

KLAGANDE OCH MOTPARTER

1. Life Scan, Johnson & Johnson AB, 556063-2514
191 84 Sollentuna

Ombud: Advokat Anna Ulfsson och
jur. kand. Kristian Pedersen
Advokatfirman Delphi
Box 1432
111 84 Stockholm

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

Ombud: Advokat Einar Wanhainen
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

3. Tamro MedLab AB, 556351-4107
Box 49
401 20 Göteborg

Ombud: Advokat Anders Nilsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART OCH KLAGANDE

Västra Götalands läns landsting
(Västra Götalandsregionen)
Regionens hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Vänersborgs dom den 15 augusti 2007 i mål nr 1666-07, se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

Life Scan, Johnson & Johnson AB (Life Scan) och Tamro MedLab AB (Tamro) yrkar att kammarrätten, med ändring av länsrättens dom, ska förordna att upphandlingen ska göras om.

Roche Diagnostics Scandinavia AB (Roche) yrkar att kammarrätten, med ändring av länsrättens dom, ska förordna att upphandlingen ska göras om, eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts på närmare beskrivet sätt.

Västra Götalands läns landsting (Västra Götalandsregionen, VGR) anser att överklagandena ska avslås och yrkar att kammarrätten ska upphäva länsrättens dom i de delar som gäller rättelse, utom vad avser utvärdering av Tamros ”50-förpackning”.

Life Scan, Tamro och Roche anser att kammarrätten ska avslå VGR:s överklagande.

Kammarrätten har senast den 12 september 2007 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Parterna har i kammarrätten sammanfattningsvis anfört följande.

Life Scan

Länsrätten har helt korrekt funnit att förfrågningsunderlaget varit behäftat med allvarliga fel, bl.a. avseende den angivna utvärderingsmodellen.

Länsrättens domslut är felaktigt eftersom det ålägger VGR att vidta en rättelse som i sig innebär en överträdelse av kravet på affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU och den däri inrymda gemenskapsrättsliga principen om öppenhet och förutsebarhet eftersom en ny utvärdering i enlighet med domslutet kommer att avvika helt från den angivna utvärderingsmodellen. Domslutet strider vidare mot rättspraxis eftersom bristerna i upp-

handlingen rör upphandlingens konkurrensuppsökande skede och länsrätten borde därför ha förordnat att upphandlingen skall göras om. Om utvärderingsmodellen hade varit förenlig med LOU och tydligt framgått av förfrågningsunderlaget, samt utvärderingskriterierna varit tydligare, skulle Life Scan ha haft möjlighet att utforma ett anbud som varit ekonomiskt mer fördelaktigt och som bättre levt upp till de krav som visat sig följa av den anbudsutvärdering som VGR faktiskt genomfört. Länsrättens domslut är vidare felaktigt på följande grunder.

Länsrätten har helt i strid med LOU förordnat om rättelse varvid VGR i den nya utvärderingen ska rangordna leverantörerna på sätt som följer av praxis i form av utlåtande från Nämnden för offentlig upphandling (NOU). Det är helt korrekt att rangordning ska ske. Dock skulle information om detta ha framgått av VGR:s upphandlingsmaterial. Life Scan, och säkerligen också övriga anbudsgivare, skulle med den vetskapen ha kunnat lämna helt andra (väsentligt lägre) priser eftersom priset hade varit lättare att beräkna. Att inte göra avropen förutsebara redan i anbudsfasen kan leda till fördyringar genom att anbudsgivare har svårt att lämna seriösa och exakt beräknade anbud. Informationen om hur avrop skulle komma att ske kan påverka anbudsgivarnas utformning av anbud. Länsrättens domslut leder till också till att VGR tvingas anta anbud som är väsentligt dyrare än de hade kunnat vara om länsrätten istället hade förordnat att upphandlingen skulle göras om.

Som en följd av att VGR har brutit i sina förpliktelser enligt LOU, vilket också länsrätten konstaterat i sin dom, har Life Scan lidit eller i vart fall riskerat att lida skada i den mening som avses i 7 kap. 1 och 2 §§ LOU genom att inte tilldelas ramavtal i upphandlingen. – En rättelse är inte en möjlig åtgärd för att åstadkomma en rangordning av ramavtalsleverantörerna. En sådan åtgärd skulle väsentligen förändra förutsättningarna för upphandlingen.

Tamro

Länsrätten har endast delvis bifallit Tamros talan när den förordnat att utvärderingen ska göras om i vissa avseenden. Tamro, som frånfaller yrkandet om rättelse, menar att samtliga de felaktigheter och brister som Tamro pekat på i ansökan om överprövning är av så allvarlig art att upphandlingen ska göras om. Tamro vill särskilt peka på det förhållandet att VGR upphandlat s.k. oförbindande ramavtal, som medfört att VGR i princip haft full frihet att välja antal leverantörer och hur avrop ska ske från dem i efterhand. Tillvägagångssättet är inte tillåtet enligt LOU och står i strid med principerna om transparens och likabehandling.

Den genomförda utvärderingen är felaktig. Tamros anbud har beträffande flera bör-krav fått lägre poäng än vad som vore korrekt. Poängsättningen i utvärderingen präglas av ett stort mått av godtycklighet. Dessa förhållanden står i strid med principerna om transparens och likabehandling och därmed mot bestämmelsen om affärsmässighet i 1 kap. 4 § LOU. VGR har haft ett oacceptabelt stort utrymme för skönsmässiga bedömningar i utvärderingen. Bristerna i upphandlingen innebär att Tamro lider eller riskerar att lida skada.

Länsrätten har bl.a. förordnat att rättelse ska ske och att samtliga anbudsgivare ska beredas möjlighet att komplettera sina anbud avseende börkrav 17 med uppgift om manual med illustrativa bilder. Varken förfrågningsunderlaget eller kompletteringar till det innehåller någon uppgift om att manual med illustrativa bilder kan ge poäng i utvärderingen. Att i en ny utvärdering tillåta alla anbudsgivare att komplettera med sådan manual går stick i stäv med vad som är tillåtet i form av kompletteringar i en upphandling och gynnar bara de anbudsgivare som har en sådan manual. Att tillåta en sådan komplettering och därvid ge poäng strider mot principerna om transparens och likabehandling.

Länsrätten har också beslutat att rangordning av leverantörerna ska göras i samband med en ny utvärdering, trots att förfrågningsunderlaget inte innehåller uppgift om att rangordning ska göras. Att trots detta rangordna leverantörerna strider mot transparensprincipen. Om anbudsgivarna vetat att rangordning skulle ske hade de gjort andra överväganden vid utformningen av sina anbud. Dessutom saknas besked om på vilket sätt – volymer och fördelning eller liknande – avrop ska ske hos de olika leverantörerna.

Vad beträffar bör-krav 29 och Abbots mätare, Precision Xceed, menar länsrätten att VGR inte krävt in någon bevisning och inte heller ifrågasatt Abbots svar och att VGR därför kan acceptera Abbots anbud. Även om så skulle vara fallet är det anmärkningsvärt att VGR inte, med hänsyn till de uppgifter Tamro lämnat beträffande möjligheterna att använda en annan teststicka, undersöker saken. Av bilagd utredning framgår att One Touch Ultras teststickor går att använda i Abbots mätare Precision Xceed. Mer alarmerande är att utredningen också visar att en felaktig användning av teststickor kan ge felaktiga resultat i mätningarna, som i sin tur kan medföra felaktig – och i värsta fall livsfarlig – behandling. Det är svårt att tro att VGR – med kännedom om dessa förhållanden – skulle hålla fast vid sin tidigare bedömning och ge Abbot poäng, trots felaktiga uppgifter i anbudet.

Roche

Länsrätten har kommit fram till att LOU ger den upphandlande enheten rätt att kräva olika bevis och intyg av leverantörer och att VGR inte har krävt att leverantören ska bevisa sitt svar avseende bör-krav 21 Temperaturintervall på visst sätt. Det har därför inte varit fel att godta de studier som Bayer hänvisat till. Bayer har i bipacksedeln lämnat information som rekommenderar förvaring i rumstemperatur. VGR kan inte rimligen vid utvärderingen av produkter som är underkastade särskilda föreskrifter

utgå från att den information som tillverkaren har lämnat i bruksanvisningen om hantering i enlighet med föreskrifterna inte är korrekt. VGR får inte förlita sig på information om förvaring som lämnats i en obestyrkt studie som inte delgetts användarna. Utvärderingen måste därför göras om på så sätt att VGR vid utvärderingen inte ska beakta annan information om Bayers mättemperaturområde än den som framgår av bipacksedeln. – Stockholms läns landsting har i en upphandling kommit fram till att Bayer inte visat att deras mätare kan mäta temperaturer under 0 grader. Detta ger vid handen att den i detta mål aktuella utvärderingen är felaktig.

