



SÖKANDE

AGA Gas AB, 556069-8119
181 81 Lidingö

Ombud: advokaten Mikael Dubois och advokaten Fredrik Linder
Hamilton Advokatbyrå KB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

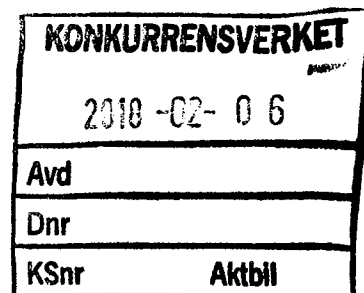
Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår AGA Gas AB:s ansökan om ingripande enligt LOU.



BAKGRUND

Region Skåne genomför en upphandling avseende stationära och portabla oxygenkoncentratorer, dnr 1701058. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas för respektive delområde. Enligt tilldelningsbeslut den 30 augusti 2017 har Region Skåne beslutat att teckna avtal med Philips AB (Philips) avseende stationära oxygenkoncentratorer och med Meditek Medisinsk Utstyr AS (Meditek) avseende portabla oxygenkoncentratorer.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

AGA Gas Aktiebolag (AGA) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse har gjorts på det sättet att utvärderingen görs om genom att Philips tilldelas tre poäng för utvärderingskriteriet i punkt 10.2.8 avseende stationära oxygenkoncentratorer och att kostnad för byte av kolonner tas med i beräkningen av Mediteks totalkostnad för portabla oxygenkoncentratorer.

AGA anför i huvudsak följande. Utvärderingen har genomförts med utgångspunkt i två huvuddelar, dels en beräkning av utrustningens totalkostnad under dess livslängd, dels prisavdrag från denna totalkostnad baserat på uppfyllande av utvärderingskriterier (sju för stationära och fem för portabla oxygenkoncentratorer). Philips och Meditek har erhållit felaktiga jämförelsetal. Om deras jämförelsetal hade beräknats korrekt hade AGA haft det lägsta jämförelsetalet för upphandlingens båda områden och skulle därmed ha antagits som leverantör för både stationära och portabla oxygenkoncentratorer. Aga har således lidit, eller åtminstone riskerat att lida, skada.

Stationära oxygenkoncentratorer

Region Skåne har tilldelat Philips poäng i strid med de utvärderingskriterier som framgår av punkten 10.2.8 i Kravspecifikationen.

I kravspecifikationen för stationära oxygenkoncentratorer anges följande tekniska ska-krav respektive utvärderingskriterium avseende förebyggande underhåll:

10.2.7

FU-Intervall ska specificeras på offererad utrustning. Ange FU-Intervall för utrustningen.

10.2.8

Utrustningarna bör ha lång tid mellan FU-Intervaller. Intervallet innebär att inga åtgärder skall vidtas förutom enklare filterbyten (byts i förekommande fall av användare). Ange intervall för FU samt vad som byts.

Förutsättningarna för poängsättning avseende utvärderingskriteriet i punkten 10.2.8 är följande:

36 - < mån mellan FU = 6p

24 – 35 mån mellan FU = 3p

0 -23 mån mellan FU = 0p

Philips har i anslutning till punkten 10.2.7 angivit ett intervall på två år. På punkt 10.2.8 har bolaget angivit "Filterbyte 1. gång/2 år, övriga åtgärder efter behov". Enligt förutsättningarna för poängsättning av utvärderingskriteriet i punkten ska Philips rätteligen tilldelas tre poäng. Av utvärderingsprotokollet framgår emellertid att Philips felaktigt har tilldelats 6 poäng och således erhållit ett för lågt jämförelsetal. Region Skåne har agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen samt 4 kap. 1 § LOU.

Om Philips rätteligen tilldelats tre poäng skulle prisavdraget ha blivit 69 kr istället för 137 kr. Philips jämförelsetal ska således vara 68 kr högre, vilket ger ett jämförelsetal om 548 kr. AGA har ett jämförelsetal på 530 kr. AGA skulle därmed ha kunnat antas som leverantör avseende stationära oxygenkoncentratorer och har därmed lidit, eller åtminstone riskerat att lida, skada enligt LOU.

