



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2018-02-05
 Meddelad i Malmö

Mål nr
 9603-17

SÖKANDE

GCE Norden AB, 556263-0326
 Källvattengatan 9
 212 23 Malmö

Ombud: advokaten Magnus Hertler
 Öresundsadvokaterna
 Baltzarsgatan 30
 211 36 Malmö

MOTPART

Region Skåne, 232100-0255
 291 89 Kristianstad

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2018-02-06	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår GCE Norden 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 lag (2016:1145) om offentlig upphandling. Enligt tilldelningsbeslut den 30 augusti 2017 har Region Skåne beslutat att teckna avtal med Philips AB avseende stationära portabla oxygenkoncentratorer och med Meditek Medisinsk Utstyr AS (Meditek) avseende portabla oxygenkoncentratorer.

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

GCE Norden Aktiebolag (GCE) ansöker om överprövning i den del som avser portabla oxygenkoncentratorer och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att GCE tilldelas avtalet. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om. GCE anför bl.a. följande.

GCE har lämnat anbud på portabla oxygenkoncentratorer. Region Skåne har antagit det anbud som bedömts vara det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till uppställda utvärderingskriterier, nämligen tekniska krav och kostnad per år. I tilldelningsprocessen har fel begåtts som består i att Region Skåne har tolkat GCE:s svar avseende punkten 11.5 felaktigt och att Meditek felaktigt har angett den tekniska livslängden för portabla oxygenkoncentratorer till sex år istället för den tid som tillverkaren anger, vilket är fem år. Vid en korrekt tilldelningsprocess hade GCE tilldelats kontraktet.

För att vara kvalificerad i upphandlingen måste anbudsgivaren erhålla i vart fall 50 procent av möjliga 25 poäng i den tekniska delen. Med anledning av att Region Skåne har feltolkat svaren från GCE har bolaget erhållit 48 procent, varmed det har uteslutits.

Dammfilter

I punkten 11.5 i förfrågningsunderlaget anges följande.

Det bör finnas yttre dammfilter som är möjligt för patienten att rengöra. Ange om yttre filter finns, hur rengöringen går till och rengöringsintervall.

GCE har angett att ”Väskan fungerar som ett yttre filter. Torka av väskan 1 gång per vecka, eller vid behov. Använd en mjuk, lätt fuktad trasa med tvål-lösning eller använd antibakteriella våtservetter (70 procent Isopropyl alkohol). Väskan (yttre filtret) kan även tvättas i tvättmaskin 30 grader. OBS! får ej torktumlas! Väskan skall dropptorka”.

Baserat på svaret erhöll GCE felaktigt noll poäng. Eftersom väskan fungerar som ett dammfilter skulle GCE ha erhållit tre poäng, som var poängen för ”ja”. Det anges inte i punkten att väskan inte får ha dubbla funktioner. För det fall Region Skåne tolkat svaret korrekt hade GCE erhållit 60 procent i den tekniska delen och hade följaktligen varit kvalificerade i upphandlingen.

Teknisk livslängd

Meditek har offererat produkten InogenOne G3 och angivit den tekniska livslängden till sex år. Enligt producenten är den tekniska livslängden för produkten fem år. Totalkostnaden per år vid användande av korrekt teknisk livslängd blir 1 075 100 kr (=5 375 500 kr/5 år), som ska jämföras med GCE:s årskostnad om 900 000 kr per år. Mot bakgrund av att andra leverantörer som offererat samma produkt som Meditek har angivit livslängden till fem år har Region Skåne haft anledning att ifrågasätta Mediteks uppgift. Produkten har vidare inte funnits på marknaden så lång tid att det finns anledning att frånga producentens uppgift om en teknisk livslängd på fem år.

Region Skåne bestrider bifall till GCE: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 lidit eller riskerat att lida skada.

Dammfilter

Eftersom den produkt som upphandlas är en *portabel* oxygenkoncentrator ska produkten levereras med en anpassad ryggsäck/väska som patienten kan ha produkten i, se punkten 1.2 i *Kravspecifikationen*. Utöver den nödvändiga väskan, som även kan anses utgöra ett visst yttre skydd för produkten, bör det finnas ett yttre dammfilter, vilket anges i punkten 11.5 i *Kravspecifikationen*. Det som avses under denna punkt är således något helt annat än en väska, vilket är ett absolut ska-krav som beskrivs i punkten 1.2. Det aktuella bör-kravet är inte utformat som ett funktionsinriktat utvärderingskriterium, dvs. att en viss funktion efterfrågas, utan är istället utformat som ett krav på själva utformningen av produkten. För Region Skåne är det ett mervärde att produkten även, utöver väskan, har ett yttre dammfilter som det är möjligt för patienten att själv rengöra varför detta bör-krav har lagts till i själva utvärderingen av produkterna.

