



**LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG**

Ingela Olofsson

DOM

2009-07-16

Meddelad i

Vänersborg

Mål nr

1427-09 E

1470-09 E

SÖKANDE

1. Möllerström Medical AB, 556527-6408

Slagthuset

211 20 Malmö

Ombud: Henrik Norinder

Advokatbyrån Persson & Partners

Torggatan 4

211 40 Malmö

2. Advanced Bionics UK Ltd

2 Breaks House

Mill Court

Great Shelford

Cambridge CB2 5LD

Storbritannien

MOTPART

Västra Götalands läns landsting

(Västra Götalandsregionen, VGR)

Regionstyrelsens kansli

462 80 Vänersborg

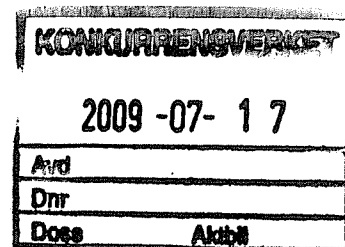
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökningarna om åtgärder enligt LOU.

Länsrättens interimistiska beslut den 5 juni 2009 upphör härmed att gälla.



Dok.Id 71149

Postadress

Box 1060

462 28 Vänersborg

Besöksadress

Residensgatan 23

Telefon

0521-27 03 00

E-post: lansrattenivanersborg@dom.se

Telefax

0521-27 03 80

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-12:00

13:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen tillkännagav i tilldelningsbeslut den 27 maj 2009 att annan anbudsgivare än Möllerström Medical AB (Möllerström Medical) och Advanced Bionics UK Ltd (Advanced Bionics) tilldelats upphandlingen avseende Cochlea-implantat och processor inkl. reservdelar och tillbehör.

Länsrätten beslutade den 5 juni 2009 att upphandlingen av Cochlea-implantat och processor inkl. reservdelar och tillbehör inte får avslutas innan något annat har beslutats.

YRKANDEN M.M.

Möllerström Medical yrkar i första hand att ifrågavarande upphandling ska rättas på så sätt att Möllerström Medicals anbud ska anses kvalificerat för utvärdering. I andra hand yrkar Möllerström Medical att upphandlingen ska göras om och anför bl.a. följande. Enligt VGR har Möllerström Medical inte offererat pris i enlighet med förfrågningsunderlaget/anbuds-
inbjudan, eftersom bilaga 1:2 inte bifogats anbudet. Av denna anledning har VGR inte prövat Möllerström Medicals anbud. Utformningen av förfrågningsunderlaget medför emellertid att bilaga 1:2 ska ses som ett besiktningsskiktprotokoll som ska fyllas i av beställaren. Bilaga 1:2 är inte omnämnd i förfrågningsunderlaget/kravspecifikationen. Där anges tydligt att anbudspriser ska anges i bilaga 1:3. Kravspecifikationen: En kravspecifikation måste vara det dokument som har högst dignitet i en anbudsinbjudan, men det förefaller som om själva anbudsinbjudan innehåller ett ska-krav som inte omnämns i kravspecifikationen. Som en del av anbudet fanns en checklista. Listan måste ses som ett hjälpmedel för att inte missa något ska-krav i kravspecifikationen. Checklistan ska uttömmande beskriva ska-kraven i anbudsinbjudan. Checklistan anger enbart att priserna, såsom an-

ges i kravspecifikationen ska anges i bilaga 1:3. Bilaga 1:2: Checklistan tar i likhet med kravspecifikationen inte upp någon bilaga 1:2. Det framgår tydligt att de olika fälten i bilaga 1:2, flik 6, är en summering av specificerade positioner av priserna i bilaga 1:3. Således stärktes Möllerström Medical i sin uppfattning att bilaga 1:2 var ett protokoll för beställaren. Bilaga 1:2 finns enbart omnämnd i anbudsinvändningen och är dessutom placerad i text som avser hur prislistan ska komma att värderas av VGR. Denna otydlighet i anbudsinvändningen har varit svår att tolka. Det är enkelt för VGR, att med utgångspunkt från det ingivna anbudet från Möllerström Medical, räkna ut aktuella prisuppgifter och göra en förnyad anbudsvärdering. Slutsats: VGR:s agerande är i strid med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Genom att inte kvalificera Möllerström Medicals anbud till själva anbudsutvärderingen, har Möllerström Medical lidit skada eller kan komma att lida skada.

Advanced Bionics yrkar att VGR ska göra en förnyad utvärdering av anbudet och anför bl.a. följande. Advanced Bionics valde att skilja bolagets egen standardgarantiperiod (tre år), från den förlängda period (fem år), som krävdes i förfrågningsunderlaget/anbudsinvändningen, för att skilja detta anbud från liknande anbud som bolaget lämnat och som accepterats inom andra landsting i Sverige och i ett antal länder i Europa. Advanced Bionics tillstår att bolagets anbud innehöll en administrativ felaktighet i bilaga 1:2, flik 5, på så sätt att beloppet 60 000 kr angetts i fel cell. Emellertid fanns detta belopp, exakt motsvarande priset på Advanced Bionics Grund-Kit, dvs. 60 000 kr, tydligt angiven under flik 6 - prislista, som utgör det viktigaste prisunderlaget i kalkylbladet kravspecifikation – funktionella utvärderingskriterier för bestämning av totalkostnaden för anbudet. Det är därför Advanced Bionics fasta övertygelse att kalkylbladet, kravspecifikation – funktionella utvärderingskriterier, bilaga 1:2, innehöll all begärd information och uppfyllde samtliga anbudskriterier i alla övriga hänseenden.