Portabla oxygenkoncentratorer

I kravspecifikationen anges under generella krav som gäller både för stationära och portabla oxygenkoncentratorer följande underhålls- och supportkrav:

5.8

Ange per offererad utrustning beräknad livslängd (i timmar) för kompressor och kolonn. Ange beräknad livslängd i inforutan.

Meditek har som svar angett ”Beräknad livslängd Inogen One G3 HF: Kompressor 25 000 timmar. Kolonn: 12 – 24 månader.” Vidare har Meditek angivit att den tekniska livslängden för den offererade oxygenkoncentratoren är sex år och att priset för en ersättningskolonn är 999 kr.

En kolonn är ett filter, vars funktion är att göra om rumsluft till syrgas. Kolonnerna har begränsad livslängd och måste bytas efter viss tid. En av faktorerna som ska räknas in i totalkostnaden är hur många kolonner som behöver bytas ut under den offererade oxygenkoncentratorns tekniska livslängd, med avdrag för den garantitid som gäller för oxygenkoncentratorer. Garantitiden för en portabel oxygenkoncentrator är två år. Meditek har angett en teknisk livslängd om sex år. Det innebär att den återstående livslängden är fyra år. Kostnaden för de byten av kolonner som kommer att behöva göras under dessa fyra år ska tas med vid beräkningen av totalkostnaden för Mediteks portabla oxygenkoncentratorer. Eftersom livslängden för kolonnerna är 12-24 månader kommer minst en kolonn per oxygenkoncentrator att behöva bytas ut under de fyra år som återstår efter garantitiden. Det minsta antalet kolonner som behöver bytas ut är således 250 stycken. Med det av Meditek angivna priset 999 kr per kolonn blir kostnaden 249 750 kr (999 * 250). Detta belopp ska rätteligen medräknas vid beräkningen av den totala kostnaden för Mediteks oxygenkoncentratorer.

Meditek har inte angivit i kravspecifikationen hur många kolonner som behöver bytas ut, men på fråga från Region Skåne angivit att 750 kolonner

kommer att behöva bytas ut. Vid utvärderingen har Region Skåne angett att inga kolonner kommer att behöva bytas ut, vilket har medfört att kostnaden för byte av kolonner har angetts till noll kronor. Denna felaktiga utvärdering av Mediteks anbud har lett till att bolaget har erhållit ett för lågt jämförelsetal avseende portabla oxygenkoncentratorer. Region Skåne har således agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 4 kap. 1 § LOU.

Det minsta belopp som skulle ha angetts för byte av kolonn är 249 750 kr. I så fall hade Mediteks jämförelsetal blivit högre än AGA:s avseende portabla oxygenkoncentratorer och AGA skulle ha kunnat antas som leverantör. AGA har således lidit, eller i vart fall riskerat att lida, skada enligt LOU.

Region Skåne bestrider bifall till AGA:s ansökan och anför i huvudsak följande. Region Skåne har inte brutit mot LOU eller de grundläggande EU-rättsliga principer som bär upp lagen. Bolaget har inte heller lidit eller riskerat att lida skada.

Stationära oxygenkoncentratorer

Region Skåne medger att en felaktig poängsättning har skett av punkten 10.2.8 i Kravspecifikationen avseende FU-intervall. Philips skulle rätteligen ha tilldelats tre poäng istället för sex poäng.

I förfrågningsunderlaget punkt 10.2.4 angavs att en provuppställning eventuellt skulle ske av de offererade produkternas ljudkomfort. Region Skåne valde dock att inte utföra någon provuppställning, vilket anbudsgivarna har informerats om i tilldelningsbeslutet. Poäng har trots det felaktigt delats ut i utvärderingen, vilket står i strid med LOU och de grundläggande principerna. Om samtliga poäng avseende provuppställning dras av får det till följd att Philips, även om bolaget vid en förnyad utvärdering erhåller tre poäng avseende kravet i punkten 10.2.8, kommer att erhålla det lägsta jämförelse-

talet och därmed anses ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Region Skåne har därför inte funnit anledning att göra en rättelse och fatta ett nytt tilldelningsbeslut. AGA har således inte kunnat visa att bolaget lidit eller riskerat att lida skada och grund för rättelse föreligger därmed inte.

