genom Varuförsörjningen) av CRP snabbanalys, ref. nr VF-
2011-002

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökningsen.



BAKGRUND

Landstingen i Dalarna, Uppsala, Västmanland, Sörmland och Örebro län har, genom Varuförsörjningen Landstinget i Uppsala län (landstingen), genomfört en ramavtalsupphandling av CRP snabbanalys, refnr VF2011-0002. I tilldelningsbeslut den 29 juni 2011 meddelade landstingen att Medinor AB:s anbud (Medinor) bedömts som det ekonomiskt mest fördelaktiga och att det bolaget därmed valts som leverantör av CRP snabbanalys.

YRKANDEN

Orion Diagnostica AB (bolaget) yrkar i första hand att upphandlingen rättas så att en ny utvärdering genomförs, varvid de prispåslag som felaktigt påförts bolagets produktpris inte beaktas. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen görs om.

Landstingen bestrider bifall till bolagets yrkanden.

UTVECKLING AV TALAN

Bolaget anför bland annat följande

Landstingen har utvärderat bolagets anbud på ett felaktigt sätt

Landstingen har utvärderat bolagets anbud på ett felaktigt sätt. På grund av den felaktiga utvärderingen har Medinors anbud antagits trots att det inte är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Härigenom har landstingen brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU.

Utvärderingen av anbuden genomfördes med tillämpning av ett antal börkrav där ett uppfyllt börkrav medförde att anbudet tilldelades en poäng. Ett icke uppfyllt börkrav medförde att anbudet tilldelades noll poäng avseende kravet. Om ett anbud tilldelades noll poäng avseende ett börkrav påfördes anbudet ett prispåslag inom prisintervallet 96 000 kronor – 720 000 kronor.

Av utvärderingsrapporten framgår att bolaget erhållit noll poäng vid utvärderingen av bör-kravet på en steg-för steginstruktion, punkt 6.1.4.1 i förfrågningsunderlaget, och som en följd därav erhållit ett prispåslag om 144 000 kronor. Detta motiverades med att steg för användar- och patient-ID saknades i instruktionen. Av det aktuella bör-kravet framgår inte att den efterfrågade steg- för steginstruktionen skulle inkludera instruktioner för användande av användar-ID och patient-ID. Bolagets inlämnade steg-för steginstruktion är vidare branschenlig avseende både innehåll och utformning. Steg- för steginstruktioner innehåller enligt branschpraxis vanligtvis inte det av landstingen efterfrågade innehållet. Ingen av bolagets nuvarande kunder har en steg- för steginstruktion innehållande instruktioner för användande av användar-ID och patient-ID. Det är dessutom felaktigt att analysproceduren inte kan fullföljas utan att användar-ID och patient-ID anges. Det är således orimligt att bolaget på egen hand borde ha insett att instruktioner för användande av användar-ID och patient-ID skulle ha infogats i steg- för steg instruktionen.

Det bör även understrykas att bolagets offererade instrument ger möjlighet att använda användar-ID och patient-ID samt att den fullständiga manualen till instrumentet, vilken bifogades bolagets anbud, innehåller instruktioner för användande av användar-ID och patient-ID. Om det aktuella kravet inneburit att steg- för steginstruktionen skulle inkludera instruktioner för användande av användar-ID och patient-ID hade bolaget enkelt kunnat uppfylla detta genom att anpassa steg- för steginstruktionen. Då bolagets inlämnade steg- för steginstruktion är att anse som branschenlig avseende både innehåll och utformning, samt med beaktande av att de efterfrågade uppgifterna funnits tillgängliga och inkluderade i bolagets anbud borde landstingen ha begärt ett förtydligande avseende steg- för steginstruktionen innan beslut togs om att meddela bolaget noll poäng. Detta inte minst då bör-kravet varit ottydligt formulerat med följderna att det efterfrågade innehållet i steg- för steginstruktionen inte varit möjligt att förutse.

