



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 2
Ulf Nordberg

DOM
2011-10-31
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
3215-11 E
Domare 2:4

SÖKANDE

Roche Diagnostics Scandinavia AB, 556067-8194
161 26 Bromma

Ombud: Advokaterna Mikael Björkman och Sascha Schaeferdiek
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
Inköpsavdelningen
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Thomas Svedberg och jur. kand. Björn Lind
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

KONKURRENSVERKET	
2011-11-01	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Landstinget genomför en upphandling, öppet förfarande, som benämns Reagens och instrument för analys av blodglukos (dnr LK10-0334). Upphandlingen omfattar landstingets behov av rubricerade produkter under avtalsperioden 2011-09-01 – 2015-08-31. Endast anbud som omfattar landstingets behov i dess helhet har accepterats. Avtal kommer att tilldelas den leverantör som lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. I upphandlingen har anbud inkommit från dels HemoCue AB (HemoCue),

Dok.Id 50213

Postadress Box 2201 550 02 Jönköping	Besöksadress Östra Storgatan 33 A	Telefon 036-15 65 00 E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se	Telefax 036-15 66 55	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	---	---	--------------------------------	---

dels Roche Diagnostics Scandinavia AB (Roche). Efter anbudsprövning har landstinget funnit att båda anbuderna är kvalificerade och att HemoCues anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Mot bakgrund härav har landstinget genom tilldelningsbeslut tilldelat HemoCue kontraktet i upphandlingen. Roche har därefter ansökt om överprövning.

Av **förfrågningsunderlaget** framgår bl.a. följande. Anbudet med lägst jämförelsetal är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Jämförelsetal är en på visst sätt beräknad sammanvägning mellan kostnad (pris) och kriterier förutom kostnad. Vid anbudsprövningen kommer test av offererade produkter att utföras. Inför detta test är anbudsgivaren välkommen att genomföra handhavandeutbildning av landstingets klinikinstruktörer. En timme per anbudsgivare avsätts för detta. Test av offererade produkter kommer att ske i avsedd användningsmiljö. Utvärdering görs enligt förfrågningsunderlagets Svares- och anbudsformulär som innehåller kolumner med följande rubriker: "Utvärderingskriterier, Maxpoäng per kriterium, Poängskala, Anbudsgivarens beskrivning alt. hänvisning till sida eller avsnitt i anbud, Vid utvärdering erhållen poäng samt Landstingets kommentar". Därvid framgår att sammanlagd maxpoäng för kriterier förutom kostnad uppgår till 6 600 poäng. Däribland kan maximalt 1 100 poäng erhållas för "Offererad lösning bör vara enkel och användarvänlig för landstingets personal. Detta kriterium kommer att bedömas i samråd mellan Laboratoriemedicins personal och användare inom primär- och slutenvård" som "Utvärderas enligt bifogat protokoll, användarvänlighet.". Enligt dokumentet Protokoll bedömning användarvänlighet kommer följande egenskaper att bedömas: "Applicering av prov, Display, Ljudsignaler, Instrumentets hanterbarhet i handen, Tidsåtgång till analysvar, Sticka/kyvett, Laddning av batterierna". Utvärderingen av varje egenskap är uppdelad i ett visst antal underkriterier som vart och ett kan ge maximalt 50 poäng. Vid bedömningen används en poängskala enligt vilken 50 poäng ges om användarvänligheten bedöms som mycket god, 30 poäng ges om användarvänligheten bedöms som till-

fredställande och 0 poäng ges om användarvänligheten bedöms som bristfällig.

YRKANDEN M.M.

Roche yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny utvärdering, varvid Roche ska tilldelas ytterligare 232 poäng avseende kriteriet användarvänlighet och HemoCues poäng ska minskas med 81 poäng avseende samma kriterium. I andra hand yrkar Roche att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett genom ny utvärdering, varvid en utvärderingsgrupp sammansatt av personer som är oberoende i förhållande till Roche och HemoCue används och förfrågningsunderlagets utvärderingskriterier tillämpas på ett korrekt sätt. Till stöd för sin talan anför Roche bl.a. följande. Utvärderingen av anbuderna har gjorts på ett sätt som strider mot principerna i 1 kap. 9 § LOU. Om utvärderingen gjorts på ett korrekt sätt hade Roches anbud ansetts vara mer ekonomiskt fördelaktigt än HemoCues, och därmed tilldelats kontraktet i upphandlingen.