Beträffande bör-krav 29 har länsrätten kommit fram till att VGR haft rätt att fritt välja vilka säkerhetskriterier som VGR prioriterar. Roche delar inte denna uppfattning. Om det finns myndighetsföreskrifter som reglerar utformningen av produkter kan inte VGR välja egna kriterier som inte överensstämmer med dessa föreskrifter. Roches produkt uppfyller bättre myndighetskraven än konkurrentprodukterna. VGR har inte kommenterat Roches argumentation när det gäller påståendet att Roches produkt bättre uppfyller myndighetskraven än konkurrentprodukterna utifrån Läkemedelsverkets föreskrifter. Roche har löst problemet med variationer mellan olika lotnummer genom att säkerställa att variationerna är så små att medicinskt acceptabla resultat erhålls trots att det inte är samma lot som mätaren är kodad för. Roche har således genom sin konstruktion av stickan följt säkerhetsföreskrifterna och byggt bort risken med att omkodning inte sker.

VGR

VGR anser att upphandlingen, med sådan rättelse av utvärderingen av Tamros "50-förpackning" som länsrätten har förordnat om, har genomförts i enlighet med gemenskapsrättens regler och LOU. Härigenom har ingen leverantör lidit skada.

Bör-krav 17

Kravet har varit tydligt och transparent avseende kortmanual och dess utformning på svenska och andra språk. Den bedömning som VGR gjort vad avser poängsättning av bilder är i enlighet med vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget. De bilder som har presenterats i upphandlingen är språkligt gränsöverskridande och bidrar till att på ett tydligt sätt beskriva handhavandet av aktuella produkter. Bilderna bidrar till att kortmanualen blir lättförståelig.

Utvärderingsmodellen

Länsrätten anger i sin dom att rättelse kan ske mot användande av en annan utvärderingsmodell. Vad VGR uppfattar avser denna rättelse enbart de produktgrupper i upphandlingen som är föremål för överprövning. VGR och flera andra landsting använder sig av utvärderingsmodellen. Modellen har redovisats i förfrågningsunderlaget på ett tydligt och transparent sätt. Anbudsgivarna har haft möjlighet att tolka utvärderingskriterierna på ett likartat sätt och några invändningar mot modellen har inte kommit in under anbudstiden. Av EG-domstolens praxis framgår att den upphandlande enheten inte endast är fri att välja kriterier för tilldelning av kontrakt utan även att bestämma viktningen. Detta under förutsättning att en utvärdering kan göras på grundval av de tillämpade kriterierna i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga (jfr C-448/01, punkt 39). Den utvärderingsmodell som VGR använt är inte den extrema modell som NOU beskrivit i sitt yttrande. Detta framgår av de anbud som lämnats och den värdering som gjorts av dessa. Den använda modellen följer väl de EG-rättsliga intentionerna att det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet ska tilldelas kontraktet.

Rangordning av leverantörer

Länsrätten anger i sin dom att de utvalda leverantörerna ska rangordnas för avrop. Den rangordning som torde vara aktuell finns angiven i tilldelningsbeslutet. Enligt LOU finns det idag inget annat krav på rangordning än det VGR tillämpat i sin upphandling. I tilldelningsbeslutet har leverantörerna rangordnats i den ordningsföljd de poängmässigt varit bäst i upphandlingen. I förfrågningsunderlaget har angetts att en eller flera leverantörer kommer att utses, varför några inbördes volymer inte har kunnat anges i förfrågningsunderlaget. Inte heller kan exakta volymer anges på grund av medicinska eller kliniska skäl. VGR kommer dock att sträva efter en fördelning i förhållande till placering enligt tilldelningsbeslut och förfrågningsunderlag. För det fall att kammarrätten skulle finna att rangordningen av leverantörerna ska göras tydligare kan detta ske utan att det påverkar upphandlingen i sig. Vid en sådan utgång är en rättelse i enlighet med vad länsrätten har beslutat i denna del tillräcklig. – VGR vill särskilt understryka att förfrågningsunderlaget är transparent vad som efterfrågas när det gäller att lämna bästa pris, vilket Life Scan också borde ha insett. VGR anser att detta måste ha varit uppenbart.

Bör-krav 21

Av Bayer lämnad information i anledning av bör-krav 21 strider inte i något avseende mot Läkemedelsverkets föreskrifter om medicintekniska produkter (LVFS 2003:11). Vad Bayer gjort är att upplysa om att deras produkt (som enligt bipacksedel bör förvaras i rumstemperatur) även kan förvaras i lägre temperatur. Denna information innehåller uppgifter som stärker kvaliteten på Bayers produkt utifrån de krav som VGR i detta fall har ställt på efterfrågade produkter. Med hänsyn till de ställda kraven är det naturligt att tillmäta denna extra kvalitet betydelse vid utvärderingen av produkterna/anbudet. Den omständigheten att den av Bayer lämnade informationen inte återfinns i bipacksedeln strider inte mot Läkemedels-

verkets ovannämnda föreskrifter. VGR har möjlighet att vid sin utvärdering ta hänsyn även till sådant som inte återfinns i bipacksedeln. Bayer får, genom till sitt anbud bifogad dokumentation, i tillräcklig grad anses ha styrkt sitt påstående om att deras produkt kan förvaras vid lägre temperatur.

Bör-krav 29

Inte heller bör-krav 29 eller utvärderingen av detta krav strider mot Läkemedelsverkets föreskrifter. Av det ställda kravet framgår att VGR har prioriterat den säkerhetsdetaljen att resultat inte visas med sticka från annat lotnummer än den glukosmätaren är kodad för. Utvärderingen har skett i enlighet med detta.

DOMSKÄL

Life Scan

Kammarrätten finner lika med länsrätten att avsaknaden av en beskrivning i förfrågningsunderlaget av de tabeller som VGR använt vid utvärderingen av vissa bör-krav inte kan anses medföra att de gemenskapsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling har åsidosatts. Kammarrätten instämmer vidare i länsrättens bedömning att de bör-krav som Life Scan hänvisat till inte är så otydligt formulerade eller av så utpräglad subjektiv karaktär att de gemenskapsrättsliga principerna träds för när. Upphandlingen strider således inte i dessa avseenden mot LOU.

Utvärderingsmodellen

Kammarrätten konstaterar inledningsvis att en upphandlande enhet har stor frihet att välja vilka kriterier den ska använda vid en utvärdering och

vilken betydelse dessa ska tillskrivas. Det finns också ett stort utrymme för varierande lösningar vid utformningen av en utvärderingsmodell, under förutsättning att principerna i LOU och EG-rätten inte överträds.

Kravet på affärsmässighet i den offentliga upphandlingen kan enligt kammarrättens mening inte innebära att varje brist som en anbudsgivare kan göra gällande i ett förfrågningsunderlag eller en utvärdering – och vars frånvaro skulle ha kunnat medföra att anbudsgivaren gett sitt anbud ett annat innehåll – utgör grund för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU. En sådan ordning skulle snabbt få orimliga konsekvenser för den offentliga upphandlingen (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Kammarrätten finner att utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt utformad och att annat inte har framkommit än att VGR följt utvärderingsmodellen som den presenterats. Den kritik i övrigt som bl.a. Life Scan riktat mot utvärderingsmodellen som sådan överensstämmer i huvudsak med vad NOU angett i sitt yttrande (dnr 2004/0024-26).

Kammarrätten instämmer i att utvärderingsmodellen har brister som kan medföra oönskade resultat i en upphandling. Dessa brister är dock i sig inte tillräckliga för att åtgärder enligt 7 kap. 2 § LOU ska kunna komma ifråga. Det krävs dessutom att bristerna medfört att den som begärt överprövning lidit eller kan komma att lida skada.

