



**LÄNSRÄTTEN I
BLEKINGE LÄN**

G Sundberg

DOM
2009-11-20
Meddelad i
Karlskrona

Mål nr
991-09

Sida 1 (12)

SÖKANDE

V-Tech AB, 556552-0730
Analysvägen 5
453 33 Mölnlycke

Ombud: Advokat Caroline Ygge och Jur.kand. Tobias Hamrin
Advokatfirman Delphi
Östra Hamngatan 29
411 10 Göteborg

MOTPART

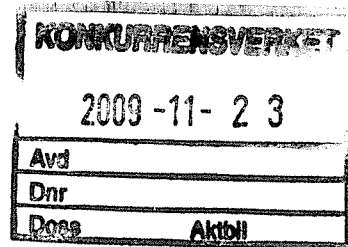
Landstinget Blekinge
Koncernupphandling
371 81 Karlskrona

SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår ansökan, varvid länsrättens beslut den 25 september 2009
inte gäller längre.



Dok.Id 30036

Postadress
Box 516
371 23 Karlskrona

Besöksadress
Rådhuset, Stortorget

Telefon
0455-33 54 50
E-post: lansratteniblekinge@dom.se

Telefax
0455-215 80

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Landstinget Blekinge (Landstinget) har genomfört en förenklad upphandling avseende två stycken aortaballongpumpar till thoraxcentrum som ska användas som stöd vid hjärtsvikt. Genom tilldelningsbeslut den 11 september antog Landstinget Vingmed Svenska AB (Vingmed) som leverantör.

I beslut den 25 september 2009 förordnade länsrätten att upphandlingen tills vidare inte fick avslutas till dess länsrätten beslutar annat.

YRKANDEN M.M.

V-Tech AB (V-Tech) har ansökt om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om eller, i vart fall, att upphandlingen ska rättas på så sätt att V-Techs anbud antas.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS TALAN

Till utveckling av sin talan har V-Tech anfört i huvudsak följande.

Utvärderingskriteriet "funktion/lämplighet"

Av förfrågningsunderlaget framgår inte på vilket sätt poängsättningen av kriteriet "funktion/lämplighet" kommer att ske eller vilka krav som uppställts för att produkterna ska erhålla en viss poäng. Inte heller av utvärderingsprotokollet framgår närmare hur utvärderingen av respektive anbud har skett med avseende på kriteriet "funktion/lämplighet". Av utvärderingsprotokollet framgår enbart att det har gjorts en samlad bedömning av pumparnas funktionalitet. Denna samlade bedömning stämmer dock inte överens med de kommentarer som i utvärderingen redovisats med avseende på pumparnas funktion. Landstinget har inte heller presenterat någon närmare dokumentation av utvärderingen som skulle kunna ge stöd för den poängbedömning som gjorts. Landstingets metod för utvärdering av lämp-

lighet ger därmed på det sätt som den utförts, full frihet för Landstinget att genom en i princip fri poängsättning för kriteriet ”funktion/lämplighet” styra den slutliga poängen enligt eget gottfinnande. Det sätt på vilket utvärderingen av kriteriet ”funktion/lämplighet” skett står därmed i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling.

Förhandling

V-Tech påtalade tidigt för Landstinget att V-Tech önskade förhandla om anbudet, eftersom valutakursen kraftigt hade förändrats sedan anbudet lämnats in. V-Tech erhöll då besked från Landstinget att det skulle ta kontakt när det blev dags för en sammanställning av anbudet. Landstinget har också tagit en sådan kontakt för att diskutera prisnivån och övriga villkor för anbudet. V-Tech har uppfattat de kontakter som förekommit som en förhandling, detta särskilt som V-Tech och den ansvarige upphandlaren hos Landstinget haft ett flertal telefonkontakter för att diskutera prisnivån och övriga villkor för anbudet, varvid den ansvarige upphandlaren vid flera tillfällen varit den som ringt upp V-Tech. Ansvarig handläggare har också vid minst ett tillfälle informerat V-Tech om att en motsvarande kontakt skulle tas med Vingmed för att erbjuda även Vingmed att lämna ny prisuppgift och/eller förändra villkoren i övrigt för anbudet.

V-Tech vet inte hur förhandlingen mellan Landstinget och Vingmed gått till eller hur Vingmeds anbud och priser kommit att slutligt påverkas av denna. Det synes emellertid vara ostridigt att både V-Tech och Vingmed under utvärderingstiden, det vill säga efter lämnande av anbud, har tillåtits komma in med justerade anbud i vilka anbudet ändrats på olika sätt, bland annat genom sänkning av priset.