VGR bestriider Möllerström Medicals yrkanden och anför bl.a. följande. Som framgår av inbjudan till anbudsgivning är förfrågningsunderlaget uppdelat i tre avsnitt, dvs. Anbudsinbjudan, Kravspecifikation och Avtalsmall. Anbudsinbjudan omfattar i sin tur även bilagorna 1:1 – 1:4. Av förfrågningsunderlaget framgår klart och tydligt att bilaga 1:2 till Anbudsinbjudan ska fyllas i av anbudsgivaren och att de anbudspriser som anbudsgivaren redovisar i denna bilaga ligger till grund för anbudsutvärderingen. Checklistan är ett hjälpmedel för anbudsgivarna. När det gäller anbudspriser hänvisar VGR i checklistan till såväl punkt 2.1 som punkt 6 i kravspecifikationen. Av dessa punkter framgår att anbudsgivaren ska fylla i och redovisa priser för offererade produkter i såväl bilaga 1:2 som 1:3. Beträffande Möllerström Medicals påstående att de olika fälten i bilaga 1:2, flik 6, är en summering av specificerade positioner av priserna i bilaga 1:3 och att det är enkelt för VGR att, med utgångspunkt i Möllerström Medicals ingivna anbud, räkna ut aktuella prisuppgifter vill VGR framhålla följande. Möllerström Medical har i sitt anbud i bilaga 1:3 Artikeluppgifter redovisat ett stort antal produkter. VGR har ingen möjlighet att veta vilka av de produkter som Möllerström Medical redovisar som Tillbehör Nödvändig reservdelslista som ska räknas in i anbudspriset för att upprätthålla grundfunktionen för de av Möllerström Medical offererade Grund-Kit vuxen och Grund-Kit barn, dvs. om samtliga eller endast vissa av produkterna är sådana nödvändiga reservdelar som beskrivs i kravspecifikationen punkt 6. För att undvika denna typ av oklarheter kring och tolkningar av anbudet och offererade priser har VGR krävt att varje anbudsgivare, i bilaga 1:2 till anbudsinbjudan, ska ange vilka delar som är nödvändiga reservdelar för den processor som anbudsgivaren offererar samt själv ange offererat anbudspris. I sammanhanget ska beaktas att fråga är om ett öppet upphandlingsförfarande som inte medger förhandling. I förevarande fall, som bl.a. avser anbudspriser, hade VGR inte heller kunnat begära ett förtydligande eller en komplettering av anbudet utan en uppenbar risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Leverantörer har inte ställt frågor till eller

begärt förtydliganden av VGR såvitt gäller bilaga 1:2. Sammanfattningsvis framgår det klart och tydligt av förfrågningsunderlaget att bilaga 1:2 ska fyllas i av anbudsgivaren och att de anbudspriser som anbudsgivaren anger i denna bilaga ligger till grund för anbudsutvärderingen. Det är ostridigt att Möllerström Medical inte har fyllt i och bifogat bilagan med sitt anbud. Möllerström Medical har därmed inte angett sitt anbudspris i enlighet med de obligatoriska krav som VGR har ställt upp i förfrågningsunderlaget. Möllerström Medical är därmed inte kvalificerat för utvärdering. Genom att inte fylla i och bifoga bilaga 1:2, har Möllerström Medical inte heller redovisat sin inställning till de i bilagan, flikarna 1-3, angivna ska-kraven. Det framgår således inte av anbudet att dessa ska-krav är uppfyllda. Därmed föreligger ytterligare grund för att inte godkänna Möllerström Medical för anbudsutvärdering. Om länsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat, gör VGR gällande att det i vart fall inte är fråga om brister av den art eller omfattning att kraven som uppställs i LOU och som följer av de gemenskapsrättsliga principerna har åsidosatts. VGR:s agerande strider således inte mot de grundläggande principerna i LOU.