Det kan vid prövningen av om skaderekvisitet i 7 kap. 2 § LOU är uppfyllt i och för sig inte krävas att den som begär överprövning gör sannolikt att man skulle ha vunnit upphandlingen om de ovan angivna bristerna inte hade förelegat. Av utredningen i målet har dock inte framkommit annat än att anbudsgivarna har behandlats och bedömts på samma sätt och i överensstämmelse med den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen. Det finns därför inte förutsättningar för åtgärder enligt

7 kap. 2 § LOU på denna grund. Länsrättens dom ska därför upphävas i denna del.

Rangordning av leverantörer

Life Scan har anfört att den rättelse som länsrätten beslutat om beträffande rangordning av leverantörer för avrop väsentligt skulle förändra förutsättningarna för upphandlingen och att upphandlingen därför måste göras om. VGR har i första hand invänt att det enligt LOU inte finns något annat krav på rangordning än det VGR har tillämpat i upphandlingen, dvs. leverantörerna har rangordnats i den ordningsföljd de poängmässigt varit bäst i upphandlingen. I andra hand har VGR anfört att en rättelse i enlighet med länsrättens dom är tillräcklig om kammarrätten finner att rangordningen skulle gjorts tydligare.

Av den aktuella avtalsmallen framgår bl.a. följande. Verksamheter inom VGR har rätt att avropa avtalade produkter till vid varje beställningstidpunkts gällande priser, under eller fram till avtalsperiodens utgång för leverans inom ordinarie avtalad leveranstid (punkt 6). Eventuella angivna årsbehov är uppskattade. Skulle Beställarens avrop enligt avtalet under respektive överstiga beräknad kvantitet ska detta inte betraktas som avtalsbrott från Beställarens sida, utan Leverantören är skyldig att leverera det verkliga behovet (punkt 10).

Med ramavtal förstås enligt 1 kap. 5 § LOU avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

Kammarrätten konstaterar i likhet med länsrätten att det varken av förfrågningsunderlag eller av avtalsmallen framgår hur en rangordning av de tilltänkta leverantörerna ska göras eller vilka inköpsvolymerna som är tänkta från respektive leverantör. Upphandlingen strider därför i denna del

mot LOU och de gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens. Frågan är då om det är tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att de utvalda leverantörerna rangordnas för avrop. Life Scan har hävdad att en sådan åtgärd väsentligen skulle förändra förutsättningarna för upphandlingen. Kammarrätten instämmer dock i länsrättens bedömning att det inte framkommit att den angivna oklarheten har påverkat anbudsgivarnas anbud och att det är tillräckligt att rättelse sker på det sätt som länsrätten förordnat om. Det finns därför inte skäl att ändra länsrättens dom i denna del.

Tamro

Tamro har anfört att poängsättningen i upphandlingen präglats av ett stort mått av godtycklighet och att Tamros anbud beträffande flera börkrav fått lägre poäng än vad som vore korrekt. På samma sätt som gäller Life Scans liknande invändningar delar kammarrätten länsrättens bedömning att upphandlingen inte kan anses strida mot LOU eller gemenskapsrättsliga principer i denna del.

I börkrav 17 anges bl.a. att kortmanual bör finnas på svenska och vara lättförståelig. Eftersom det angetts att kortmanualen ska vara lättförståelig kan det enligt kammarrättens mening inte anses strida mot förfrågningsunderlaget att ge poäng till de anbudsgivare som åberopat en manual med illustrativa bilder. Det finns därför inte skäl att förordna om rättelse. Länsrättens dom ska därför upphävas i denna del.

Vad beträffar Tamros invändning om att Abbot Precision Xceed inte borde ha erhållit poäng beträffande börkrav 29 finner kammarrätten att det inte framkommit skäl för åtgärd enligt 7 kap. 2 § LOU. Överklagandet ska därför avslås i denna del.

Kammarrätten konstaterar slutligen att länsrättens dom inte har överklagats i den del som avser utvärdering av Tamros "50-förpackning". Domen ska därför inte ändras i den delen.

Roche

Kammarrätten instämmer i länsrättens bedömning att VGR inte har begått så stora fel vid utvärderingen av Roches anbud avseende bör-kraven 21 och 29 att det finns skäl att förordna om rättelse i denna del.

DOMSLUT

Kammarrätten upphäver länsrättens dom i den del den avser att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att

- samtliga anbudsgivare beretts möjlighet att komplettera sina svar avseende bör-krav 17 med uppgift om manual med illustrativa bilder, och
- utvärdering av samtliga anbud skett utan användande av den utvärderingsmodell där anbuden relateras till varandra.

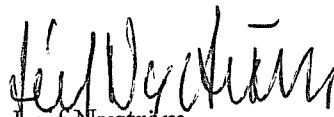
Kammarrätten avslår överklagandena i övrigt.

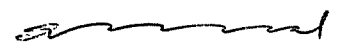
Kammarrättens interimistiska beslut upphör därmed att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Formulär 1 (bilaga B)


Berit Nilsson


Leif Nyström


Niclas Falkendal
referent

Bilaga A

Sida 1 (23)

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG

Ingela Olofsson

DOM
2007-08-15
Meddelad i
VänersborgMål nr
1666-07 EKAMMARRÄTTEN
I GÖTEBORG

Ink. 07-08-23

Mål nr 4799-07

Akobil 2

SÖKANDE

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

Ombud: Advokat Einar Wanhainen, G Grönberg Advokatbyrå AB,
Box 7418, 103 91 Stockholm

2. Life Scan Johnson & Johnson AB, 556063-2514
191 84 Sollentuna

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur. kand. Kristian Pedersen,
Advokatfirman Delphi & Co KB, Box 1432, 111 84 Stockholm

3. Tamro MedLab AB, 556351-4107
Box 49
401 20 Göteborg

Ombud: Advokat Anders Nilsson, Advokatfirman Lindahl KB, Box 11911,
404 39 Göteborg

MOTPART

Västra Götalands läns landsting
(Västra Götalandsregionen, VGR)
462 80 Vänersborg

SAKEN

Offentlig upphandling av diabetesstickor med tillbehör enligt lagen
(1992:1528) om offentlig upphandling (LOU)

BAKGRUND

Västra Götalands läns landsting (VGR) har genomfört en upphandling gällande diabeteshjälpmiddel. Totalt angavs värdet av upphandlingen vara ca 140 miljoner kr per år och omfattade produktgrupper betecknade från A - N. När det gäller värdet av upphandlingen preciseras det volymmässigt i bilaga 2 till anbudsinbjudan där även de krav som ställs på produkterna anges i numrerade punkter, både skalkrav och hörkrav. Nedan hänvisas till

Dok.Id 39262

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1060	Residensgatan 23	0521-27 03 00	0521-27 03 80	måndag – fredag
462 28 Vänersborg		E-post: lansrattenivanersborg@dom.se		09:00-12:00 13:00-16:00

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 2
1666-07 E

bilagan och punkterna endast genom att ange numren på kraven i bilagan. I den del av upphandlingen, A, som avser glukosmätare och glukosstickor med tillbehör, anges att årsbehovet av glukosstickor det första avtalsåret är cirka 18 miljoner.

I beslut daterat den 25 maj 2007 tillkännagavs att VGR valt att upphandla "Produktgrupp K Urinsticka för kombinerad mätning av ketoner och glukos (små volymer)" från Roche Diagnostics Scandinavia AB (Roche), men att Roche, Life Scan Johnson & Johnson AB (Life Scan) och Tamro MedLab AB (Tamro) i övrigt inte tilldelats något uppdrag.

Roche, Life Scan och Tamro har samtliga begärt överprövning av upphandlingen. De har – förutom generella synpunkter – vänt sig mot upphandlingen i den del den gäller glukosmätare och glukosstickor med tillbehör. Samtliga bolag har yrkat att länsrätten interimistiskt beslutar att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Länsrätten beslutade den 8 juni 2007 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

ANSÖKNINGAR OM ÖVERPRÖVNING*Roches yrkanden och grunder*

Roche yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts och anför bl.a. följande. Den ur ekonomisk synpunkt mest betydelsefulla delen av upphandlingen avser glukosmätare och stickor. I detta segment har Roche offererat produkterna Accu-Chek Aviva (Aviva) och Accu-Chek Compact plus (Compact plus). VGR har upphandlat sju stycken av de offererade mätarna och stickorna, bl.a. Bayers Contour som fick en sammanlagd poäng på 3,10. Roche fick som mest 3,06 poäng för produkten Aviva och antogs inte som leverantör. VGR har gjort två fel i utvärderingen som, var för

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 3
1666-07 E

sig, medfört att Bayer fått en bättre poäng än Roche. Om utvärderingen gjorts korrekt utifrån utvärderingskriterierna skulle Roche ha antagits som leverantör istället för Bayer. Roche riskerar alltså att lida skada genom fe-len.