Vidare har utvärderingen varit felaktig gällande punkt 6.1.4.7. i förfrågningsunderlaget, kravet på stabilitetsdata. Bolaget har tilldelats noll poäng avseende bör-kravet och därför även ett prispåslag om 720 000 kronor. Bolaget tolkar utvärderingsrapporten som att landstingen anser att bolagets anbud inte uppfyller bör-kravet eftersom någon CV (variationskoefficient) inte anges i bolagets stabilitetsrapport. Bör-kravet innebär dock inte att en variationskoefficient måste anges för att kravet ska uppfyllas. Innebörden av kravet är istället att anbudsgivarna skulle "[v]isa jämn kvalitet av mätresultatet under längre tid, med data tidigast från 2009, genom att bifoga intern kontrolldata." Den andra meningen stipulerar endast hur kravet enligt den första meningen uppnås och utgör således i sig inget krav. Detta innebär att det inte heller förelegat ett krav på att lämna variationskoefficient. Det kan även noteras att variationskoefficienten för bolagets stabilitetsstudier med god marginal understiger de tio procent som omnämns i punkt 6.1.4.7 i förfrågningsunderlaget. Hade det aktuella kravet inneburit att anbudsgivarna skulle redovisa variationskoefficienten för sina stabilitetsstudier hade bolaget kunnat göra detta genom ett enkelt tillägg i stabilitetsrapporten, om landstingen hade efterfrågat detta. Landstingen har anfört att detta i så fall skulle ha utgjort en otillåten komplettering av anbudet. Bolaget har emellertid till sitt anbud bifogat de uppgifter som krävs för uppvisande av variationskoefficient. Mot bakgrund av detta hade det varit möjligt och tillräckligt för landstingen att begära ett förtydligande i denna fråga.

Landstingen har åsidosatt likabehandlingsprincipen

Landstingen har tillåtit Medinor att förtydliga sitt anbud utan att bereda bolaget möjlighet att förtydliga sitt anbud. Landstingen har därigenom brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU samt brutit mot 9 kap 8 § LOU.

Den 9 maj 2011 kontaktade landstingen Medinor och bad det bolaget att förtydliga sitt anbud avseende bör-kravet i punkt 6.1.4.12 i förfrågningsunderlaget. Landstingen tyckte sig ha identifierat en bör-kravsbrist i Medinors anbud avseende det kravet. Medinor efterkom uppmaningen och inkom med ett förtydligande. Enligt vad som framgår av utvärderingsrapporten tycker sig landstingen ha identifierat bör-kravsbrister även avseende bolagets anbud. Bolaget har dock inte beretts tillfälle att förtydliga sitt anbud. Detta får stora konsekvenser då bolaget, som framgår ovan, de facto uppfyller de bör-krav som anges i punkterna 6.1.4.1 och 6.1.4.7 i förfrågningsunderlaget. Om bolaget på samma villkor som Medinor hade getts möjlighet att förtydliga sitt anbud hade den felaktiga utvärderingen på ett tidigare stadium kunnat undvikas.

Medinors jakande svar avseende ett ställt krav har förefallit oklart till följd av den inlämnade handlingen. Landstingen har funnit det nödvändigt att begära ett förtydligande för att förstå det angivna svaret i det därmed bristfälliga anbudet. Medinor har således tillåtits att förtydliga det bristfälliga anbudet. Avseende en eventuell komplettering från bolaget stämmer det inte att ett förtydligande vore att jämföra med en komplettering. Uppgifter för de aktuella bör-kraven har bifogats till anbudet och funnits att tillgå. Eftersom det av dessa redan bifogade uppgifter framgår att bolaget uppfyller kraven hade det i upphandlingen endast krävts ett förtydligande för genomförande av en korrekt utvärdering. En komplettering hade endast varit nödvändig vid en eventuell brist i anbudet.

Landstingen anför bland annat följande

Landstingen har utvärderat bolagets anbud på ett felaktigt sätt

Landstinget tillstår att det av bör-kravet på en steg- för steginstruktion inte framgår att den efterfrågade instruktionen skulle inkludera instruktioner för användande av användar-ID och patient-ID. Landstingen är av uppfattningen att det ligger i sakens natur att samtliga relevanta instruktioner bör

infogas i en steg- för steginstruktion för användande av utrustningen. Att instruktion för nu avsedd funktion är relevant och därmed borde infogas i en steg- för steginstruktion borde bolaget insett på egen hand, i synnerhet då just denna funktion uppställts såsom ett obligatoriskt krav, jfr. punkt 6.1.3.5 i förfrågningsunderlaget. Vidare är det riktigt som bolaget påstår att analysproceduren kan fullföljas utan användande av användar-ID och patient-ID. Vad landstingen avser i utvärderingsrapporten med angivande av att analysproceduren inte kan fullföljas tar sikte på patientsäkerhet. Ur ett patientsäkerhetsperspektiv kan analysproceduren inte fullföljas då steg- för steginstruktionen saknar instruktion för användande av funktionen.