De kontakter som förekommit mellan anbudsgivarna och Landstinget och de justeringar som gjorts både av V-Tech och Vingmed kan inte uppfattas

på annat sätt än att det förekommit en förhandling inom ramen för upphandlingen.

Eftersom det rör sig om en upphandling enligt 15 kap. LOU finns det lagliga förutsättningar att genomföra en förhandling inom ramen för upphandlingen. För att en förhandling ska vara förenlig med LOU måste dock den upphandlande myndigheten, i detta fall Landstinget, beakta de justerade anbuden i deras helhet. Den upphandlande myndigheten kan alltså inte, utan att bryta mot LOU, på eget bevåg välja ut vilka delar av anbuden som myndigheten vill beakta och vilka den vill bortse från.

V-Tech offererade under förhandlingen, i tillägg till vad som tidigare offererats, ett demonstrationsexemplar av den offererade pumpen "CS300". Landstinget har vid anbudsutvärderingen beräknat priset med utgångspunkt i två pumpar á 440 000 kr. Vid förhandlingen under den förenklade upphandlingen erbjöd V-Tech sig att leverera en demonstrationspump till priset av 295 000 kr och en pump för 440 000 kr. Detta erbjudande mottogs av Landstinget utan kommentar. I utvärderingsprotokollet finns visserligen demonstrationsexemplaret nämnd med ett korrekt pris, men i kostnads-sammanställningen synes Landstinget felaktigt utgått från priset 440 000 kr, i stället för det korrekta priset för demonstrationsexemplaret 295 000 kr. Kostnaden i V-Techs anbud har således felaktigt satts till 145 000 kr högre än det av V-Tech faktiskt offererade priset.

Som angetts ovan har Landstinget inte möjlighet att på eget bevåg välja ut vilka delar av V-Techs anbud som Landstinget vill beakta och vilka den vill bortse från. Det har således ålegat Landstinget att utvärdera V-Techs förhandlade anbud även såvitt avser demonstrationsexemplaret, alternativt visa att V-Techs anbud i denna del inte uppfyller de ställda skall-kraven i upphandlingen och att det därför funnits grund att förkasta anbudet. Även det av V-Tech offererade demonstrationsexemplaret uppfyller i upphand-

lingen uppställda skall-krav. Trots detta har Landstinget valt att inte inkludera detta i utvärderingen.

Det ska också tilläggas att om V-Tech under förhandlingen hade upplysts om att Landstinget inte avsåg att utvärdera V-Techs lämnade anbud såvitt avsåg demonstrationsexemplaret hade V-Tech naturligen utformat sitt anbud på ett annat sätt under förhandlingen.

Landstingets påstående att demonstrationsexemplaret skick var okänt är för övrigt felaktigt. Demonstrationsexemplaret förevisades för Landstingets specialister och fanns tillgängligt på den aktuella avdelningen på sjukhuset under ca fyra veckor. Det fanns således gott om tid att bedöma om demonstrationsexemplaret motsvarade Landstingets krav. En utvärdering av V-Techs anbud i denna del borde således skett.

Av det ovanstående framgår att förutsättningarna för förhandlingen av anbuden har varit synnerligen oklara och således står i strid med principen om transparens och likabehandling. Vidare framgår att Landstinget utan grund valt att bortse från, eller de facto förkasta, V-Techs anbud såvitt avser demonstrationsexemplaret.

Vidare framgår av utvärderingsprotokollet att i den totala kostnaden för V-Techs anbud tagits med en kostnad för doppler med 17 832 kr och för skrivarpapper med 795 kr. Både doppler och skrivarpapper ingår dock i leverans av V-Techs pump. V-Techs anbud enligt utvärderingsprotokollet är således ytterligare 18 267 kr högre än det anbud som faktiskt lämnats av V-Tech.

Utvärderingens genomförande

De pumpar som såväl Vingmed som V-tech offererat i upphandlingen har fiberoptiska katetrar, vilket är den modernaste typen av kateter. V-Techs

fiberoptiska kateter heter "Sensation", till skillnad från V-Techs gamla kateter "Linear" som inte är fiberoptisk.

V-Tech har inte känt till att den utvärderande perfusionisten tjänstgjort på annan ort där den pump som offererats av V-Tech ska ha funnits. Det framgår inte heller någonstans i upphandlingsmaterialet att utvärderingen grundas på erfarenhet från annan verksamhetsort.

Till utveckling av sin talan har Landstinget anfört i huvudsak följande.