När det gäller kravspecifikationen har fel begåtts rörande utvärderingen av börkraven i punkterna 21 och 29. Börkrav 21 avser temperaturintervall för förvaring av mätare och stickor samt temperaturområde för provtagning. Bayer har fått full poäng, eftersom VGR har funnit att Bayers stickor skulle kunna förvaras under noll grader. I Bayers bipacksedel, som anger produktens egenskaper, uppmanas patienterna emellertid att förvara stickorna i rumstemperatur. Roche ifrågasätter vilket underlag VGR haft för att anse det visat att produkten likväl uppfyller kravet. Bayer har hänvisat till att vissa studier indikerar att stickorna skulle tåla låga temperaturer, men dessa studier kan inte läggas till grund för att stickorna tål temperaturer under noll grader om tillverkaren likväl inte rekommenderar förvaring under rumstemperatur. I en utvärdering av produkter bör endast avseende fästas vid sådana uppgifter som tillverkarna anger i sina bipacksedlar eller i instruktionsböcker eller som framgår av publicerade resultat i kliniska studier. Informationen om den studie som Bayer hänvisat till, och som VGR satt sina poäng utifrån, är minst sagt bristfällig. I princip är det en overheadbild med ett antal grafer. Bayers produkt är inte bättre än konkurrenternas.

I börkrav 29 har VGR ställt upp ett säkerhetsbetingat krav, nämligen att resultat inte bör visas med en sticka från annat lotnummer än den mätaren är kodad för. Bakgrunden till kravet är att olika tillverkningsloter inte har identiska egenskaper, varför mätaren måste omkodas om en sticka från en ny lot används för att mätvärdena skall vara korrekta. Eftersom teststickorna utgör en del av egenvärden har vissa tillverkare infört en säkerhetsdetalj, nämligen att något mätvärde inte skall visas om en sticka från en annan lot än den mätaren är kodad för används. Roche uppfyller kravet. Aviva är så

konstruerad att en omkodning av mätaren sker automatiskt mellan olika lotnummer. Aviva är alltså mer avancerad och därför säkrare än konkurrenternas produkter. Av ingiven artikel, som författats bl.a. av en forskare från Bayer, framgår att Roches produkt fungerar på avsett sätt. VGR har missuppfattat Roches anbud, eftersom Roche fått noll poäng istället för fyra poäng, som var den maximala poängen. Det kan inte vara en riktig tolkning av kraven att den produkt som är så avancerad att en säkerhetsdetalj är överflödigt, skall anses vara sämre än den produkt som har säkerhetsdetaljen. Roche har kommit runt problemet med osäkra värden genom att säkerställa att variationerna mellan de olika loterna är så små, att medicinskt acceptabla värden likväl erhålls, även om omkodning inte har skett. Resultatet blir givetvis mer precisa om omkodning sker. VGR har ifrågasatt vilket värde kodchipet har om det inte behövs för att matcha lotnummer med det lotnummer mätaren är kodad för. Kodchipet har följande tre funktioner: (i) Patienten får information om stickans användningstid löpt ut. (ii) Genom chipet kan mätarens programvara uppgraderas utan att mätaren behöver bytas. (iii) Det möjliggör exaktare mätresultat. Antingen är utvärderingen fel eller kraven, eftersom hänsyn inte tas till att produkter kan fungera genom automatisk omkodning. I detta sammanhang kan konstateras att Bayer, som har lämnat samma svar som Roche, har fått fyra poäng. Om utvärderingen hade gjorts korrekt hade Roche valts som leverantör.

Life Scans yrkanden och grunder

Life Scan yrkar att upphandlingen skall göras om och anför. VGR har brutit mot principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens. VGR har använt sig av en utvärderingsmodell som inneburit att den inbördes ordningen mellan anbuden påverkats av ovidkommande hänsyn. Utvärderingskriterierna har varit så oklara och behäftade med sådana brister att det inte framgått vilka omständigheter som skulle tillmätas betydelse i upphandlingen. Life Scan har lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada genom att inte ha tilldelats ramavtal. Om utvärderingsmodellen framgått av förfråg-

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 5
1666-07 E

ningsunderlaget och utvärderingskriterierna hade varit tydligare, skulle Life Scan ha haft möjlighet att utforma ett anbud som varit ekonomiskt mer fördelaktigt och som bättre levt upp till de krav som visat sig följa av den anbudsutvärdering som VGR faktiskt genomfört och som därför skulle ha erhållit en bättre bedömning.

Utvärderingsmodellen har inneburit att VGR tagit ovidkommande hänsyn. Av bilaga 2 till förfrågningsunderlaget "Krav- och prisspecifikation" framgår att de i bilagan angivna börkraven " [...] bedöms skala 0-4 där 0 är lägsta, med inbördes viktning av frågorna där * = gånger 1 max 4 poäng, ** = gånger 2 max 8 poäng och *** = gånger 3 max 12 poäng". Anbuderna skall således utvärderas och poängsättas utifrån hur väl de uppfyller de i bilagan angivna börkraven, dvs. anbuderna skall bedömas utifrån en jämförelse mot angivna börkrav. Av bilaga A3 till tilldelningsbeslutet framgår emellertid att VGR, efter att ha utvärderat och poängsatt anbuderna i enlighet med vad som angivits i bilaga 2 till förfrågningsunderlaget, har tillfört ytterligare ett moment i utvärderingen. Betyg har delats ut i förhållande till hur många poäng anbudsgivarna fått för uppfyllande av börkrav. Vad gäller pris har betyg delats ut efter en jämförelse mellan de anbudspriser som lämnats i upphandlingen. Anbudens pris har således jämförts mot varandra. Anbudsgivaren med högst poäng respektive lägst pris har fått betyg 4. De anbud som erhållit lägre poäng har, beroende på hur mycket lägre poängen varit, även erhållit ett lägre betyg och samma metod har tillämpats beträffande priset, med den skillnaden att lägre pris gett högre betyg. Nämnden för offentlig upphandling (NOU) anser att en utvärderingsmodell, som låter det anbud som har lägst total poäng påverka vilket av de andra anbuderna som kommer att vinna upphandlingen, inte kan anses vara utformad på ett sådant sätt att den leder till ett rättvist resultat. Inte heller kan en sådan modell säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 6
1666-07 E

Vidare har utvärderingskriterierna varit så oklara och behäftade med sådana brister att det inte framgått vilka omständigheter som skulle tillmätas betydelse i upphandlingen. I t.ex. börkrav 14 anges följande. "Ange er blodmängd. Liten blodmängd ger högre poäng." Av bilaga A1 till tilldelningsbeslutet framgår att utvärdering skett enligt följande.

"0,3 µl = 12 p
0,4 – 0,6 µl = 10 p
0,7 – 0,9 µl = 8 p
1,0 – 1,2 µl = 5 p
1,3 – 1,5 µl = 2 p"