En förlorande anbudsgivare måste ha möjlighet att jämföra hur hans anbud har värderats i förhållande till konkurrerande anbud och därmed kunna kontrollera om utgången i upphandlingen varit riktig. Om en sådan jämförelse inte låter sig göras torde detta i sig visa att utvärderingen av anbuderna inte gjorts på ett objektiva och transparent sätt. Roche har till förvaltningsrätten givit in bilder av Roches mätare liggandes bredvid en s.k. Hb-mätare från HemoCue, vilken enligt uppgift har identisk utformning i förhållande till den av HemoCue offererade. Den stora skillnaden i poängsättning av mätarna avseende storlek, ergonomisk utformning och enhandsfattning är därför obegriplig och kan inte motiveras utifrån objektiva skillnader mellan mätarna. Vidare har Roche redogjort för specifika brister i bedömningen av

angivna egenskaper och underkriterier i dokumentet Protokoll bedömning användarvänlighet. Denna beskrivning vidhålls och åberopas.

Det är i och för sig riktigt att det inte finns något hinder mot att en utvärderingsgrupp används som ett led i anbudsutvärderingen. Dock gäller, även vid användning av utvärderingsgrupp, att utrymmet för subjektivitet är mycket begränsat. Medlemmarna i utvärderingsgruppen har haft betydande erfarenhet av HemoCues mätare, medan de inte haft någon som helst tidigare erfarenhet av att använda Roches mätare. Det har därför inte varit möjligt att genomföra en objektiv och rättvis utvärdering av mätarnas användarvänlighet. Det faktum att mätarna hanteras på olika sätt innebär ofrånkomligen att ju större vana användaren har av ett instrument och dess hantering, desto mer lättanvänt och användarvänligt upplevs instrumentet. I den aktuella upphandlingen har detta resulterat i att till synes objektiva kriterier som tyngd, storlek, ergonomisk utformning etc., har bedömts och poängsatts på ett sätt som innefattat ett stort mått av godtycke till förmån för den produkt som personerna i utvärderingsgruppen haft vana att använda. Vid en granskning av poängsättningen och landstingets försök att motivera denna förefaller det som att personerna i utvärderingsgruppen har satt poäng utifrån vilken produkt de i stort har fattat tycke för, snarare än utifrån en objektiv bedömning av produkternas kvalitéer i de avseenden som anges i förfrågningsunderlaget.

Landstinget anser att förvaltningsrätten ska avslå Roches ansökan och anför bl.a. följande. Utvärderingen har skett i enlighet med de premisser som ställts på förhand. Av förfrågningsunderlaget framgår vilka kriterier som har relevans vid utvärderingen och hur dessa ska viktas. Det framgår även klart vilka underkriterier som har relevans för bedömningen av användarvänligheten. Det finns inte något hinder mot att använda sig av en utvärderingsmodell som baserar sig på en testgrupps bedömning av sina upplevelser av instrumenten i olika avseenden. Det kan dock påpekas att

användarvänligheten, och därmed nyttjandet av testgruppen, enbart varit en del av den utvärdering som skett av de aktuella anbuden. Det finns objektiva skäl till varför Roches instrument bedömts som mindre användarvänligt än HemoCues. Någon särbehandling av viss leverantör har alltså inte skett.

Den aktuella testgruppen bestod av totalt 15 deltagare, varav samtliga är anställda medarbetare inom landstinget. De utvalda medarbetarna bestod bl.a. av undersköterskor, sjuksköterskor, biomedicinska analytiker och laboratorieingenjörer. Bland dessa fanns representanter från bl.a. primärvården, akutvården, laboratoriemedicin och slutenvården. Såväl utvärderingsmodellen som gruppens sammansättning valdes för att säkerställa att användarvänligheten skulle kunna bedömas på ett så rättvist och korrekt sätt som möjligt, d.v.s. så nära de personer som faktiskt är avsedda som de slutliga användarna av de upphandlade instrumenten som möjligt. De individuella bedömningarna har genomförts vid totalt tolv olika tillfällen och har alltså inte genomförts i storgrupp. Utvärderingstillfällena har letts av tre olika personer som åkt runt till de olika enheterna inom landstinget. Dessa personer har under utvärderingen förhållit sig neutrala och kan alltså inte anses ha påverkat resultatet av utvärderingen. Testgruppens deltagare har ombetts att ta ställning till respektive instruments användarvänlighet i enlighet med de punkter som i förväg fastställts av landstinget i en bilaga till förfrågningsunderlaget. Under utvärderingen ställdes inte de båda instrumenten mot varandra utan de bedömdes var och en för sig. Detta är ett förfarande som fullt ut överensstämmer med det som godtagits i rättspraxis och följer även de rekommendationer som finns på området. Med anledning av detta kan man starkt ifrågasätta värdet och betydelsen av den jämförande uppställning som Roche åberopar. Landstinget har dock bemött Roches påståenden om brister i bedömningen av egenskaper och underkriterier i aktuell bilaga till förfrågningsunderlaget. Detta bemötande vidhålls och åberopas.

