



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LULEÅ
 Föredragande: C. Andersson

DOM
 2012-10-03
 Meddelad i
 Luleå

Mål nr
 840-12 E
 D5

SÖKANDE

Abbott Medical Potics Norden AB, 556624-3258

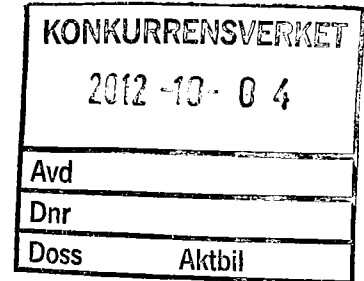
Ombud: Christofer Morales
 Advokatfirman DLA Nordic KB
 Box 7315
 103 90 Stockholm

MOTPART

Norrbottens läns landsting
 971 89 Luleå

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller överklagandet och beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse skett genom att Landstinget genomför en ny anbudsutvärdering.

Dok.Id 29746

Postadress
 Box 849
 971 26 Luleå

Besöksadress
 Skeppsbrogatan 41

Telefon
 0920-29 54 90

E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se
www.dom.se

Telefax
 0920-29 54 98

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Norrbottens läns landsting (Landstinget) har genom en öppen upphandling upphandlat utrustning för fakoemulsifiering med tillbehör. Enligt tilldelningsbesked daterat den 12 april 2012 har upphandlingen tilldelats Bausch + Lomb (B+L). Abbott Medical Optics Norden AB (AMO) var en av fyra anbudsgivare.

YRKANDEN

AMO har ansökt om överprövning och har, på det sätt som bolaget slutligt framställt sin talan, yrkat följande.

I första hand att rättelse sker på den grunden att Landstinget har brutit mot LOU vid utvärderingen av AMO:s anbud vad gäller bör-kravet i punkten 3.3.1 avseende service och underhåll.

I andra hand att rättelse ska ske på den grunden att Landstinget har brutit mot LOU vid sin prövning av anbuden vad gäller LCC-kostnaden.

I tredje hand att rättelse ska ske på den grunden att Landstinget har agerat i strid med LOU genom att vid prövning av vid provuppställning utvärderat ett slangsett som inte uppfyller samtliga uppställda krav (BL 5112)

I fjärde hand att rättelse ska ske på den grunden att Landstinget har utvärderat ett slangsett som inte uppfyller samtliga uppställda krav (BL 5113)

Landstinget anser – såsom dess uppfattning slutligt formulerats – att Landstinget i första ska få vidta rättelse av upphandlingen enbart gällande utvärderingen av korrekt slangsett. Om rättelse inte är möjlig enbart på denna punkt anser Landstinget att upphandlingen ska få göras om.

GRUNDER M.M.

AMO har som grund för sina yrkanden anfört i huvudsak följande. Landstinget har handlat i strid med 1 kap. 9 § LOU och i synnerhet likabehandlingsprincipen, då Landstinget i sin utvärdering av tilldelningskriteriet pris (livscykelkostnad) har beräknat B+L:s livscykelkostnad utifrån ett för lågt pris avseende reagenser, förbrukningsmaterial m.m. Om Landstinget gjort en korrekt utvärdering hade detta resulterat i att AMO åsatts det lägsta jämförelsetalet i upphandlingen och därmed tilldelats det aktuella upphandlingskontraktet. Landstingets förfarande har medfört att AMO lidit skada.

Som stöd för sin uppfattning anför AMO bland annat följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att tilldelningskriterierna är pris och kvalitet där priskriteriet avser mellan anbuden jämförbar LCC (livscykelkostnad) för investering, phakohandtag, väskor, förbrukningsmaterial samt övrigt förbrukningsmaterial och serviceavtal, s.k. fullservice utifrån priserna angivna i svarsformuläret enligt de förutsättningar som angetts i förfrågningsunderlaget. Tilldelningskriteriet kvalitet ska bedömas och poängsättas i enlighet med börkraven som angetts i svarsformuläret. Utvärderingsmodellen innebär att en bedömning görs av kvalitativa kriterier där ett anbudspris får ett absolut påslag beroende på hur mycket företagets redovisade kvalitativa kriterier bedöms avvika från angiven maximal kvalitetspoäng. Det anbud som får det lägsta jämförelsetalet utgör det ekonomiska mest fördelaktiga och ska tilldelas kontrakt. Av tilldelningsbeslutet framgår att Landstinget vid sin utvärdering av B+L:s pris beräknat livscykelkostnaden för reagenser, förbrukningsmaterial m.m. utifrån ett pris på slangset som inte uppfyller i upphandlingen ställt krav på snittyta.