Varje påstående om att viss norm eller dylikt utgör branschpraxis eller sedvänja innebär att bevisning måste förebringas. Några sådana bevis har inte lagts fram. Om bolaget avser försöka styrka vad som utgör branschpraxis upplyser landstingen om att Medinor hade infogat aktuell funktion i sina steg- för steginstruktioner. Vidare efterfrågas i upphandlingar inte sällan varor, tjänster, funktioner etc. som inte redan existerar. Tvärtom är det så att de krav som ställs i upphandlingar många gånger innebär att en anbudsgivare måste förändra eller på annat sätt förädla en redan existerande vara, tjänst, funktion etc. Detta eftersom vad som avses upphandlas normalt utgår från ett särskilt behov eller dylikt hos den upphandlande myndigheten. Vad som möjligen skulle kunna anses utgöra branschpraxis i detta sammanhang är därför av mindre betydelse

Kravet på stabilitetsdata ska läsas precis som det är formulerat. Vid en semantisk tolkning av kravet framgår att mening två syftar till samt preciserar vad som angetts i första meningen. I första meningen anges att intern kontrolldata ska bifogas. I andra meningen preciseras vad den interna kontrolldata ska utvisa för resultat. Det är i målet ostridigt att bolaget inte bifogat kontrolldata såsom det efterfrågas i mening två. Vad bolaget anfört

om att dess anbud (de facto) uppfyller kravet såsom det läses i första meningen är otillräckligt.

Bolaget har anfört att det till sitt anbud bifogat de uppgifter som efterfrågats. Landstingen har följande invändning mot det. Bolaget har inte uppvisat resultat i enlighet med ställt krav. Bolaget har rapporterat en precisionsmätning för endast en nivå, inte två som efterfrågades. Dessutom har bolaget testat kontrollen under endast tjugo på varandra följande dagar – alltså inte under efterfrågade två månader. Då anbudssvaren är mycket svårlästa för den som inte besitter särskild kompetens på området hänvisas till ett e-postmeddelande från en specialistläkare som har ingått i upphandlingens referensgrupp. Det är förvånande att bolaget framhärdar i sitt påstående om att uppgifter bifogats och ställer sig därför frågande till om bolaget möjligen missförstått och syftar till sitt anbudssvar avseende stabilitetsstudier. I dessa studier finns resultat på två nivåer under en tidsperiod av sex månader. Dock finns inga variationskoefficienter uträknade. Dessa kan inte heller räknas ut av landstingen då de enskilda resultaten inte presenterats. Även om ett missförstånd föreligger är således kravet inte uppfyllt. Även i detta avseende hänvisas till nämnda e-postmeddelande.

Landstingen har åsidosatt likabehandlingsprincipen

Avseende Medinors förtydligande var förutsättningarna sådana att Medinor i sitt anbud hade uppgett ”ja” såsom svar på ställt krav, varför kravet kunde anses uppfyllt redan vid utvärderingen. Vid vidare granskning av den bruksanvisning för utrustningen som Medinor frivilligt bilagt anbudet fanns motsägelsefulla uppgifter i förhållande till vad som angetts i anbudet. Landstingen begärde då en komplettering av den inlämnade handlingen, varvid Medinor sammanfattningsvis uppgav att vad som uppgetts i anbudet är det som gäller. I bolagets fall är det själva anbudet som befunnits bristfälligt. Det förelåg redan här en väsentlig skillnad i förutsättningarna vilka låg till grund för landstingens bedömning om att låta anbudsgivarna in-

komma med förtydligande/komplettering. Till skillnad från Medinors förtydligande är bolagets s.k. förtydligande att jämställa med en komplettering. Komplettering av anbud är en möjlighet som en upphandlande myndighet ska tillämpa försiktigt, mer försiktigt än förtydligande. Till grund för landstingens bedömning låg således huvudsakligen den skillnaden att Medinor behövde förtydliga inlämnad handling då det framkom motsägelsefulla uppgifter i denna, emedan bolagets själva anbud skulle behöva kompletteras.