Tillämpningen av detta börkrav strider mot principerna om förutsebarhet, transparens och proportionalitet. Tabellen redovisades inte i förfrågningsunderlaget utan först i tilldelningsbeslutet. Anbuden hade sett annorlunda ut om anbudsgivarna på förhand vetat vilken blodmängd som var önskvärd från VGR:s sida och vilken blodmängd som gav vilken poäng. Själva börkravet är otydligt formulerat, eftersom det bara anger att "liten blodmängd ger högre poäng", inte vad som är en liten blodmängd. Beträffande ifrågasvarande volymer saknas emellertid betydelse för användarna om de offererade produkterna ligger i övre eller nedre delen av den använda skalan, eftersom den angivna skillnaden i mikroliter knappt är synbar, än mindre kännbar för användarna. Börkravet saknar således medicinsk relevans och strider mot proportionalitetsprincipen. Life Scan ifrågasätter hur det kan skilja tre poäng på 0,1 mikroliter (mellan t.ex 0,9 och 1,0 mikroliter) när det skiljer två poäng på ett spann om 0,3 mikroliter (mellan t.ex. 0,7 och 0,9 mikroliter). Det är uppenbart att VGR utformat poängskalan i efterhand, dvs. efter att ha tagit del av de inkomna anbuden. Detta framgår av det faktum att poängskalan ger högst poäng åt en blodmängd om 0,3 mikroliter, vilket är den minsta blodmängd som offererats och att skalans övre gräns går vid 1,5 mikroliter, vilket är den högsta blodmängd som offererats. Även utvärderingarna av börkraven 21 och 36 har gjorts med hjälp av tabeller som redovisats först i tilldelningsbeslutet. I börkrav 15 anges följande. "Mätaren bör ha tydlig display. Avser skärpa och displayutformning." och i

börkrav 16 anges följande. "Batterier till mätaren bör vara lätta att byta och att införskaffa." Båda dessa kriterier är otydligt formulerade och av utpräglat subjektiv karaktär. I börkrav 20 anges följande. "Belysning på stickporten bör finnas." VGR har uppenbarligen med detta avsett något helt annat än vad som enligt gängse språkbruk avses med belysning. Life Scans produkt One Touch Ultra 2 har en ljuskälla, som ger ljus åt både display och stickport. Life Scan har tilldelats noll poäng med motiveringen att det ljus som syns på stickporten är det ljus som strålar ned i apparaten från displayen. VGR:s tolkning av det aktuella börkravet (utvärderingskriteriet) kan inte utläsas av bilaga 2 till förfrågningsunderlaget utan det är otydligt formulerat. Som kravet är formulerat skall det finnas belysning på stickporten. Kravet säger dock inget om hur detta skall åstadkommas och kan inte heller rimligen läsas som ett krav på att produkten skall innehålla två separata ljuskällor, dvs. en för displayen och en för stickporten. I börkrav nr 21 ställs krav vad gäller temperatur. Kravet är otydligt formulerat och utvärderingen har skett utan medicinsk eller teknisk relevans. Den tabell som använts för utvärderingen har inte funnits i förfrågningsunderlaget. VGR har vidare ställt krav på lagringstid i förfrågningsunderlaget, punkt 36 och 38. Även här är kravet otydligt och utvärdering har skett efter en tabell som inte funnits i förfrågningsunderlaget. Dessutom uppfyller Life Scan skallkravet vad gäller hållbarhet men har inte tilldelats full poäng i detta avseende. Bolaget har också missgynnats vad gäller poängskalans utformning.

Tamros yrkanden och grunder

Tamro yrkar i första hand att länsrätten skall besluta att upphandlingen skall rättas på så vis att en ny korrekt utvärdering, i enlighet med förfrågningsunderlaget och LOU, skall genomföras. I andra hand yrkar Tamro att upphandlingen skall göras om. Tamros anför. Tamros anbud har fått lägre poäng än vad som är korrekt. Poängsättningen präglas av ett stort mått av godtycklighet. Dessa förhållanden står i strid med principerna om transparens och likabehandling och därmed mot regeln om affärsmässighet. Det har inte

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 8
1666-07 E

av förfrågningsunderlaget på ett tillräckligt tydligt sätt kunnat utläsas vad som skulle komma att föranleda ett bättre eller sämre omdöme beträffande de bedömda börkraven. Godtyckliga bedömningar har också gjorts i utvärderingen. De olika börkraven kan rendera mellan noll och tolv poäng. Av utvärderingsdokumentationen framstår det som uppenbart att värderingsgrunder bestämts i efterhand och att VGR således inte, när förfrågningsunderlaget upprättades, haft klart för sig vad som skulle komma att rendera olika poäng beträffande i vart fall vissa av börkraven. I börkrav 3 anges att "Mätaren med teststickor bör ha genomgått SKUP-test eller liknande. Dokumentation av testresultaten bifogas anbudet för bedömning. ***12p" Det är omöjligt för en anbudsgivare att förstå vad som skall kunna ge en högre eller lägre poäng. På fråga hur poängsättningen skulle gå till svarade VGR att projektgruppen kommer att bedöma om produkten är testad enligt SKUP eller motsvarande och att den i huvudsak kommer att värdera: 1. Statistisk resultat vid undersökningar av analyskvalitet både i laboratoriemiljö och bland diabetiker. 2. Statistiska data för jämförelse från kontrollerad laboratoriemiljö. 3. Spårbarhet till kalibrator. 4. Lot till lotvariation. 5. Interfererande komponenter inom vilket EVF (hematokrit) intervallmätningar kan utföras. Trots detta svar är det omöjligt för en anbudsgivare att förstå vad som skall kunna ge en högre eller lägre poäng. Utrymmet för godtyckliga bedömningar är oacceptabelt stort. När det gäller delmomentet "Spårbarhet till kalibrator" har Tamro inte erhållit någon poäng, trots att Tamro givit in efterfrågat spårbarhetsprotokoll. Tamros teststicka uppfyller norska myndigheters stränga krav på mätsäkerhet och spårbarhet. Det är uppenbart att poängsättningen är felaktig. Vad gäller delmomentet "Interferenser" har Tamro erhållit en halv poäng. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att VGR delar ut halva poäng, vilket ytterligare ökar utrymmet för godtycklighet. Ett stort antal av de övriga anbudsgivarna har offererat produkter med i princip identiska interferenser. De har erhållit en poäng. Utvärderingsprotokollet innehåller inte något besked om varför poängavdrag gjorts för Tamro. I börkrav 15 anges att "Mätaren bör ha tydlig display. Avser skärpa och

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 9
1666-07 E

displayutformning. ** 8p". VGR har lämnat besked att utvärdering kommer att ske med tillämpningen av "kontrollerad subjektivitet". Tamro har fått avdrag med en poäng, för att det skulle finnas risk för felavläsning. Detta är felaktigt. VGR:s bedömning är synnerligen subjektiv. I börkrav 16 anges att "Batterier till mätaren bör vara lätta att byta och att införskaffa. *4p" Tamro har erhållit två poäng av fyra möjliga. Avdraget beror på att Tamros mätare behöver ett verktyg för att byta batteri. Tamros batteri är mycket lätt att byta. I anbudet anger Tamro att om patienten upplever hinder av att byta batteri, kan patienten kontakta Tamro för att få en ny mätare i utbyte. Med ett enkelt telefonsamtal får patienten en helt ny mätare med nytt batteri. Tamros konstruktion innebär ett säkerhetsmoment i det att barn inte kan komma åt batteriet och riskera att svälja det. Utvärderingen är godtycklig. I börkrav 17 anges att "Kortmanual bör finnas på svenska och vara lättförståelig. Ange andra språk. *8p" Att utvärderingen skulle komma att ske på det vis som har skett framgår inte av förfrågningsunderlaget. Det är kvalitén på referenserna som kan utvärderas. Ett stort antal språk kan i sig inte rendera högre poäng. Vidare anges i utvärderingen att "De företag som har Kortmanual i illustrativa bilder ges samma poäng som max antal språk". Att kortmanual i illustrativa bilder skulle kunna ge poäng framgår ingenstans. Tamro har sådan manual, men den har inte offererats, eftersom sådan inte har efterfrågats. Detta är ännu en för anbudsgivarna okänd, av VGR i efterhand tillskapad, värderingsgrund. Förfarandet är otillåtet enligt LOU. I börkrav 21 anges följande. "Ange temperaturintervall för förvaring av mätare och stickor samt temperaturområde för provtagning. Lägsta respektive högsta temperatur ger totalt högst poäng. ***12 p". Tamro har tilldelats åtta av tolv poäng. Hur utvärderingen gått till framgår av bilaga A:1 till Tilldelningsbeslutet. VGR har i efterhand bestämt intervall med olika gradtal, som alltså inte varit kända i förväg. Tillvägagångssättet är godtyckligt. I börkrav 29 anges följande. "Resultat bör inte visas med sticka från annat lotnummer än den mätaren är kodad för. *4p". Abbott Precision Xceed har erhållit maximal poäng, trots att det är allmänt känt att Abbot Precision Xceed kan