VGR bestrider Advanced Bionics yrkande och anför bl.a. följande. VGR har funnit att Advanced Bionics inte uppfyller de obligatoriska krav som ställts beträffande dels garanti för processor och tillbehör/reservdelar, dels hur anbudsgivaren ska ange offererade priser. Garantitid: Av förfrågningsunderlaget framgår att VGR ställt krav på att en garanti om fem år ska gälla för efterfrågad komplett processor med batteridel m.m. och att en garanti om två år ska gälla för ”övriga reservdelar/tillbehör”. Den garantitid som Advanced Bionics angett i sitt anbud för offererad processor och övriga reservdelar/tillbehöver är tre respektive ett år. Advanced Bionics uppfyller därmed inte de aktuella och i förfrågningsunderlaget ställda obligatoriska krav på viss garantitid. Advanced Bionics hänvisar till bilagorna 1:2 och 1:3. Advanced Bionics har i bilaga 1:2, flik 5, i ett fält i reservdelslistan för

såväl vuxen som barn, angett ”utökad garanti för processor och reservdelar (Extended Warranty for Processor and Spare Parts”) och vidare angett ett pris, 15 000 kr, för detta. De av Advanced Bionics angivna uppgifterna visar emellertid inte att bolaget uppfyller de obligatoriska krav som VGR har ställt i fråga om garantitid om fem och två år för processor respektive reservdelar/tillbehör. Det går t.ex. inte att utläsa vad som avses med ”utökad garanti” eller för vilken tid en sådan gäller. Skrivningen förefaller närmast innebära att Advanced Bionics lämnar någon form av villkorat anbud. Offererade priser: Advanced Bionics har i bilaga 1:2, flik 5, fyllt i produkter i såväl reservdelslistan som avser vuxen som den som avser barn. När det gäller reservdelslistan för vuxen har Advanced Bionics angett priset 60 000 kr för ”anpassade färger” och 15 500 kr för ”utökad garanti för processor och reservdelar. I fältet ”summa pris till prisbilaga” har Advanced Bionics enbart angett 15 500 kr, dvs. priset för utökad garanti. Sistnämnda summa har Advanced Bionics därefter även angett i bilaga 1:2, flik 6 - prislista, vilket innebär att 20 procent av detta pris har beaktats vid beräkningen av det pris som ska användas vid prisutvärderingen. Beträffande reservdelslistan för barn har bolaget angett tre olika prisuppgifter (60 000, 2 122 och 15 500). Advanced Bionics har endast räknat in två av dessa i den prissumma som bolaget därefter har fört över till bilaga 1:2, flik 6 - prislista. Advanced Bionics har således inte angett priser i enlighet med de krav som VGR har ställt i förfrågningsunderlaget. Advanced Bionics har redovisat produkter som nödvändiga reservdelar för vuxen respektive barn och angett pris för vissa av produkterna. Samtliga angivna priser har emellertid inte beaktats vid beräkning av det pris som ska ligga till grund för anbudsutvärderingen. Som en nödvändig reservdel har Advanced Bionics vidare tagit upp en post avseende utökad garanti. En utökad garanti är inte en nödvändig reservdel enligt definitionen i förfrågningsunderlaget. Det är felaktigt att som Advanced Bionics har gjort redovisa ett pris för utökad garanti som en nödvändig reservdel med konsekvens att priset endast beaktas till 20 procent vid beräkning av pris till utvärdering. I sam-

manhanget bör påpekas att fråga är om ett öppet upphandlingsförfarande som inte medger förhandling. I förevarande fall hade VGR inte kunna begära ett förtydligande eller en komplettering av anbudet utan en uppenbar risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

DOMSKÄL

Gällande bestämmelser m.m.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår följande. 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. 1 § första och andra styckena LOU föreskrivs att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt denna paragraf. Vid direktupphandling får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen.

I 16 kap. 2 § samma lag stadgas följande. 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Regeringsrätten har uttalat (se RÅ 2002 ref. 50) 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.

Länsrätten gör följande bedömning

Leverantören ska granskas utifrån de krav som ställts i förfrågningsunderlaget/anbudsintjudan. Den upphandlande myndigheten får inte anta ett anbud som inte uppfyller kraven.

Beträffande kravet att bilaga 1:2 till anbudsintjudan skulle fyllas i hade förfrågningsunderlaget kunnat vara utformat på ett tydligare sätt. Det får emellertid anses framgå att det är leverantören som ska fylla i bilaga 1:2 och bifoga denna tillsammans med anbudet i övrigt. Att bilagan ska vara korrekt ifylld får anses uppenbart. Möllerström Medical har inte fyllt i bilaga 1:2. Advanced Bionics har visserligen fyllt i bilagan, men felaktigt. Eftersom Möllerström Medical och Advanced Bionics således inte uppfyller VGR:s ska-krav avseende bilaga 1:2, har VGR haft fog för sitt beslut att inte utvärdera bolagens respektive anbud. Länsrätten delar även VGR:s bedömning att det inte klart framgår av Advanced Bionics anbud att bolaget lämnar fem års garanti på processorer och två års garanti på reservdelar/tillbehör. VGR har även av denna anledning haft skäl att utesluta Advanced Bionics från anbudsutvärderingen.

Sammanfattningsvis konstaterar länsrätten att sådana omständigheter inte har anförts i målet att det finns skäl att besluta om åtgärder. Upphandlingen får därför avslutas.

Länsrätten erinrar om att en ny tiodagarsfrist börjar löpa från dagen för domen.

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



Peter Kockum