Efter sitt förtydligande ansågs Medinor inte längre uppfylla det uppställda kravet, vilket föranledde rättelse av Medinors anbud och därmed prispåslag. Landstingen framhårdar dock i uppfattningen att anbudshandlingen i alla förekommande fall måste skiljas från övriga inlämnade handlingar, och att vad som anges i anbudshandlingen har företräde framför vad som framgår av övriga inlämnade handlingar vid anbudsutvärderingen. Framkommer det under eller efter utvärderingen av anbudet motsägelsefulla uppgifter eller dylikt i annan inlämnad handling kan upphandlande myndighet förstås begära förtydligande härom. Ett sådant förtydligande kan, liksom i förevarande fall, få konsekvenser på utvärderingen av anbudet – men är per definition inte ett förtydligande av anbudet. Om rätten ändå skulle finna att aktuellt förtydligande är ett förtydligande av Medinors anbud kvarstår landstingen vid uppfattningen att detta förtydligande vare sig var diskriminerande eller konkurrensbegränsande till sin karaktär.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 9 kap 8 § första stycket LOU anges att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet.

I andra stycket av bestämmelsen anges att myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Av 16 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 § (ansökan om överprövning).

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 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.

Ur handlingarna i målet

I förfrågningsunderlagets punkt 6.1.3.5. anges "[a]nvändar-/operatörs-ID och prov-/patient-ID ska kunna skannas och knappas in manuellt med siffror och bokstäver.

I förfrågningsunderlagets punkt 6.1.4.1. anges "[s]teg- för steginstruktion med bilder och text på svenska, alternativt steg- för steginstruktion endast med bilder, för användare bör finnas. Bifoga instruktion."

I förfrågningsunderlagets punkt 6.1.4.7. anges "[v]isa jämn kvalitet av mätresultatet under en längre tid, med data tidigast från 2009, genom att bifoga intern kontrolldata. För interna kontroller vid två nivåer (t ex ca 20mg/L

och ca 60mg/L) bör CV inte överstiga +/- 10 % för ett enstaka instrument under en period av minst två (2) månader.”

I förfrågningsunderlagets punkt 6.1.4.12. anges ”[t]id mellan kapillär provtagning och analys bör kunna vara minst 5 minuter.”

Av korrespondens mellan landstingen och Medinor den 9 maj 2011 framgår att landstingen noterat att det i bruksanvisningen till Medinors utrustning anges att analysen ska påbörjas inom en minut, men att Medinor svarat jakande på bör-kravet i punkt 6.1.4.12. Medinors svar förklarade sammanfattningsvis på vilket sätt man ansåg att utrustningen uppfyllde kravet.

Av e-postmeddelande från en specialistläkare i klinisk kemi och farmakologi som ingått i upphandlingens referensgrupp till landstinget den 23 juni 2011 framgår bland annat specialistläkarens uppfattning att de stabilitetsstudier som bolaget redovisat resultat från på två nivåer på upp till 6 månader inte innehåller de enskilda analysresultat som krävs för att variationskoefficienten ska kunna räknas ut.

Förvaltningsrättens bedömning

Bolaget har genom sitt ombud anfört att man uppfyller bör-kraven i förfrågningsunderlagets punkter 6.1.4.1. och 6.1.4.7. och därför inte för dessa borde ha tilldelats noll poäng samt prispåslag.

Bolagets inlämnade steg- för steginstruktion har inte innehållit instruktioner för användande av användar-ID och patient-ID. Bolaget har bland annat anfört det aktuella bör-kravet var otydligt formulerat samt att den inlämnade instruktionen är förenlig med branschpraxis. Bolaget har även anfört att analysproceduren kan fullföljas utan de aktuella instruktionerna/funktionerna. Landstingen har anfört att dessa funktioner är ett obligato-

riskt krav för de upphandlade instrumenten och att bolaget därför borde förstått att sådana instruktioner skulle ingå i instruktionen.

