



SÖKANDE

BioMérieux Sweden AB, 556266-0653
Hantverksvägen 15
436 33 Askim

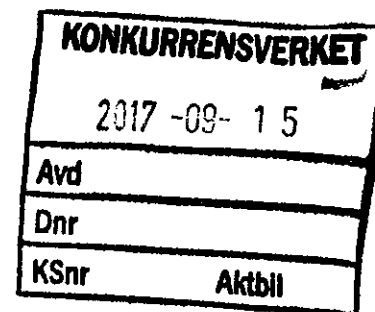
Ombud: juristerna Anna Erikson och Hanna Lundqvist
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

Landstinget Västernorrland
871 85 Härnösand

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Landstinget Västernorrland (landstinget) genomför upphandling av blododlingsssystem (dnr 15LS8984). Upphandlingen genomförs med konkurrenspräglad dialog och därefter inbjudan att lämna anbud, varvid angiven tilldelningsgrund är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till kriterierna totalkostnad och funktionalitet. Två leverantörer kvalificerade sig och bjöds in att lämna anbud, och båda dessa kom in med anbud som befanns uppfylla ställda krav och vara kvalificerade för utvärdering. Landstinget beslutade efter utvärderingen att anta anbud inkommet från Becton Dickinson Aktiebolag (Becton Dickinson).

YRKANDEN M.M.

BioMérieux Sweden AB (BioMérieux) begär överprövning och yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om varvid Becton Dickinson inte tilldelas utvärderingspoäng för kravet på att blododlingsflaskor ska ha märkning för inokulerad provvolym. I andra hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsutvärderingen görs om varvid samtliga anbud från BioMérieux ska utvärderas. I tredje hand yrkas att upphandlingen ska rättas på så sätt att anbudsinbjudan görs om varvid landstinget ska ange tilldelningskriterier och utforma utvärderingsmodellen på ett sätt som är förenligt med vad som angetts i annonsen/anbudsinbjudan. BioMérieux anför bl.a. följande till stöd för sin talan.

Tilldelningsgrunden i upphandlingen är att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Det framgår ett antal kvalitetskriterier som ska besvaras jakande för det fallet att anbudsgivaren uppfyller kraven. Varje jakande svar innebär att anbudsgivaren, efter viktning, tilldelas fem utvärderingspoäng. Ett av dessa kvalitetskriterier är att det på offererade blododlingsflaskor ska finnas märkning för inokulerad provvolym. Becton Dickinson har uppgett att kravet uppfylls och har därför tilldelats full poäng avseende det kra-

vet. Landstinget har i Frågor och svar förtydligat att innebörden av kravet är att det ska finnas *en* markering på varje flaska för att man ska kunna se hur mycket blod som ska fyllas i varje enskild flaska för att uppnå önskad provvolym. Becton Dickinson har inte offererat flaskor med sådan distinkt och exakt markering utan endast flaskor med gradient markering, det vill säga där volymen mäts i ett intervall. En gradient markering är inte likvärdig med en markering som påvisar den exakta rekommenderade provvolymen. Landstinget har då man tilldelat Becton Dickinson full poäng trots att anbudet inte uppfyller kravet agerat i strid med principerna om likabehandling och transparens.

Vidare borde landstinget rätteligen ha utvärderat BioMérieux samtliga anbud. BioMérieux har lämnat ett anbud med angivande av fyra olika blododlingssystem. Samtliga blododlingssystem uppfyller samtliga krav i upphandlingen. Detta kan därför likställas med att BioMérieux lämnat fyra olika anbud. Landstinget har emellertid självmant valt ut och utvärderat endast ett av de offererade blododlingssystemen. Genom att underlåta att utvärdera samtliga offererade blododlingssystem och bara välja ut ett har landstinget beretts en otillbörlig möjlighet att påverka utfallet i upphandlingen. Därmed har landstinget agerat i strid med principerna om likabehandling och transparens. Att inte tillåta BioMérieux att lämna fyra anbud har vidare varit oproportionerligt eftersom samtliga av BioMérieux offererade blododlingssystem uppfyller samtliga krav. Det saknas rimliga skäl till varför landstinget har valt att utvärdera endast ett av anbuden.

Vid konkurrenspräglad dialog ska den upphandlande myndigheten ange tilldelningskriterierna i annonsen eller i det beskrivande dokumentet. Vidare ska den upphandlande myndigheten värdera anbuden på grundval av tilldelningskriterierna. Andra tilldelningskriterier än de som angetts får inte tillämpas vid utvärdering av anbud. Landstinget har i strid med LOU angett andra tilldelningskriterier i anbudsinvjudan än de tilldelningskriterier som

angavs i annonsen/ansökningsinbjudan. Vid en jämförelse framgår att *livscykelkostnad* frånfallits och i stället ersatts med *totalkostnad*. Därtill har den utvärderingsmodell som redovisades i annonsen om att kvalitet skulle utvärderas med poängsättning enligt en skala om 1-3 i anbudsinbjudan ersatts med en helt annan utvärderingsmodell av innebörden att ett uppfyllt tilldelningskriterium alltid leder till en och samma poäng. Tilldelningskriteriernas viktning har angetts först i anbudsinbjudan. Landstinget har därmed agerat i strid med LOU vilket påverkat BioMérieux förutsättningar att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. BioMérieux har därmed lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Becton Dickinsons anbud har rätteligen antagits som det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. BioMérieux anbud skulle rätteligen ha förkastats då alternativa anbud inte medgavs i upphandlingen. BioMérieux kan mot den bakgrunden inte anses som skadelidande.