Utvärderingskriteriet "funktion/lämplighet"

Av förfrågningsunderlaget framgick det att såväl kriteriet Kostnad som Funktion/lämplighet skulle komma att poängsättas i sin helhet med högsta poäng 10 poäng för det bästa anbudet för respektive kriterium. Utvärdering av kriteriet funktion/lämplighet skulle göras utifrån en sammanvägd bedömning avseende användningsområde (vad utrustningen kan användas till), handhavande/ergonomi, kliniska egenskaper, anpassningsbarhet och flexibilitet vid transporter, användarvänlighet och rengöring. Av protokollet framgår det tydligt att Landstinget gjort sin utvärdering helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Vid den sammanvägda bedömningen av ovan angivna egenskaper erhöll anbuden således poängen 10 respektive 8 för kriteriet samtidigt som kommentar lämnades för samtliga områden. Det torde vara fastställt att utvärderingen gjorts i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det bör även påpekas att det med all önskvärd tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget under punkt 1.1.4 att om anbudsgivaren upplever förfrågningsunderlaget som oklart eller otydligt i något avseende är det viktigt att ansvarig handläggare kontaktas så att missförstånd kan undvikas. Någon sådan kontakt har inte tagits av V-Tech.

Förhandling

Den ansvarige upphandlaren har inte under upphandlingen tagit kontakt med V-Tech i syfte att diskutera priser eller övriga villkor för anbudet. Den kontakt som skett mellan parterna har initierats av V-Techs representant, som har ringt ett flertal gånger. V-Techs påståenden i denna del är helt enkelt inte sanningsenliga. Till skillnad från Vingmeds anbud framgår det i övrigt inte någonstans i V-Techs anbud att det bygger på någon särskild valutakurs.

En förhandling förutsätter en aktiv roll från båda parter och de förändrade uppgifter som inkommit utslutande från V-Tech har skett på anbudsgivarens initiativ. Någon sådan förhandling har inte skett. Däremot har V-Tech muntligen inkommit med kompletterande prisuppgifter som Landstinget har noterat i sammanställningen. I den mån det föreligger några oklarheter beror dessa på att V-Tech inte inkommit med någon skriftlig komplettering.

V-Tech argumenterar för att Landstinget hade att anta eller förkasta V-Techs komplettering i dess helhet. Argumentationen har sina meriter i det att om förutsättningarna för V-Techs komplettering bestod i att endast offera ett nytt exemplar och ett begagnat till angivna priser. Landstinget uppfattade dock inte V-Techs formulering på så sätt. Då det kompletterade priset för en ny pump var 440 000 kr och det inte gick att beakta ett okänt demonstrationsexemplar, utvärderade Landstinget på det lägre nypriset för de båda pumparna. Det är ett tillvägagångssätt som V-Tech knappast kunde ha lidit skada av, eftersom det understeg det ursprungliga totalpriset med 170 000 kr.

Med beaktande av V-Techs argumentation och även det krav på skriftlighet som LOU uppställer för anbud skulle en korrekt rättelse av utvärderingen innebära att endast originalpriserna beaktades under kriteriet kostnad. Hade

så skett hade det gett en totalkostnad för V-Tech med 2 583 627 kr och för Vingmed 1 693 500 kr, med betygen 4,59 respektive 7,00.

Utvärderingens genomförande

Det stämmer att Landstinget har en gammal pump från V-Tech, med benämningen S97E. Det är naturligtvis inte den pumpen som Landstinget bygger sin utvärdering på. Landstinget har sedan tidigare, genom utvärderande perfusionist, erfarenhet av den offererade pumptypen och har testat den. Perfusionisten har tjänstgjort på annan ort där den offererade finns och har god kännedom om pumpen. Detta känner V-Techs representant väl till. Funktionsbedömningen har naturligtvis gjorts utifrån likvärdiga pumpar och användandet av fiberoptiska kateter.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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

Transparensprincipen innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av öppenhet och förutsebarhet. Principen innebär bl.a. att förfrågningsunderlag ska utformas så tydligt att leverantörerna vet vad den upphandlande myndigheten efterfrågar och därmed kan skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag, även om vissa brister och oklarheter får godtas (jfr bl.a. prop. 2006/07:128 s. 154 ff. och RÅ 2002 ref. 50).

Proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till det mål som eftersträvas. Upphandlingens

art och värde ska därför beaktas t.ex. när villkoren för att få delta i upphandlingen fastställs. Likaså ska kraven på anbudsfrågans innehåll eller villkoren i anbudsförfarandet stå i rätt proportion till upphandlingens art (prop. 2006/07:128 s. 156).

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

Enligt 12 kap. 1 § första stycket LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga ska myndigheten enligt andra stycket samma lagrum ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftskostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd.

Länsrätten gör följande bedömning.