Portabla oxygenkoncentratorer

Punkt 5.8 i kravspecifikationen har följande lydelse.

Kostnad för och beräknat antal extra kompressorer/kolonner som behövs för att uppnå angiven teknisk livslängd. Gäller för de år som inte täcks av garanti och baseras på en typpatient med användning 10h/vecka (520h/år).

I ett förtydligande har Meditek angivit att kolonnerna enligt producenten har en beräknad livslängd på 18-36 månader.

Om 36 månader översätts i timmar innebär det en livslängd på 26 280 timmar. Enligt kravspecifikationen ska utvärderingen baseras på en typpatient med användning 520 timmar per år. När det gäller Mediteks produkt, med en angiven livslängd om sex år, innebär detta en användning om 3 120 timmar, vilket endast är en liten del av kolonnernas totala livslängd om 26 000 timmar. Beräknat på antalet timmar bör således kolonnerna klara hela den tekniska livslängden. Eftersom eventuella byten av kolonner under garanti-tiden på 2 år skulle ske kostnadsfritt ska kolonnernas livslängd beräknas på 4 år för Meditek och på 3 år för AGA. För att kostnaden för byte av kolonner ska vara noll kronor för Meditek måste kolonnerna ha en livslängd om 4 år, motsvarande 2 080 timmar baserat på typpatientens användning med 520 timmar per år. Region Skåne har således rätteligen angett att inga kolonner behöver bytas ut beträffande Mediteks offererade produkt.

Meditek och AGA har offererat exakt samma produkt, nämligen Inogen One G3 HF. AGA har i förtydligande till sitt anbud angett att kolonnerna har en livslängd på 26 280 timmar och att användning enligt typexemplet ligger

inom den tekniska livslängden. Region Skåne har vid utvärderingen av anbudet bedömt att inga kolonner behöver bytas ut under den tekniska livslängden, varken för Meditek eller för AGA. Eftersom Meditek har garanterat att produkten har en teknisk livslängd om sex år medan AGA angett att produkten har en teknisk livslängd om fem år, har det betydelse för utvärderingen.

Utvärderingen av punkten 5.8/13.2 har skett i enlighet med de förutsättningar som anges i kravspecifikationen. Utvärderingen har skett i enlighet med LOU och de upphandlingsrättsliga principerna. AGA har inte visat på vilket sätt bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger således inte.

AGA genmäler i huvudsak följande.

Stationära oxygenkoncentratorer

Eftersom Region Skåne medger att poängsättningen är felaktig har regionen agerat i strid med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 4 kap. 1 § LOU. Region Skåne har inte gjort någon ny utvärdering sedan tilldelningsbeslutet meddelades och något nytt tilldelningsbeslut har inte fattats. Det är därför det utvärderingsresultat som föreligger, som ska ligga till grund för bedömningen av om AGA har riskerat att lida skada.

Om förvaltningsrätten accepterar vad Region Skåne anfört om att utvärderingen av ett annat utvärderingskriterium ska beaktas vid prövningen gör AGA gällande att bolaget åtminstone riskerat att lida skada. I tilldelningsbeslutet har Region Skåne angivit att skälet till att ingen utvärdering gjordes av punkt 10.2.4 i Kravspecifikationen, som skulle bedömas vid en provuppställning, var att utfallet av utvärderingen inte kom att ändras på grund av en provuppställning. Detta var korrekt under förutsättning att Philips hade tilldelats sex poäng för utvärderingskriteriet i punkten 10.2.8, men då Philips

rätteligen skulle ha tilldelats tre poäng blir poängsättningen av utvärderingskriteriet i punkten 10.2.4 avgörande. Vid sådant förhållande är det uteslutet att poängen som tilldelats för utvärderingskriteriet i punkten 10.2.4 endast ska dras av. AGA anser att utdelad poäng ska kvarstå och AGA får då ett lägre jämförelsetal än Philips. Även om en ny bedömning av utvärderingskriteriet ska göras kan det i nulägen inte konstateras att poängen kommer att utfalla på ett sätt som leder till att AGA inte får lägst jämförelsetal. AGA har därmed åtminstone riskerat att lida skada.