Kravet på att det på blododlingsflaskorna ska finnas märkning för inokulerad provvolym har landstinget förtydligat i Frågor och svar genom att ange att "Markering ska finnas på varje flaska för att det ska kunna ses hur mycket blod som ska fyllas i varje enskild flaska för att uppnå önskad provvolym." En sådan markering finns på Becton Dickinsons flaska, om än inte i intervall vilket kravets formulering inte utesluter. BioMérieux synes göra gällande att deras markering är mer exakt än Becton Dickinsons, men det är inget som belönas särskilt så som kravet är formulerat. Det enda som krävs för att tilldelas fem utvärderingspoäng är att det finns en markering. Becton Dickinsons utförande är tillräckligt för den efterfrågade funktionen och motvarar därmed vad som efterfrågats.

Vad gäller påståendet att landstinget borde ha utvärderat alla anbud från BioMérieux framgår av 6 kap. 9 § LOU att en upphandlande myndighet får

tillåta att anbudsgivare lämnar anbud med alternativa utföranden. Initiativet till att tillåta alternativa utföranden måste komma från den upphandlande myndigheten. I den aktuella upphandlingen tilläts inte alternativa utföranden. Eftersom det inte gick att avgöra vilket som var BioMérieux huvudanbud hade det antagligen varit mest korrekt att förkasta samtliga BioMérieux anbud. Landstinget valde dock att utvärdera det anbud som hade lägst pris och klarade kravet ”ett modernt system med snabb detektion av patogener”. Samtliga anbud skulle alltså rätteligen ha förkasats då alternativa anbud inte medgavs i upphandlingen. BioMérieux kan mot den bakgrunden inte anses som skadelidande i den mening som avses i LOU.

Angående påståendet att landstinget ändrat tilldelningskriterierna och utvärderingsmodellen kan mer allmänt formulerade kriterier accepteras då den upphandlande myndigheten vid annonseringen av den konkurrenspräglade dialogen inte har full kännedom om vilka lösningar som bäst förmår tillgodose myndighetens behov. Huvudsaken är att leverantörerna utifrån kriterierna kan förstå vad myndigheten tillmäter betydelse och hur den ska gå tillväga för att utvärdera anbuden. Av anbudsinvjudan framgår att tilldelningskriteriet *totalkostnad* bara preciserades i anbudsinvjudan. Det rör sig alltså inte om något nytt tilldelningskriterium. BioMérieux har inte angett på vilket sätt man lidit skada av den precisering som skett. Det stämmer att den beskrivna utvärderingsmodellen ändrades från annonsen till anbudsinvjudan. Ändringen innebar dock inte att ett uppfyllt tilldelningskriterium alltid leder till en och samma poäng. I fråga om vilka flasktyper och eventuella tillsatser om rekommenderas för olika situationer kvarstår utvärdering enligt en skala (1-5). Eftersom den upphandlande myndigheten vid annonseringen av den konkurrenspräglade dialogen inte har full kännedom om vilka lösningar som bäst förmår tillgodose myndighetens behov bör ändringar av detta slag anses tillåtna inom ramen för upphandlingsförfarandet. Ändringen innebär inga ökade krav på anbudsgivarna och särbehandlar ingen av dem.

BioMérieux har härefter anfört bl.a. följande. Landstinget synes göra gällande att BioMérieux har lämnat anbud med alternativa utföranden. Ett anbud som bygger på en likvärdig lösning är över huvudtaget inte ett anbud med ett alternativt utförande, eftersom det uppfyller alla minimikrav. Definitionen av alternativa utföranden förutsätter att ett alternativt anbud på något sätt avviker från den tekniska specifikationen. Det gör inte något av BioMérieux anbud. BioMérieux har lämnat fyra separata anbud som alla uppfyller samtliga obligatoriska krav. Det är alltså fråga om fyra olika huvudanbud som alla borde ha utvärderats av landstinget. Redan genom att förkasta tre av dessa anbud som uppfyllde samtliga obligatoriska krav har landstinget agerat i strid med likabehandlings- och transparensprincipen. Det är inte heller korrekt att landstinget har utvärderat det lägsta anbudet, utan det anbud som utvärderades var det näst dyraste. Det är oklart hur landstinget valde ut just det anbudet då den i det anbudet offererade lösningen inte är den som närmast motsvarar Becton Dickinsons antagna anbud avseende prestanda och teknik. Ett skäl till att BioMérieux lämnade fyra anbud var att det i förfrågningsunderlaget var otydligt vilken teknisk prestanda och hur avancerad teknik som landstinget efterfrågade. Det var också svårt att utifrån förfrågningsunderlaget utläsa vad landstinget tillmätte betydelse eftersom ansökningsinbjudan och anbudsinsbjudan skilde sig åt. Eftersom BioMérieux hade möjlighet att erbjuda flera olika lösningar valde man, för att öka konkurrenskraften, att lämna fyra olika anbud med fyra olika tekniska lösningar. BioMérieux tog också under dialogen upp möjligheten att lämna olika anbud vilket landstinget ställde sig positiv till. Utifrån förfrågningsunderlagets utformning och under dialogen har det således inte tydligt framgått att BioMérieux endast skulle få lämna ett anbud.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Bestämmelser