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 10
1666-07 E

starta och ge ett testresultat med Life Scans teststickor One Touch Ultra. Eftersom dessa teststickor är helt andra än Abbot Precision Xceed har det ett annat lotnummer. Följaktligen borde Abbot Precision Xceed inte ha erhållit något poäng beträffande börkrav 29. I börkrav 32 anges att "Möjlighet till dataöverföring av mätvärden bör finnas. Ange lösning *4p". Tamro har erhållit ett poängavdrag, när andra anbudsgivare har erhållit full poäng, trots att de andra har lika många eller färre antal möjligheter till dataöverföring än Tamros produkt. Tamro har i sitt anbud svarat att det finns två möjligheter till dataöverföring, dels genom det egna dataprogrammet, dels genom Diabass. Att döma av VGR:s utvärdering premieras en lösning via Diasend. Att så skulle ske framgår inte av förfrågningsunderlaget. Att i efterhand, i samband med utvärderingen, premiera en särskild angiven produkt är diskriminerande och inte tillåtet. Det finns inget som säger att Diasend skulle vara en bättre lösning. Förhållandet står i strid mot principerna om transparens och likabehandling. Förfarandet är godtyckligt. I börkrav 38 anges följande. "Ange Er lagringstid obruten och bruten förpackning. Längst lagringstid ger högst poäng. ***12p" VGR har i efterhand satt upp vissa tidsgränser som ger olika poäng. Dessa framgår inte av förfrågningsunderlaget. Att i efterhand bestämma gränserna står i strid mot principerna om transparens och likabehandling och lämnar ett oacceptabelt stort utrymme för godtycke. Tamro har i sitt anbud tydligt angett att beträffande "50-förpackningar" är lagringstid för bruten förpackning sex månader, vilket uppfyller kravet för två poäng beträffande förvaring i bruten förpackning. VGR har dock valt att göra sin utvärdering baserad på Tamros uppgift om lagringstid för "25-förpackning". Att VGR väljer det för Tamro sämsta alternativet är svårt att förstå. Tamro har de facto en förpackning som uppfyller kravet för två poäng och borde därför ha erhållit den poängen. Om Tamro hade produkten med i sitt presenterade produktsortiment eller inte vid tidpunkten för anbudstidens utgång är ointressant. Tamro hade kunnat ombesörja så att den fanns tillgänglig för förskrivning om så hade önskats. Det har inte varit ett krav att produkten skulle finnas tillgänglig för för-

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 11
1666-07 E

skrivning vid anbudstidens utgång. Avgörande är om den funnits tillgänglig vid avtalsstart, vilket den otvistigt hade varit. En korrekt utvärdering borde ha resulterat i att Tamro blivit en av de utvalda anbudsgivarna. Bristerna i upphandlingen innebär att Tamro lider eller riskerar att lida skada.

Avtalet är inte ett upphandlingskontrakt i den mening som avses i upphandlingsdirektiven och LOU. Sjutton glukosmätare har utvärderats och VGR har valt att upphandla sju av dessa. Förfrågningsunderlaget innehåller inga uppgifter om hur fördelningen av VGR:s inköp av glukosmätare och stickor skall ske. Några garantier för avrop enligt kommande ramavtal lämnas inte. Det är oklart vilka värden som kommer att upphandlas av glukosmätare och stickor under avtalsperioden. Vidare saknas det rangordning bland de sju utvalda leverantörerna liksom fördelningsnyckel eller liknande dem emellan. Ifrågavarande ramavtal utgör därför inte ett sådant ramavtal som är att betrakta som ett ömsesidigt förpliktande avtal med ekonomiska villkor. Varje avrop från det kommande ramavtalet är därför att bedömas som en ny tilldelning av upphandlingskontrakt, vilket är otillåtet.

VGR:s inställning

VGR anser att ansökningarna skall lämnas utan bifall och anför bl.a. följande. VGR har uppfyllt LOU:s krav på affärsmässighet. VGR har varit tydligt med vad som fordras i upphandlingen och detta har enligt vad VGR kunnat bedöma även anbudsgivarna varit medvetna om. Utvärderingen har skett på ett transparent och objektivt sätt, varför ingen leverantör har lidit skada. En viktning har skett mellan funktion och handhavande å ena sidan och pris å andra sidan. Funktion etc. har bedömts i en skala om 1 – 4 och anbud som bedöms ha högst poäng i börkraven har fått 4 i betygspoäng. Priset har även det bedömts i en skala om 1 – 4. Anbud som har lägst kostnad har fått 4 poäng. Övriga anbud har därefter fått en lägre relativ poäng motsvarande den procentuella skillnaden till anbudet med lägst kostnad. Den utvärderingsmodell som använts är inte jämförbar med den extrema situation som

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 12
1666-07 E

NOU har avfärdat i sitt yttrande , dnr 2004/0024 – 26. Vidare bör ett förfrågningsunderlag med vissa brister kunna godtas, jfr. RÅ 2002 ref. 50. Upphandlingen syftar till ett ramavtal.

Vad därefter gäller bolagens respektive talan har VGR anfört.

Roche: Roche refererar i sin överklagan till att Bayer i sin bipacksedel rekommenderar förvaring i rumstemperatur. Bayer har till sitt anbud bifogat dokumentation som styrker förvaring vid lägre temperatur. Därigenom har Bayer fått högre poäng. Aviva visar ett resultat även om sticka med annat lotnummer används som inte mätaren är kodad för. Om systemet är lika säkert som självkodade stickor behövs inte ett system med kodchips. På grund av detta har denna produkt inte uppfyllt det ställda kravet. Compact Plus, uppfyller kravet genom att mätaren är självkodande och har därmed erhållit fyra poäng.

Life Scan: VGR har i sitt förfrågningsunderlag och förtydliganden på ett tydligt sätt beskrivit vad som efterfrågas. De krav som ställts står i enlighet med LOU i proportion till vad som efterfrågats. I förfrågningsunderlaget har det på ett tydligt sätt redovisats hur värderingen av anbuderna kommer att ske. Principen om likabehandling har iakttagits. I "Krav och prisspecifikation" anges under punkten 13 att blodmängden inte skall överstiga 1,5 mikroliter och i punkten 14 anges börkravet "Ange er blodmängd. Liten blodmängd ger högre poäng". För intervallet 0-1,5 mikroliter har poäng givits fördelat utifrån en fallande skala. I börkrav 20 anges att "Belysning på stickporten bör finnas". Vid utvärderingen har bedömningen gjorts att belysningen är otillräcklig för att kunna få några poäng. Börkraven i punkterna 15 och 16 är ställda utifrån att olika patientgrupper självständigt skall kunna använda produkterna. Vid utvärderingen av börkrav 20 har bedömningen gjorts att belysningen är otillräcklig för att kunna få några poäng. VGR har på ett tydligt sätt för börkrav 21 redovisat att lägsta respektive

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 13
1666-07 E

högsta temperatur ger högst poäng. VGR har för börkrav 28 på ett tydligt sätt redovisat att längst lagringstid ger högst poäng.

Tamro: Innan anbudstidens utgång har en dialog med anbudsgivarna ägt rum. Börkraven har ställts utifrån det krav/behov VGR har/ställer på de aktuella produkterna samt patientens behov och inte efter de förutsättningar en enskild leverantör vill att kraven skall vara. Patientperspektivet är vägledande vad avser tydlighet av display. Det finns alltid någon form av subjektiv bedömning när en prövning av detta slag skall ske. Förfrågningsunderlaget är emellertid så objektivt och tydligt att det är transparent och förutsägbart för en leverantör. Angående spårbarhet till kalibrator, börkrav 3, skall anges en hänvisning till internationell kalibrator för glukos, t.ex. NIST eller NERL. Av Tamros anbudshandlingar framgår inte någon sådan dokumentation. Poängbedömningen avseende "Interferenser" ligger fast. Bedömningen är gjord utifrån svaren i tilldelningsbesluten. Beträffande börkrav 15 har Tamro fått lägre poäng på grund av att utformningen av informationen på displayen inte är tydlig. Texten "mmol/l" ligger tätt efter datum på samma rad. Angående börkrav 16 har leverantören erhållit två poäng om mätaren kan öppnas utan verktyg. Eftersom mätaren bör vara lätthanterlig så bör man kunna byta batteri utan att använda särskilt verktyg eller att behöva byta mätare. VGR har beträffande börkrav 17 klargjort för samtliga anbudsgivare att flera språk är en fördel för våra invandrare. Illustrerade bilder har bedömts vara lättförståeliga. I börkrav 21 har det tydligt redovisats att lägsta respektive högsta temperatur ger högst poäng. Tamro (och Abbot) har uppfyllt ställda krav i börkrav 29 och erhållit maximalt fyra poäng. Beträffande börkrav 32 har det visat sig att Diasend har den bästa lösningen för att få maximal poäng. Beträffande börkrav 38 hade Tamro vid anbudstidens utgång endast "25-förpackning" tillgänglig för förskrivning. Bedömning har därmed utgått från "25-förpackning". Upphandlingen syftar till ett ramavtal. Produkterna kommer att vara behovsanpassade. Eftersom

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 14
1666-07 E

patienterna själva skall kunna hantera produkterna, skall dessa vara lätthanterliga.