Anledningen till att AGA anser att den poäng som utdelats för utvärderingskriteriet i punkten ska kvarstå, är att poängen är korrekt med utgångspunkt i vad som utvärderas enligt punkten, dvs. *Utrustningen bör ha en ljudkomfort i drift som av användarna upplevs så bra som möjligt*. Om bedömningen är "Ingen skillnad mot nuvarande utrustning" ska två poäng tilldelas. Om bedömningen är "Bättre än nuvarande utrustning" ska fyra poäng tilldelas. Philips har rätteligen tilldelats två poäng, eftersom Philips har offererat samma utrustning som Region Skåne har nu. Vidare har AGA rätteligen tilldelats fyra poäng, eftersom ljudkomforten beträffande bolagets offererade utrustning är bättre än Region Skånes nuvarande utrustning. Den poäng som utdelats är alltså den som skulle ha delats ut om provuppställningen genomförts.

Portabla oxygenkoncentratorer

För att kostnaden för byte av kolonner i Mediteks anbud ska vara noll kronor måste kolonnerna ha en livslängd om minst 48 månader. Kolonnerna i Meditecs oxygenkoncentratorer har en kortare livslängd, vilket framgår av Meditecs anbud och den tekniska manualen. Det är dessa uppgifter som ska ligga till grund för bedömningen av anbudet. Om livslängden ska beräknas måste följande beaktas. En kolonn är en typ av "filter" som oxygenberikar rumsluft till "syrgas" med hjälp av ett ämne i kolonnerna som ser ut som ett vitt pulver. Efter en tids användning försämras ämnets funktion och kolon-

nera måste bytas. Kolonnernas funktion försämras när koncentratorn inte används, medan risken för att kolonnernas funktion försämras minskar vid regelbunden användning. Intensiv användning leder istället till att funktionen försämras snabbare och att livslängden förkortas. Kolonnernas livslängd kan därför inte mätas i det antal timmar som koncentratorn används, vilket är anledningen till att hållbarheten för kolonnerna mäts i månader, till skillnad från andra komponenter där livslängden mäts i arbetstimmar. Sammantaget är det uteslutet att kolonnernas livslängd skulle kunna vara längre än 36 månader, vilket bekräftas av att det i den tekniska manualen anges en livslängd på 18 – 36 månader med beaktande av mängden användning.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 4 kap. 1 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Enligt 20 kap. 4 och 6 §§ LOU kan rätten pröva om en upphandlande myndighet brutit mot någon av bestämmelserna i lagen, och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Stationära oxygenkoncentratorer

Det är ostridigt att Region Skåne, i samband med utvärderingen av punkten 10.2.8 om intervall mellan filterbyten, felaktigt tilldelat Philips sex poäng istället för tre poäng, vilket strider mot likabehandlingsprincipen.

Frågan är då om AGA har lidit eller riskerat att lida skada på grund av detta fel. Region Skåne gör gällande att utvärderingen inte ska göras om därför att de poäng som i strid med LOU och de grundläggande principerna för offentlig upphandling tilldelats avseende ljudkomfort (punkt 10.2.4) ska dras av

och att det får till följd att Philips ändå ska anses ha lämnat det mest fördelaktiga anbudet. Denna fråga kan enligt förvaltningsrättens bedömning prövas inom ramen för den talan som AGA har väckt och som gäller om utvärderingen har genomförts på ett felaktigt sätt eller inte.

I upphandlingsdokumentet punkt 10.2.4 anges att utrustningen bör ha en ljudkomfort i drift som upplevs som så bra som möjligt av användarna och att detta krav utvärderas av upphandlande myndighet vid provuppställning, som eventuellt skulle genomföras (punkt 1.2.4.1). Någon provuppställning genomfördes inte, men leverantörerna tilldelades ändå poäng för kriteriet. Det förfarandet strider mot kravet på transparens.