Bolaget har fog för sitt påstående att det aktuella bör-kravet inte uttryckligen anger att steg- för steginstruktionen ska innehålla instruktioner för användande av användar-ID och patient-ID. Det ligger emellertid i sakens natur att en steg-för steginstruktion innehåller instruktioner för de funktioner som instrumentet ska användas till. Att användar-ID och patient-ID ska kunna skannas och knappas in manuellt med siffror och bokstäver är ett obligatoriskt krav. Vad landstingen har upphandlat är således ett instrument som ska kunna användas med dessa funktioner. Den steg- för steginstruktion som bolaget inkommit med är inte fullständig och uppfyller därmed inte bör-kravet i punkt 6.1.4.1.

När det gäller kravet på stabilitetsdata är det ostridigt mellan parterna att bolaget inte bifogat data från interna kontroller vid två nivåer med uträknade variationskoefficienter för ett enstaka instrument under en period av minst två månader. Variationskoefficient finns uträknad för en nivå med en testperiod av tjugo dagar. För de studier på två nivåer på upp till sex månader som hänvisats till finns inga variationskoefficienter uträknade. Det framgår även av utredningen i målet, genom uppgift från specialistläkare, att det inte, utifrån de resultat som redovisats för dessa studier, går att räkna ut variationskoefficienten. Bolaget har anfört att man ändå uppfyller det första ledet av bör-kravet, genom att visa jämn kvalitet av mätresultatet under en längre tid, med data tidigast från 2009, genom att bifoga intern kontrolldata. Förvaltningsrätten finner emellertid inte att en sådan tolkning av bör-kravet är rimlig med hänsyn till kravets språkliga utformning. Den andra meningen av kravet syftar klart och tydligt till att precisera vad landstingen avser med en ”jämn kvalitet av mätresultatet under en längre tid.” Bolaget har således i sitt anbud inte uppfyllt bör-kravet i punkt 6.1.4.7.


Vidare har bolaget anfört att landstingen brutit mot likabehandlingsprincipen genom att låta Medinor, men inte bolaget, att förtydliga sitt anbud. Medinor hade i sitt anbud uppgivit att man uppfyllde ett visst bör-krav. Då landstingen fann uppgifter i bruksanvisningen som tydde på att Medinors utrustning i själva verket inte uppfyllde kravet togs kontakt med Medinor för förtydligande. Att en upphandlande myndighet, som har skäl att misstänka att en lämnad uppgift i anbudet är felaktig, på sådant sätt som landstingen har gjort kontaktar en anbudsgivare kan i sig inte anses innebära särbehandling eller konkurrensbegränsning. Alternativet hade annars varit att acceptera den i anbudet lämnade uppgiften, vilket knappast skulle kunna anses ha stått i övriga anbudsgivares intresse. Det har således inte varit fråga om en otillåten komplettering utan ett förtydligande. Frågan är då om även bolaget, för att undvika särbehandling, skulle beretts tillfälle att förtydliga sitt anbud avseende steg-för steginstruktionen och/eller kravet på stabilitetsdata.

Steg- för steginstruktionen utgjorde en bilaga som efterfrågas direkt i förfrågningsunderlaget. Instruktionen är således att betrakta som en del av själva anbudet. Skulle bolaget beretts tillfälle att lägga till instruktioner för användar-ID och patient-ID i instruktionen hade detta inneburit en förändring av anbudets innehåll. Avseende kravet på stabilitetsdata har landstingen uttryckligen i förfrågningsunderlaget efterfrågat stabilitetskoefficienten. I bolagets anbud fanns varken en uträknad stabilitetskoefficient eller tillräckliga data för uträkning av densamma. Ett förtydligande av anbudet med beräknade stabilitetskoefficienter skulle kräva att anbudet kompletterades med nya uppgifter.

En sådan komplettering som skulle behövas för uppfyllelse av båda de aktuella bör-kravsbristerna skulle ha utgjort en otillåten komplettering. Någon särbehandling av anbudsgivarna kan således inte anses ha uppstått

genom att bolaget inte fick komplettera sin steg- för steginstruktion. Då bolaget inte har visat att det finns grund för ingripande ska ansökningen om överprövning avslås.

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



Peter Lif
rådmän

Målet har föredragits av Erik Edström