DOMSKÄL*Gällande bestämmelser m.m.*

Enligt 1 kap. 4 § LOU skall upphandling göras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt. Anbudsgivare, anbudssökande och anbud skall behandlas utan ovidkommande hänsyn.

Begreppet ramavtal definieras i 1 kap. 5 § LOU som ett avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period.

Av 7 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser att han lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf.

Enligt 7 kap. 2 § samma lag skall länsrätten om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Länsrätten får omedelbart besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

I 3 § förordningen om bevis vid offentlig upphandling (1998:1364) anges att den upphandlande enheten, vid upphandling av varor, får begära att en

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 15
1666-07 E

leverantör visar sin tekniska förmåga och kapacitet endast genom ett eller flera, i paragrafen nämnda, bevis.

Angående utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade har Regeringsrätten anfört följande (se RA 2002 ref. 50). 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. Även om en specificering av poängsättningen i förfrågningsunderlaget vad gäller vissa avsnitt kunde ha varit av värde, visar den totalpoäng som angivits den vikt verket avser att tillmäta de olika tjänsterna. Därmed anges också den relativa vikt tjänsterna tillmäts. Detta måste anses vara tillräckligt för att varje leverantör med utgångspunkt i underlaget skall kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det förhållandet att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för förfrågningsunderlaget.

NOU anför i skrivelse den 17 oktober 2005, diariernr. 2004/0024-26, bl.a. följande. "NOU anser att en utvärderingsmodell som låter det anbud som har lägst total poäng påverka vilket av de andra anbuden som kommer att vinna upphandlingen inte kan anses vara utformad på ett sådant sätt att den leder till ett rättvist resultat. Inte heller kan en sådan modell säkerställa att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas."

Utredningen i målet

I förfrågningsunderlaget anges att det är fråga om en öppen upphandling, där anbudsutvärderingen kommer att göras utifrån det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet med hänsyn tagen till följande rangordnade utvärde-

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG

DOM
2007-08-15

Sida 16
1666-07 E

ringskriterier: Funktion, utformning och handhavande, uppfyller kriterier i den kliniska situationen, viktning 55 procent och pris, viktning 45 procent.

I tilldelningsbeslutet anges att avtalsperioden är "Från och med Juni 2007 till och med maj 2009 med möjlighet till förlängning maximalt 2 gånger om vardera 12 månader. Maximal längd till och med maj 2011." Vidare anges att beräknat avtalsvärde är "Cirka 72.000 000 kr/År (räknat fritt levererat till Apoteket och exklusive moms.)"

Länsrättens bedömning

Roche: VGR har tilldelat tolv poäng (högsta möjliga) för uppfyllande av börkrav 21 avseende produkten Bayer Contour. Aviva har för samma börkrav tilldelats tio poäng. I VGR:s kommentarer till bedömningen anges följande. "I de fall dokumentation styrker mättemperaturområde vid annat område än som anges på bipacksedeln har detta värderats. I de fall inte svaren stämmer med bipacksedel resp. instruktionsbok o inte heller annan bifogad dokumentation finnes har vi endast kunnat värdera bipacksedelns o instr.bokens info." LOU ger upphandlande enheten rätt att kräva olika bevis och intyg av leverantörer, men VGR har, såvitt framkommit, inte krävt att leverantören skall bevisa sitt svar avseende börkrav 21 på visst sätt. Länsrätten finner därför inte att det var fel av VGR att, vid utvärderingen, godta de studier som Bayer hänvisat till i sitt svar.

Börkrav 29 lyder: "Resultat bör inte visas med sticka från annat lot-nr än den mätaren är kodad för." Roche har här tilldelats noll poäng för sin produkt Aviva. Roche svarade beträffande den produkten följande. "Uppfyller börkravet. Ger ett resultat som är korrekt eftersom Avivan autokorrigerar mellan lot nummer." Roche har även offererat produkten Compact Plus. För den produkten uppgav Roche följande svar: "Uppfyller börkravet, Resultat visas ej." För denna produkt har Roche tilldelats fyra poäng. Den upphandlande enheten är fri att välja kriterier för tilldelning av kontrakt. VGR har

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 17
1666-07 E

bestämt att den leverantör som uppfyller börkrav 29 skall tilldelas fyra poäng och att kravet är uppfyllt om resultat inte visas med sticka från annat lotnummer än den mätaren är kodad för. Det är just den säkerhetsdetaljen som VGR prioriterar. Vid sådant förhållande och med beaktande av att Roche hos länsrätten, beträffande Aviva, har uppgett att "medicinskt acceptabla värden likväl erhålls även om omkodning inte har skett", menar länsrätten att VGR får anses haft fog för sitt beslut att ge Roche noll poäng för produkten Aviva.

Sammantaget finner länsrätten därför att VGR inte har gjort fel vid utvärderingen av Roches anbud avseende börkraven 21 och 29, i vart fall inte så stora fel att Roche yrkande skall bifallas med hänsyn till de av Roche angivna grunderna.

Life Scan: Life Scan menar att VGR gjort fel vid utvärderingen av anbuderna på så sätt att VGR dels använt sig av olika tabeller som inte redovisats i förfrågningsunderlaget, dels använt en utvärderingsmodell som innebär att anbuderna jämförts mot varandra. Life Scan gör även gällande att vissa börkrav varit otydligt formulerade och att vissa börkrav varit av utpräglat subjektiv karaktär.

Den upphandlande enheten måste vid utvärderingen hålla sig till vad som angivits i förfrågningsunderlaget. Det är ostridigt att VGR vid utvärderingen använt sig av olika tabeller som inte redovisats i förfrågningsunderlaget. Enligt Regeringsrätten får förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när, jfr. RÅ 2002 ref. 50. Fråga är därför om VGR gjort en utvärdering som strider mot nämnda principer.

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 18
1666-07 E

Vid den bedömningen hade det naturligtvis varit värdefullt om de tabeller som VGR använt sig av vid utvärderingen av vissa börkrav hade beskrivits i förfrågningsunderlaget. I underlaget angavs emellertid att varje börkrav skulle bedömas enligt "en skala 0-4 där 0 är lägsta, med inbördes viktning av frågorna där * = gånger 1 max 4 poäng, ** = gånger 2 max 8 poäng och *** = gånger 3 max 12 poäng". Således framgår av förfrågningsunderlaget vilken relativ vikt VGR tillmäter de olika börkraven. Med den beskrivningen av poängsättningen kan inte avsaknaden av en beskrivning av ifrågavarande tabeller i förfrågningsunderlaget anses medföra att de gemenskapsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling har åsidosatts. Upphandlingen strider således inte i detta avseende mot LOU. Inte heller är de börkrav som Life Scan hänvisat till så otydligt formulerade eller av så utpräglad subjektiv karaktär att de gemenskapsrättsliga principerna träds för när.

När det gäller Life Scans invändning att anbud jämförts mot varandra har VGR uppgett att anbud som har lägst kostnad får fyra poäng och att övriga anbud därefter får en relativt lägre poäng motsvarande den procentuella skillnaden till anbud med lägst kostnad. Den utvärderingsmodell VGR har använt sig av är därmed att jämföra med den modell som NOU prövat och yttrat sig över i sin skrivelse med diarienumr 2004/0024-26. Upphandlingen får anses strida mot transparensprincipen. Life Scan har yrkat att upphandlingen skall göras om. Länsrätten menar att det bör vara tillräckligt att upphandlingen rättas på så sätt att den av VGR använda utvärderingsmodellen, som får till följd att anbud jämförs mot varandra, inte skall användas vid utvärderingen.

