



LÄNSRÄTTEN I
VÄSTMANLANDS LÄN

DOM
2009-11-23
Meddelad i Västerås

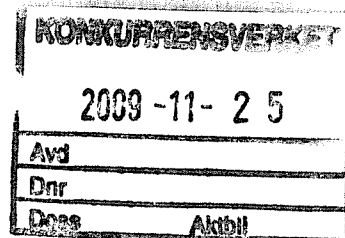
Mål nr
2066-09 E
Rotel 4

SÖKANDE

Gambro Lundia AB, 556057-7594

Ombud:

Advokaten Tomas Kjellgren
Jur.kandidaten Sven Vaxenbäck
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm



MOTPART

Landstinget Västmanland
721 51 Västerås

ÖVERKLAGAT BESLUT

Landstinget Västmanlands tilldelningsbeslut den 9 oktober 2009

SAKEN

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

YRKANDEN M.M.

Landstinget Västmanland (landstinget) har genomfört upphandling avseende dialysutrustningar, LVU09018. I tilldelningsbeslut daterat den 9 oktober 2009 har landstinget antagit Fresenius Medical Care Sverige AB som leverantör.

Gambro Lundia AB (bolaget) har begärt överprövning av landstingets tilldelningsbeslut. Bolaget yrkar att upphandlingen ska rättas, eller alternativt göras om. Avseende yrkandet om rättelse begär bolaget att länsrätten bestämmer att upphandlingen får avslutas först sedan utvärderingsresultatet rättats på sätt som bolaget beskriver in sin begäran om överprövning. Som grund för talan anförs bl.a. följande. Av förfrågningsunderlaget framgår att landstinget vid fastställandet av det ekonomiskt mest fördelaktiga budet avsåg att ta hänsyn till följande viktade utvärderingskriterier; utvärderingskrav (20 procent), praktisk utvärdering (20 procent) och totalpris (40 procent). Det är ett faktum att summan av de angivna vikterna endast uppgår

Dok.Id 45150

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1001	Sigurdsgatan 22	021-19 56 00	021-13 20 25	måndag – fredag
721 26 Västerås		E-post: lansrattenivastmanland@dom.se		08:30-12:00 13:00-16:00

till 80 procent och att landstinget först i samband med sitt tilldelningsbeslut meddelat anbudsgivarna hur de resterande 20 procentenheterna fördelat sig över de angivna viktade utvärderingskriterierna. Bolaget och de övriga anbudsgivarna har inte vid utformandet av sina anbud känt till den sanna viktningen som landstinget avsåg tillämpa vid anbudsutvärderingen. Dessa omständigheter utgör en sådan allvarlig brist i förfrågningsunderlaget att upphandlingen ska göras om. För det fall länsrätten finner att anbudsutvärderingen, trots de angivna bristerna, är möjlig att genomföra har bolaget erbjudit det ekonomiskt mest fördelaktiga budet. Bolaget har offererat dialysutrustning med s.k. filterset M 60, men som ett alternativ även offererat dialysutrustning med filterset M 100 (ett dyrare alternativ). I kravspecifikationen anges under POS 2.2 att ”möjlighet till citrat-dialys bör finnas”. Dialysutrustningen bör alltså möjliggöra citrat-dialys. I förfrågningsunderlaget anges under **4.4 Utvärdering av anbud** att en poängskala från 0 till 4 kommer att tillämpas och att anbudsgivare som uppfyller bör-kravet utmärkt erhåller 4 poäng medan anbudsgivare som uppfyller kravet mycket bra får 3 poäng, bra 2 poäng, mindre bra 1 poäng och att de anbudsgivare som inte uppfyller kravet får 0 poäng. Fresenius anbud erhöll 4 poäng vid utvärderingen avseende POS 2.2. Poängen är ostridigt korrekt eftersom Fresenius offererat dialysutrustningen MultiFiltrate. Bolaget får emellertid framhålla att den av Fresenius offererade dialysutrustningen uppfyller det aktuella bör-kravet i kombination med produkten Kit 9 CVVHD 1000 Ci/Ca (inkl. filter AV 1000=1,8 kvadratmeter) (”Kit 9”). Fresenius har, förutom Kit 9, även offererat nio andra s.k. kit bl.a. det billigare Kit 1 CVVH 400 (inkl. filter AV 400 S) (”Kit 1”) vilket inte kan användas till citrat-dialys. Vid beräkningen av Fresenius totalpris har landstinget gjort en kostnadsberäkning baserad på att dialysutrustningen används i kombination med det billigare Kit 1. Landstinget har vid utvärderingen av börkravet POS 2.2 korrekt utgått från att Fresenius dialysutrustning MutiFiltrate används i kombination med Kit 9, men felaktigt beräknat Fresenius totalpris utifrån att dialysutrustningen används i kombination med det bil-