Den 1 januari 2017 trädde den nya lagen (2016:1145) om offentlig upphandling i kraft och LOU (2007:1091) upphävdes därmed. Enligt 4 p. över-

gångsbestämmelserna gäller dock den upphävda lagen för sådan upphandling som har påbörjats före ikraftträdandet. Den aktuella upphandlingen påbörjades före den 1 januari 2017 och den upphävda LOU (2007:1091) är därmed tillämplig i målet.

Upphandlande myndighet 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 (1 kap. 9 § LOU).

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 efter ansökan av en leverantör besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 4 och 6 §§ LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen eller någon av de gemenskapsrättsliga bestämmelserna som bär upp denna lagstiftning samt att den som begär överprövning lidit eller i vart fall riskerat att lida skada av den upphandlande myndighetens brott mot LOU. Förvaltningsrättens prövning är begränsad till vad BioMérieux som sökande har anfört till stöd för sin talan (jfr. RÅ 2009 ref. 69).

Av rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 följer vidare att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när.

I målet är det ostridigt att BioMérieux har lämnat fyra olika anbud avseende fyra olika blododlingssystem. Landstinget har utvärderat ett av dessa. BioMérieux har anfört att landstinget rätteligen skulle ha utvärderat samtliga anbud som BioMérieux lämnat in eftersom samtliga blododlingssystem uppfyller upphandlingens krav. Landstinget har häremot anfört att samtliga anbud i stället rätteligen skulle ha förkastats och har bl.a. hänvisat till Frågor och svar (publik fråga 2):

”Finns det möjlighet att lämna alternativa anbud som omfattar system av olika automations- och innovationsnivåer? Vad är tillvägagångssättet, dvs hur skall detta göras? Vad är maximalt antal anbud per anbudsgivare?”

Landstinget har svarat:

”Nej, endast ett anbud per leverantör. Vi efterfrågar ett modernt system som passar verksamheten i vårt Landsting där man tagit hänsyn till automationsnivåer.

Innovationsnivåer har det inte lämnats utrymme för.

Ett förtydligande av 'Prisbilagan förbrukning' har gjorts där det ska finnas möjlighet att lämna pris på övrigt sortiment och tillbehör där delar av instrument/skåp, underskåp, alternativa satelitskåp mm kan offereras. Detta sortiment ska kunna avropas under kontraktstiden och kan ses som ett komplement till huvudanbudet.”

Av förfrågningsunderlagets anbudsförutsättningar framgår att skriftliga frågor samt landstingets svar på dessa ska göras i upphandlingssystemet Visma TendSign och att det utgör en del av förfrågningsunderlaget. Förvaltningsrätten konstaterar att det av publicerade Frågor och svar, som ligger till grund för upphandlingen, tydligt framgår att endast ett anbud per leverantör får lämnas. Detta kan inte anses vara ett oproportionerligt krav. Då BioMérieux trots detta ostridigt har lämnat fyra olika anbud har förfrågningsunderlagets föreskrifter i detta avseende inte följts. Så som landstinget påtalat borde samtliga anbud från BioMérieux således rätteligen ha förkastats utan utvärdering.

Förvaltningsrätten konstaterar också att BioMérieux inte har påstått att det antagna anbudet brister vad gäller kravuppfyllelse. Mot denna bakgrund föreligger inte skäl att pröva vad BioMérieux har anfört om att Becton Dickinson inte borde ha tilldelats poäng för kravet på att blododlingsflaskor ska ha märkning för inokulerad provvolym, eller avseende tilldelningskriterier och utformningen av utvärderingsmodellen (jfr EU-domstolens dom den 4 juli 2013, mål C-100/12 Fastweb).

Sammantaget har vad BioMérieux anfört inte visat att landstinget under genomförandet av denna upphandling har brutit mot LOU eller mot någon grundläggande princip som bär upp lagstiftningen om offentlig upphandling. Det har därmed inte heller kommit fram att BioMérieux lidit eller riskerat att lida någon skada med anledning av hur upphandlingen genomförts. Det föreligger därmed inte någon grund för ingripande från förvaltningsrätten och ansökan ska därför avslås.

Förvaltningsrätten erinrar om innehållet i 16 kap. 10 § LOU, enligt vilken den upphandlande myndigheten när förlängd avtalsspärr råder inte får ingå avtal förrän tio dagar har gått från det att förvaltningsrätten har avgjort målet.

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



Robert Dalman

rådman

Målen har föredragits av föredragande juristen Gunilla Lavås.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten. Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. uppgift om det avgörande som överklagas – förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för avgörandet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens avgörande som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.