AMO har anfört att när det gäller Landstingets tilldelningskriterium kvalitet ska den bedömning och poängsättning göras av ett antal börkrav som anges i svarsformuläret. Av den information som anges i förfrågningsun-

derlaget kan ingen annan slutsats dras än att de bör-krav som har gula fält kommer att bedöms och poängsättas utifrån den information som anbudsgivarna lämnat i sitt svarsformulär samt att de som har blå fält kommer att bedömas och poängsättas vid en provuppställning. I punkten 3.3.1 i svarformuläret anges att "Utrustningens uppbyggnad för vara sådan att service och underhåll enkelt ska utföras". Börkravet kan ge 0, 3 eller 5 poäng. Kravet har en åsatt vikt på 8, vilket innebär att poängen ska multipliceras med detta tal. AMO har här fyllt i de fält som ska fyllas i och svarat på frågan. Trots detta fick bolaget 0 poäng när man borde ha fått 8 eller åtminstone 3 poäng. Vid en korrekt genomförd värdering för aktuellt börkrav skulle AMO om Landstinget gett bolaget 3 eller 8 poäng efter viktning ha det lägsta jämförelsetalet i upphandlingen och därmed tilldelats det aktuella kontraktet.

AMO har här efter i ett kompletterande yttrande dessutom anfört att utvärderingen av provuppställningen av anbudsgivarnas offererade slangset inte har skett i enlighet med vad som sägs i förfrågningsunderlaget. Bland annat har Landstinget utvärderat BL5112 och BL5113 där det första inte uppfyller ska-kravet och där det andra inte är en offererad produkt. Det slangset som offererats och som uppfyller snittkravet är BL5114. Förfarandet strider mot principen om transparens.

Landstinget har anfört bl. a. följande. AMO:s påstående att Landstinget använt ett för lågt pris avseende förbrukningsmaterialet i B+L:s LCC är helt felaktigt. Vad AMO anfört om att den kostnad som Landstinget borde ha använt vid utvärderingen av B+L:s är 375 kr per operation, totalt sett 924 000 kr stämmer inte överens med varandra. Den totala kostnaden för 2 400 operationer med en kostnad om 375 kronor per operation är 900 000 kr. B+L har visserligen i sin kravspecifikation som första alternativ offererat ett slangset BL5112+5112A med tillhörande nål för 300 kr per slangset och 75 kr per nål med en total kostnad på 792 000 kr. 375 kr x

2 400 operationer är dock inte lika med 792 000 kr. Det fanns därför skäl att anta att B+L gjort ett räknefel när det räknat samman kostnaden för 2 400 operationer. Landstinget tog därför in ett förtydligande för att säkerställa att korrekt kostnad användes vid utvärderingen av B+L:s anbud. Landstinget fick besked om att priset var 300+75 kr per operation och att B+L gjort ett misstag vid sammanräkningen. Det pris som Landstinget använt i LCC kalkylen är således 900 000 kr och inte 792 000 kr som AMO påstår.

Vad AMO däremot anfört om att B+L:s slangset i alternativ ett (BL5112+5112A) inte uppfyller ställt skall-krav om en snittyta på 2,2 mm eller mindre är korrekt. Landstinget har blivit varse om detta först efter tilldelningen. B+L har emellertid även offererat två andra alternativ BL5114+5114A (i anbudet benämnt alternativ två) med en kostnad om 375 kr per operation samt BL5113+5113A med en kostnad om 415 kr per operation. Båda dessa slangset uppfyller skall-kravet. Då B+L:s alternativ ett och två har identiska priser på 375 kr per operation påverkar valet av alternativ inte utvärderingen. Landstinget beslutade därför att inte fatta något nytt tilldelningsbeslut. Vad AMO anfört om att utvärderingen ska ske till ett pris av 924 000 kronor är en felräkning från AMO:s sida då kostnaden inte härrör till något av de alternativ som B+L offererat. Även om utvärderingen skulle ske till ett pris om 924 000 kr skulle det inte påverka utgången av resultatet av utvärderingen då det skulle ge ett LCC-värde på 8 183 908 kr, vilket fortfarande är det lägsta jämförelsetalet. AMO har därmed inte lidit någon skada.

AMO har i yttrande vidhållit sitt yrkande och bland annat anfört följande. AMO kan inte förstå hur Landstinget resonerat kring slangset BL5113 och BL5113A då B+L i sitt svarsformulär inte angett detta slangset. AMO noterar dock att för det fall att B+L hade angett detta slangset i sitt svarsformulär, fliken pris, hade det gett ett årligt pris om 996 000 kr, vilket är be-