Tamro: Tamro gör gällande att poängsättningen och utvärderingen i upphandlingen präglas av ett stort mått av godtycklighet och att värderingsgrunder bestämts i efterhand. Life Scan har anfört liknande grunder i sin ansökan om överprövning. Vid bedömningen av Life Scans ansökan har

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 19
1666-07 E

länsrätten inte funnit att de gemenskapsrättsliga principerna om transparens, förutsebarhet och likabehandling har åsidosatts och att upphandlingen i detta avseende inte strider mot LOU. Länsrätten gör generellt samma bedömning beträffande Tamros påståenden. Tamro har emellertid, i fråga om börkrav 17, uppgett att det av förfrågningsformuläret inte framgått att en kortmanual med illustrativa bilder skulle ge poäng. VGR menar att detta får anses framgå av formuleringen av börkravet, dvs. att kortmanualen bör vara lättförståelig. I börkravet uppmanas anbudsgivarna att ange även andra "språk" än svenska. I VGRs kommentar till bedömningen anges att fyra poäng ges för tydlig utformning på svenska språket och fyra poäng för andra språk. Vidare anges först i kommentaren att kortmanual i illustrativa bilder ger samma poäng som maximalt antal språk. Av utredningen i målet framgår att Tamro, till VGR, ställt följande fråga angående börkrav 17. "Vad bedöms i detta krav? Är det att manual finns, eller att det finns på andra språk? Hur sker ev. viktning?" VGR lämnade följande svar. "Delfrågorna inom denna fråga kommer att värderas lika. Avseende flera språk, så är det en fördel för våra invandrargrupper." Enligt länsrättens mening går det inte av förfrågningsunderlaget (och inte heller av svaret på Tamros fråga) att förutse att en manual med illustrativa bilder ger lika många poäng som "maximalt antal språk". Länsrätten delar därför Tamros uppfattning att det inte framgått av börkrav 17, sådant det framställts av VGR innan utvärderingen, att en manual med illustrativa bilder ger poäng. Rättelse skall därför ske på så sätt att samtliga anbudsgivare bereds möjlighet att komplettera sina svar avseende börkrav 17 med uppgift om eventuell manual med illustrativa bilder.

Beträffande börkrav 29 menar Tamro att Abbot Precision Xceed inte borde ha erhållit något poäng, eftersom Abbots mätare kan starta och ge ett testresultat med Life Scans teststickor One Touch Ultra. Den upphandlande enheten kan kräva olika bevis och intyg av leverantörer, men såvitt kommit fram i målet har VGR inte framställt något sådant krav avseende börkrav 29

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 20
1666-07 E

och inte heller ifrågasatt Abbots svar i denna del. VGR hävdar istället att Abbots mätare uppfyller ställda krav. Tamro har inte kompletterat sitt påstående med bevis. Det finns därför inte skäl att ingripa i upphandlingen avseende detta krav.

Angående börkrav 38 menar Tamro att det var fel av VGR att inte utvärdera "50-förpackningen" på grund av att produkten inte fanns tillgänglig för förskrivning vid anbudstidens utgång. VGR har emellertid inte framställt något krav avseende tillgängligheten. VGR har heller inte bemött Tamros uppgift om att Tamro hade kunnat ombesörja så att "50-förpackningen" funnits tillgänglig för förskrivning om så hade önskats. Rättelse skall därför ske på så sätt att Tamros "50-förpackning" inte skall uteslutas från värdering.

När det slutligen gäller Tamro invändning att ifrågavarande upphandling avser ett avtal som inte kan anses som ett ramavtal enligt LOU gör länsrätten följande bedömning.

Ett ramavtal som man avser att sluta efter en offentlig upphandling mellan upphandlande enhet och en eller flera leverantörer kan endast överprövas inom ramen för LOU och då endast innan avtalet ingåtts. Efter avtalsslut har rätten till överprövning avskurits. Beskrivningen i förfrågningsunderlaget av ett tilltänkt avtal styr i hög grad vilka anbud som lämnas och påverkar också bedömningen av den utvärdering som görs. Det är därför länsrättens mening att villkoren i ett tilltänkt ramavtal bör kunna bli föremål för prövning i ett mål om offentlig upphandling.

I förevarande förfrågningsunderlag anges att upphandlingen syftar till ett ramavtal, avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period. Vidare anges att avtal efter upphandlingens avslut kommer att tecknas med antagen leverantör/er. Slutligen anges att avtalet skall base-

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORGDOM
2007-08-15Sida 21
1666-07 E

ras på förfrågningsunderlag och antaget anbud. Till förfrågningsunderlaget finns fogat en avtalsmall. Av mallen kan inte utläsas om man i avtalet avser att reglera den volym som leverantören skall leverera. Å andra sidan finns det utrymme för en tolkning av avtalet att volymen skall anges. När det gäller avrop stadgas endast att avrop kan ske av avtalade produkter till vid beställningstidpunkts gällande priser. Några bestämmelser om i vilken ordning leverantör skall användas för avrop finns inte upptagna.

Som framgått ovan definieras begreppet ramavtal i LOU som ett avtal som ingås mellan en upphandlande enhet och en eller flera leverantörer i syfte att fastställa samtliga villkor för avrop som görs under en viss period. Definitionen har tillkommit med anledning av reglerna som gäller upphandling i försörjningssektorn, 4 kap. LOU.

Eftersom Sverige ännu inte har implementerat bestämmelserna i artikel 32 i det klassiska direktivet (2004/18/EG) är det reglerna i LOU om ramavtal som skall tillämpas, jfr. Länsrätten i Vänersborgs dom den 18 januari 2007 i mål 3102-06.

NOU har i ett ärende rörande ramavtal och begreppet affärsmässighet, dnr. 203/96-21, uttalat bl.a. "Av definitionen av ramavtal i 1 kap. 5 § LOU följer att ramavtal inte får användas som endast en lista på godkända leverantörer varvid villkor för avrop inklusive priset bestäms först vid aktuella avrop." NOU anförde vidare, att inte garantera några avropsvolymmer och inte göra avropen förutsebara kan redan i anbudsfasen leda till avsevärda fördyrningar genom att anbudsgivarna kan ha svårt att lämna seriösa och exakt beräknade anbud. Enligt NOU bör det vid avropstillfället finnas en bestämd ordning mellan leverantörerna, så att de leverantörer som lämnat de mest fördelaktiga anbuden alltid utnyttjas i första hand.

Varken av förfrågningsunderlaget eller av avtalsmallen framgår någon rangordning mellan tilltänkta leverantörer eller vilka inköpsvolymmer som är tänkta från respektive leverantör. Upphandlingen strider därmed mot bestämmelserna i LOU som syftar till förutsebarhet och transparens. Av inlämnade uppgifter kan det emellertid inte anses framgå att oklarheten har påverkat anbudsgivarnas anbud och det är därför tillräckligt att upphandlingen, i enlighet med Tamros förstahandsyrkande, rättas i detta avseende innan upphandlingen avslutas. Det innebär att det, för att undvika förhandlingssituationer vid avrop som strider mot LOU, måste finnas regler vid avrop som garanterar att det mest förmånligaste anbudet avropas först, dvs. en rangordning mellan leverantörerna. En fördelning av inköpsvolymerna har främst betydelse vid avlämnande av anbud och kan, av skäl som anförts av VGR angående de olika behov som finns att möta av aktuella produkter, vara omöjligt att ange. Trots att det är att föredra anser länsrätten att de särskilda förhållanden som gäller för aktuella produkter gör att det kan godtas att inköpsvolymerna inte anges mer precist än som gjorts.

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att

- samtliga anbudsgivare beretts möjlighet att komplettera sina svar avseende börkrav 17 med uppgift om manual med illustrativa bilder,
- Tamros "50-förpackning" utvärderats avseende börkrav 38,
- utvärdering av samtliga anbud skett utan användande av den utvärderingsmodell där anbuden relateras till varandra och
- de utvalda leverantörerna rangordnats för avrop

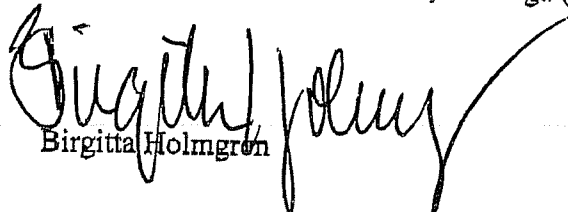
Länsrättens dom gäller omedelbart och tidigare fattade interimistiska beslut den 8 juni 2007 upphävs därför.

LÄNSRÄTTEN I
VÄNERSBORG

DOM
2007-08-15

Sida 23
1666-07 E

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


Birgitta Holmgren

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.