Region Skåne avstod från att genomföra provuppställning med motiveringen att utfallet av den inte skulle ändra utfallet av utvärderingen i dess helhet. Enligt upphandlingsdokumentet (punkt 1.2.4.1) skulle provuppställning eventuellt genomföras. Det anges inte i vilka situationer det skulle kunna bli aktuellt. Oavsett vad som var anledningen till att Region Skåne avstod från den möjligheten vid utvärderingen kan därför inte en leverantör påkalla att provuppställning genomförs. AGA har därför inte gjort sannolikt att bolaget lidit eller riskerat att lida skada på grund av utvärderingen.

AGA:s ansökan om ingripande avseende upphandlingen av stationära oxygenkoncentratorer ska därför avslås.

Portabla oxygenkoncentratorer

När det gäller Mediteks anbud gör AGA gällande att Region Skåne felaktigt har bedömt att de kolonner som ingår i den av Meditek offererade oxygenkoncentratorn inte kommer att behöva bytas ut och att det innebär att kostnaden för Mediteks anbud beräknats för lågt.

Region Skåne anser däremot att den av Meditek angivna beräknade livslängden för kolonnerna om 18 – 36 månader kan räknas om till 26 280 timmar och att kolonnerna därför bör klara utrustningens hela tekniska livslängd.

Av upphandlingsdokumentet framgår att det anbud kommer att antas som uppfyller ställda krav och som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till i kravspecifikation angivna omständigheter (punkt 1.2.4 *Utvärderingskriterier*). Vidare anges att anbudets totalpris inkluderar samtliga livscykelkostnader som härrör till offererad utrustning samt förväntade reservdelar och specialutrustning, som inte återfinns i ett serviceåtagande efter garantitidens utgång, beräknat på sammanlagd utrustnings tekniska livslängd.

I punkten 5.8 i *Kravspecifikationen, Generella krav*, anges följande.

Ange per offererad utrustning beräknad livslängd (i timmar) för kompressorer och kolonn.

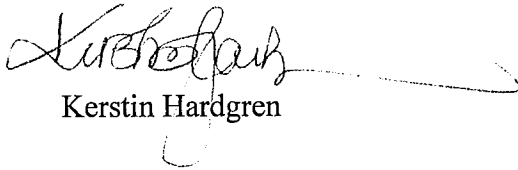
I punkten 5.8/13.2 i *Utvärdering portabla oxygenkoncentratorer*, anges följande.

Kostnad för och beräknat antal extra kompressorer/kolonner som behövs för att uppnå angiven teknisk livslängd. Gäller för de år som inte täcks av garanti och baseras på en typpatient med användning 10h/vecka (520h/år).

Av utredningen framgår att Meditek, efter begäran om förtydligande, angett att kolonnerna har en beräknad livslängd om 18 – 36 månader. Vidare framgår det att Meditek i anbudet angett att den offererade produkten har en teknisk livslängd om sex år. Så som parterna anfört i målet innebär detta att utvärderingen gäller om kolonnerna har en livslängd som innebär att de behöver bytas inom produktens livslängd efter garantitiden, eller inom fyra år. Hur denna beräkning ska göras anges i punkten ovan, dvs. beräknat antal kolonner som behövs för att uppnå angiven teknisk livslängd ska baseras på en typpatient med användningen 520 timmar per år. Enligt kravspecifika-

tionen ska livslängd för kompessorer och kolonner anges i timmar. Både Meditek och AGA synes ha lämnat uppgift om livslängd angiven i månader. Det har dock varit möjligt för dem att förutse att utvärderingen skulle utgå från livslängden i timmar. Enligt förvaltningsrättens bedömning har inte annat framkommit än att den utvärdering Region Skåne gjort varit i enlighet med upphandlingsunderlaget, att den varit transparent och att alla leverantörer behandlats lika. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att det inte föreligger skäl att frångå den av Region Skåne genomförda utvärderingen. Det finns därmed inte skäl för ingripande enligt LOU när det gäller upphandlingen av portabla oxygenkoncentratorer på den grund som AGA har åberopat i målet. AGA:s ansökan om ingripande i den delen ska därmed avslås.

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


Kerstin Hardgren

Målet har föredragits av Marita Elghagen.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **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.

Fortf. nästa sida