tydligt högre än det angivna priset på 924 000 kr. AMO har aldrig hävdat att Landstinget ska använda sig av priser 375 kr per operation i sin beräkning. Detta pris har B+L inte angett i kolumnen Pris/svar utan i kommentarsfältet till denna kolumn. Det förtydligande som B+L lämnat avseende priser för reagenser, förbrukningsmaterial m.m. avser endast B+L:s alternativ 1 (BL5112), varför B+L inte lämnat något förtydligande avseende alternativ 2, vilket är det alternativ som uppfyller skall-kravet på snittyta och var pris därför ska utvärderas. Då det av prisformuläret fliken pris, klart och tydligt framgår att anbudsgivarna ska ange sitt offererade pris i kolumnen pris/svar är det således B+L:s angivna bud om 924 000 kr som Landstinget ska lägga till grund för sin beräkning av LCC-kostnaden avseende reagenser, förbrukningsunderlag m.m. AMO tillbakavisar dessutom Landstingets uppgift om att den förändringen i B+L:s pris från 900 000 kr till 924 000 kr inte skulle påverka vilket pris som är det vinnande. Vid en korrekt bedömning av de inkomna anbuden får AMO ett jämförelsetal som är 13 780 kr längre än B+L:s.

Landstinget har därefter ändrat sin uppfattning enligt följande. Landstinget anser i första hand att de ska få vidta rättelse enbart vad gäller utvärdering av korrekt slangset. Om rättelse inte är möjlig enbart på denna punkt vill Landstinget att upphandlingen ska göras om.

Landstinget har sammanfattningsvis uppgett följande som stöd för sin inställning. B+L har offererat ett anbudspris om 375 kr, dvs. 900 000 kr per år. B+L:s korrekta LCC-pris är 6 548 710 kr. AMO har rätteligen tilldelats noll poäng för börkravet kring service och underhåll. Landstinget har emellertid gjort provuppställningen med fel slangset. En rättelse är då en lämplig åtgärd på sådant sätt att Landstinget provuppställer och utvärderar med korrekt slangset (BL5114+5114A). Om det inte är en möjlig åtgärd anser Landstinget att de förutsättningar som framgått i underlaget och använts vid utvärderingen innehåller sådana brister att förvaltningsrätten bör be-

sluta om att upphandlingen ska göras om. Anbudet har inte konkurrensutsetts på ett korrekt sätt. Syftet och förutsättningarna med upphandlingen har i så fall förfelats och effekten av ställda krav har uteblivit.

AMO har här efter i yttrande anfört följande. AMO önskar att de yrkade grunderna prövas i sak, enligt den prioriteringsordning som de angetts.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En ansökan om överprövning enligt LOU avser frågan huruvida den upphandlande myndigheten brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, samt om detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada.

För att förvaltningsrätten ska fatta beslut om åtgärd enligt LOU krävs således dels att fel förekommit i upphandlingen, dels att felet varit till men för den sökande. För det fall förvaltningsrätten finner att upphandlingen ge-

nomförts i strid med LOU och detta medfört att en leverantör lidit eller kan komma att lida skada ska domstolen förordna om rättelse alternativt att upphandlingen ska göras om. När det gäller valet mellan rättelse eller att upphandlingen ska göras om har Högsta förvaltningsdomstolen i RÅ 2005 ref. 47 uttalat att prövande domstol har att, oavsett hur yrkandet utformats, välja mellan att besluta att upphandlingen ska göras om eller att den ska rättas.

I det fall att bristen som konstaterats påverkar upphandlingens konkurrens-
uppsökande skede föreligger möjlighet för domstolen att förordna att upphandlingen ska göras om. Om bristen i stället rör utvärderingsfasen anses det tillräckligt att denna senare fas av upphandlingen rättas.

Av Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69 framgår att som huvudprincip i mål om offentlig upphandling bör krävas att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på. Förvaltningsrätten är således bunden av de omständigheter sökanden har lagt till grund för sin talan. Förvaltningsrätten är som framgår ovan dock inte bunden av de yrkanden som framförts eller den ordning i vilken de uppställts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten finner mot bakgrund av vad parterna anfört att Landstinget inte utfört utvärderingen i enlighet med förfrågningsunderlaget. Även om Landstinget i första hand anser att rättelse ska ske enbart gällande utvärderingen av korrekt slangsett så har Landstinget ändå framhållit att de förutsättningar som framgått i underlaget och använts vid utvärderingen innehåller sådana brister att förvaltningsrätten borde besluta att upphandlingen ska göras om. AMO har dock motsatt sig en sådan utgång och yrkat att upphandlingen ska rättas på ett preciserat sätt.

Förvaltningsrätten anser att Landstinget genom att inte genomföra utvärderingen på så sätt som förfrågningsunderlaget beskriver har handlat i strid mot LOU. Det är vidare inte uteslutet att AMO därigenom riskerat att lida skada. De brister som AMO påtalat och som Landstinget delvis ställt sig bakom påverkar dock inte upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Det är därför enligt förvaltningsrättens uppfattning fullt tillräckligt att upphandlingen rättas.

Förvaltningsrätten anser således att upphandlingen ska rättas på så sätt att en ny utvärdering av anbuden ska göras – i enlighet med förfrågningsunderlaget. Ansökan om överprövning ska följaktligen bifallas.

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


Britt Dahlin



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.