Eftersom GCE:s offererade produkt inte har något yttre dammfilter utöver den nödvändiga väskan har bolaget rätteligen erhållit noll poäng under denna punkt. Någon feltolkning har således inte skett, utan utvärdering har skett i enlighet med vad som angivits i förfrågningsunderlaget.

Även om GCE hade erhållit tre poäng under den aktuella punkten hade bolaget inte vunnit upphandlingen. GCE har således inte visat på vilket sätt bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Teknisk livslängd

Meditek har angivit att den produkt de offererar har en teknisk livslängd om sex år. En upphandlande myndighet är inte skyldig att kontrollera om de uppgifter som lämnats i ett anbud avseende kraven på det upphandlande föremålet i sig är riktiga, när omständigheterna i det enskilda fallet inte ger anledning att ifrågasätta dem.

Det saknar betydelse för denna upphandling vad t.ex. andra producenter anger om den offererade produkten. Meditek har utifrån sin erfarenhet med flera års hantering av produkten försäkrat en teknisk livslängd om sex år. Region Skåne har inte haft anledning att ifrågasätta Mediteks uppgifter. Om det under den kommande avtalstiden skulle visa sig inte stämma får det hanteras enligt avtalets bestämmelser om avtalsbrott.

Om den tekniska livslängden hade beräknats på ett annat sätt för Meditek hade GCE fortfarande haft för låga poäng i den tekniska delen och därmed inte kvalificerat sig för upphandlingen. GCE har således inte visat på vilket sätt bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 4 kap. 1 § LOU 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 upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

I förfrågningsunderlaget, punkten 1.2.4 *Utvärderingskriterier*, anges bl.a. att den totala andelen börkriteriepoäng som måste uppnås är 50 procent.

GCE:s anbud har inte kvalificerat sig i upphandlingen då bolagets anbud inte bedömdes ha erhållit minst 50 procent av börkriteriepoängen.

I punkten 1.2, *Kravspecifikation, portabla oxygenkoncentratorer*, anges följande.

Leveransen av portabel oxygenkoncentrator enligt nedanstående krav ska innehålla:

- oxygenkoncentrator inkl. batteri med drifttid på min 6h på lägsta inställning
- strömkabel 230V
- kabel för 12V anslutning
- anpassad väska/ryggsäck

I punkten 11.5 i *Kravspecifikationen* anges följande.

Det bör finnas ett yttre dammfilter som är möjligt för patienten att rengöra. Ange om yttre filter finns, hur rengöringen går till och rengöringsintervall.

GCE har i anbudet angett att väskan fungerar som ett yttre dammfilter.

Så som påpekats av Region Skåne är kravet under 1.2 ett s.k. ska-krav. För att anbudsgivaren över huvud taget ska kvalificera sig till utvärderingen krävs att anbudsgivaren offererar en medföljande väska. Utöver detta bör produkten enligt punkten 11.5 även ha ett yttre dammfilter. Uppfyller anbudsgivaren punkten 11.5 tilldelas ett mervärde om tre poäng. Utformningen av punkterna kan, enligt förvaltningsrättens bedömning, inte tolkas på annat sätt än att den upphandlande myndigheten har som önskemål att produkten, utöver den medföljande väskan, även ska ha ett *yttre* dammfilter. Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att GCE inte visat att Region Skåne frångått förfrågningsunderlaget när man utvärderat bolagets anbud. GCE:s anbud har således inte uppfyllt kravet på att erhålla minst 50 procent börkriteriepoäng. Region Skåne har följaktligen inte agerat i strid med bestämmelserna i LOU när man förkastat GCE:s anbud.

GCE har vidare framfört att Meditek uppgett en felaktig teknisk livslängd för den av bolaget offererade oxygenkoncentratorn, vilket enligt bolaget har


FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
Avdelning 1

DOM

har fått till följd att Meditek har erhållit en för låg totalkostnad. Förvaltningsrätten konstaterar att, även för det fall Mediteks anbud tilldelats en högre totalkostnad, har GCE inte förmått visa att GCE skulle ha tilldelats kontraktet. GCE har således inte visat att den åberopade bristen i samband med utvärderingen av Mediteks anbud har medfört skada eller risk för skada för bolaget.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det inte finns skäl för ingripande enligt LOU på de grunder som GCE åberopat i målet. GCE:s ansökan om ingripande ska därför 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.

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.