Det faktum att vissa av utvärderingsgruppens deltagare kan antas ha viss erfarenhet av att hantera en äldre modell av HemoCues eller andra leverantörers mätare innebär inte att dessa personer är oförmögna att objektivt bedöma och utvärdera användarvänligheten hos de produkter som offererats. Utan erfarenhet av den miljö och de situationer mätarna används torde det vara svårt att överhuvudtaget ha någon uppfattning om hur användarvänlig en viss produkt ska anses vara. Någon otillbörlig fördel har alltså inte förelegat för HemoCues mätare.

DOMSKÄL

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. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen

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

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

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärd enligt 5 § eller 15 § (ansökan om överprövning). I 5 § samma kapitel anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i

denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid anbudsutvärderingen har Roche tilldelats 481 poäng avseende användarvänlighet och totalt 4 481 poäng avseende kriterier utom kostnad. Roches utvärderingspris (kostnad) har beräknats uppgå till 4 860 000 kr. HemoCue har tilldelats 945 poäng avseende användarvänlighet och totalt 5 695 poäng avseende kriterier utom kostnad. Utvärderingspriset har för HemoCue beräknats till 6 580 000 kr. Därmed har HemoCue uppnått jämförelsetalet 8 253 018,44 och Roche jämförelsetalet 8 537 157,78.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis konstateras att det i mål om ingripande enligt LOU som huvudprincip gäller att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter han grundar sin talan och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten har åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Ett visst mått av bedömning och värdering är nödvändigt vid användande av aktuellt tilldelningskriterium, d.v.s. det för den upphandlande myndigheten mest fördelaktiga anbudet. Det kan därför inte krävas att anbudsutvärderingen ska vara helt och hållet förutsägbar och i efterhand kontrollerbar. Dock krävs att det framgår vilka objektiva omständigheter som har varit av betydelse samt vilka omständigheter som varit viktigare än andra.

Vad gäller den aktuella bedömningen av användarvänlighet gör Roche i huvudsak gällande att en mera strikt tolkning av utvärderingskriterierna (främst de underkriterier som upptagits i dokumentet Protokoll bedömning användarvänlighet) skulle ha gjorts i enlighet med deras ordlydelse. Lands-

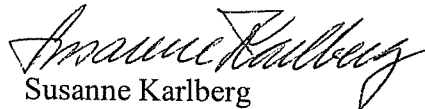
tinget gör i huvudsak gällande att bedömningen av respektive utvärderingskriterium inte kan värderas fristående från syftet med bedömningen som helhet, d.v.s. att instrumentet ska vara enkelt och användarvänligt för landstingets personal.

Det kan konstateras att just användarvänlighet kan ha en starkt skiftande betydelse beroende på omständigheterna i det enskilda fallet. I förevarande fall kan det konstateras att bedömningen har gjorts av flera personer som hämtats från olika verksamheter och yrkesgrupper. Det har också definierats vilka omständigheter som skulle läggas till grund för bedömningen. Förvaltningsrätten finner vidare att det saknar betydelse för bedömningen att de som gjort bedömningen haft en varierande grad av erfarenhet av olika anbudsgivares produkter. Därvid beaktas att samtliga anbudsgivare haft möjlighet att demonstrera sin produkt. Vid en samlad bedömning finner förvaltningsrätten att testgruppen har gjort en bedömning på objektiva och definierade grunder och att resultatet på ett godtagbart sätt utvisar hur pass enkelt och användarvänligt respektive instrument kan anses vara för landstingets personal. Bedömningen kan inte anses innefatta så pass omfattande mått av subjektiva värderingar att resultatet inte kan godtas. Därvid beaktas särskilt att testgruppens bedömning utgjort en mindre del av anbudsutvärderingen i dess helhet.

Utöver det ovan sagda kan konstateras att testgruppens bedömning inte varit ensamt avgörande för anbudsutvärderingen i dess helhet. Skillnaden i bedömningen av s.k. kriterier förutom kostnad uppgår till 1 214 poäng (5 695 – 4 481 poäng). Av dessa 1 214 poäng avser 464 poäng användarvänlighet (945 – 481 poäng). Bifall till Roches i första hand framställda yrkande skulle innebära att skillnaden i poängsättning minskade med 313 poäng (232 + 81 poäng). Även dessa omständigheter talar med viss styrka för att Roches möjligheter att tilldelas kontrakt inte har påverkats negativt av felaktigheter i landstingets handläggning av upphandlingen.

Förvaltningsrätten finner därför sammantaget att Roche inte förmått göra sannolikt att det föreligger grund för ingripande med stöd av LOU, varför bolagets ansökan ska avslås.

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


Susanne Karlberg