Utvärderingskriteriet "funktion/lämplighet"

V-Tech har i denna del i huvudsak gjort gällande att utvärderingen av kriteriet funktion och lämplighet stått i strid med de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna om transparens och likabehandling eftersom dels utvärderingskriteriet "funktion/lämplighet" i förfrågningsunderlaget varit ottydligt formulerat, dels poängbedömningen i anbudsutvärderingen inte svarar mot de kommentarer som lämnats om de båda offererade aortaballongpumparna i utvärderingsprotokollet. Landstinget å sin sida har gjort

gällande att förfrågningsunderlaget varit tydligt formulerat och att utvärderingen skett i enlighet med detta underlag och i enlighet med LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att det vid utvärderingen av funktions- respektive lämplighetskriteriet ska göras en samlad bedömning av hur väl offererad produkt uppfyller landstingets behov, vilket innebär att de bör- och ange-krav som anges i förfrågningsunderlaget ska bedömas.

Dessa omfattar enligt samma underlag bl.a. användningsområde samt områdena handhavande/ergonomi, kliniska egenskaper, anpassningsbarhet och flexibilitet vid transporter, användarvänlighet och rengöring.

Förfrågningsunderlaget innehåller således en redogörelse för vilka omständigheter Landstinget kommer att beakta vid utvärderingen av en offererad aortaballongpumps funktion och lämplighet. Länsrätten finner därför att en presumtiv anbudsgivares behov av att kunna förutse vad Landstinget kommer att beakta vid anbudsutvärdering härigenom är tillräckligt tillgodosett.

Vad sedan avser utvärderingens genomförande finner Länsrätten, trots de kommentarer som lämnats i utvärderingsprotokollet, inte skäl att ifrågasätta den poängtilldelning som skett.

Förhandling

V-Tech har i denna del gjort gällande att bolaget kompletterat sitt ursprungliga anbud dels avseende priser, dels avseende andra villkor bl.a. att en av de offererade pumparna bytts ut mot ett demonstrationsexemplar av en pump med typbeteckningen CS300 till ett lägre pris än vad som tidigare offererats. Härutöver har bolaget gjort gällande att det även förevarit kontakter mellan Landstinget och Vingmed. Landstinget har förnekat att det själv tagit någon kontakt med företrädare för V-Tech och i huvudsak anfört

att V-Tech får bära risken för eventuella otydligheter i de kompletteringar som skett, eftersom bolaget endast kompletterat anbudet muntligen.

Av 9 kap. 1 § LOU framgår att anbudsansökningar som huvudregel ska lämnas skriftligen. Eftersom det saknas annan dokumentation rörande de eventuella kontakter som förevarit mellan Landstinget och anbudsgivarna finner Länsrätten inte skäl att utgå från andra uppgifter än vad som framkommit i det skriftliga materialet. V-Tech får i det läget även bära risken för eventuella otydligheter i det justerade anbudet.

Med detta i beaktande finner länsrätten inte skäl att anse den omständighet att priset beräknats utifrån priset på de ursprungligen offererade pumparna och inte en pump av nyare modell och ett demonstrationsexemplar utgöra grund för en åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU. I vart fall kan V-Tech inte anses ha förmått göra sannolikt att företaget lidit eller kunnat komma att lida sådan skada som kan motivera en sådan åtgärd.

Utvärderingens genomförande

V-Tech har i denna del gjort gällande att bolaget inte känt till att pumparna skulle komma att utvärderas av en perfusionist som tjänstgjort som tjänstgjort på annan ort där den pump som bolaget offererat ska ha funnits samt att detta inte heller framgår av upphandlingsmaterialet. Landstinget å sin sida har gjort gällande att V-Tech känt till detta förhållande.

I förfrågningsunderlaget anges att leverantören ska visa att man har en tillräcklig kompetens och kapacitet att leverera och underhålla efterfrågad produkt och att detta kan göras genom redovisning av referenser avseende motsvarande leveranser de senaste åren. I målet saknas således en tydlig hänvisning till att Landstinget skulle komma att beakta även den utvärderande perfusionistens uppgifter.

Potentiella anbudsgivare ska när de utformar sina anbud underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och om deras vikt i förhållande till varandra (EG-domstolens avgörande i mål C-532/06, Lianakis resp. ATI EAC e Viaggi di Maio m.fl., REG 2005, s 1-10109). Förvisso kan därför sättas i fråga om förfarandet har stridit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Det har emellertid inte framkommit att V-Tech lidit eller kunnat att komma att lida skada av förfarandet. Skäl för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU saknas därför även i denna del.

Sammanfattning

Länsrätten finner sammanfattningsvis inte att det föreligger skäl att vidta någon åtgärd med stöd av 16 kap. 2 § LOU.

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



Lise-Lotte Bäckström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, 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 kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