ligare Kit 1. Härtill tillkommer att landstinget vid utvärderingen av bolagets anbud inte har beräknat bolagets totalpris utifrån det offererade filterset M 60. Landstinget har istället felaktigt grundat sin beräkning på bolagets dyrare alternativa filterset M 100 som har en högre dygnskostnad. Vid en korrekt genomförd beräkning blir Fresenius totalpris 901 500 kr och bolagets totalpris 876 025 kr. Bolagets totalpris blir därmed det lägst offererade priset i upphandlingen. Detta medför att bolagets totalpoäng i anbudsutvärderingen blir 3,83 poäng och Fresenius 3,74 poäng. Bolagets beräkning av totalpoäng i anbudsutvärderingen utgår från den korrekta förutsättningen att slangar, avflödespåsar och filter för Fresenius offererade dialysutrustning i kombination med Kit 9, liksom för bolaget, byts ut dagligen, dvs. tre gånger per dygn. Härtill kommer att landstinget medgivit att bolaget tilldelats en för låg poäng avseende bör-kravet POS. 4.5. Landstinget har i e-post angett att bolaget ges 4 poäng i denna del (tidigare 2 poäng). Genom denna höjning i anbudsutvärderingen blir bolagets totalpoäng 3,87. - Landstinget har genom sitt agerande brutit mot de allmänna EG-rättsliga likabehandlings- och transparensprinciperna och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Som en följd av att landstinget brustit i sina förpliktelser enligt LOU har bolaget lidit, eller riskerar i vart fall att lida, skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen i den mening som avses i 16 kap. 1 § första stycket och 2 § första stycket LOU varför skäl föreligger för länsrätten att förordna i enlighet med bolagets yrkanden. . – Bolaget ger in och åberopar tolv bilagor samt hänvisar till flera domstolsavgöranden till stöd för sin talan.

Landstinget bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. Genom ett skrivfel har fördelningen av procentsatserna i förfrågningsunderlaget fördelats så att 20 procent kom att saknas. Detta uppdagades av landstinget först när utvärderingen genomfördes. För det fall fördelningen hade uppdagats tidigare hade ändring meddelats. Landstinget bedömer att upplysningen om fördelningen av de återstående 20 procent inte påverkar

utvärderingsresultatet i så hög grad att upphandlingen ska göras om. Vid anbudsutvärderingen har landstinget försökt se till att utvärderingen grundats medicinskt och behandlingsmässigt på så likvärdiga produkter som möjligt. Detta har resulterat i att både filter/slang-set CVVH 400 från Fresenius med 0,75 kvadratmeter effektiv yta och bolagets filter/slang-set M 100 med 0,9 kvadratmeter effektiv yta uppfyller landstingets krav. Bolagets filter/slang-set M 60 har 0,60 kvadratmeter effektiv yta vilket landstinget bedömt är otillräckligt. Filter/slang-set M 100 är det filter som sedan länge används vid samtliga akuta dialysbehandlingar på intensivvårdsavdelningen. Det står bortom allt rimligt tvivel att landstinget skulle utvärdera ett filter som överhuvudtaget inte har varit acceptabelt att använda i nuvarande verksamhet. Landstingets utvärdering i tilldelningsbeslutet baserades på dialysbehandling med heparin/antikoagulation, den dialysbehandling som för närvarande används vid intensivvårdsavdelningen. Efter påpekande av bolaget, som hävdade att kostnadssammanställningen skulle grunda sig på citratbehandling eftersom denna behandlingsmetod ställts upp som ett bör-krav, justerade landstinget poängutvärderingen utifrån de i förtydligandet angivna kostnaderna för citrat-dialys inklusive två filterbyten under tre dygn. Landstinget har begärt in förtydligande från samtliga anbudsgivare avseende punkten 2.7 i kravspecifikationen för att klargöra kostnaden för citratbehandling i tre dygn. Fresenius har i sitt förtydligande angivit att det går åt ett komplett filter/slang-set CVVHD 1000 med filteryta 1,8 kvadratmeter vid start av dialysbehandling samt två filter-set. Bolaget har i sitt förtydligande angett att två filter/slang-set M 100 med filteryta 0,9 kvadratmeter, alternativ två filter/slang-set M 60 med filteryta 0,6 kvadratmeter utöver det filter/slang-set som används vid start av dialysbehandling måste bytas. Bolaget har uppgett att hela setet måste bytas vid klottning. Både Fresenius och bolaget har angett möjligheten att använda filter/slang-set i 72 timmar. Landstinget bedömer att det vid användandet av Fresenius filter/slang-set finns möjlighet att byta filter vilket innebär att ett komplett filter/slang-set samt två filter går åt vid dialysbe-

handling i tre dygn. Vid användande av bolagets filter/slang-set måste vid filterbyte hela setet bytas till stor del beroende på att filter/slang-setet är konstruerat på så sätt att enbart filterbyte inte medges. Detta resulterar i en högre kostnad per dygn för bolagets dialysutrustning. Landstinget har ingen anledning att ifrågasätta de från Fresenius inkomna uppgifterna om att filterbyte är möjligt utan att byta hela filter/slang-setet vilket resulterar i en lägre dygnskostnad vid behandling i tre dygn. – Landstinget ger in och återoppar fyra bilagor till stöd för sin talan.

Länsrätten har den 23 oktober 2009 beslutat att den aktuella upphandlingen inte får avslutas genom att avtal ingås (s.k. inhibition).

Bolaget har i yttranden till länsrätten den 3 november och den 11 november 2009 bl.a. uppgett att de vidhåller sin talan.

Landstinget har i yttrande inkommet till länsrätten den 9 november 2009 bl.a. angett att de står fast vid sin tidigare inställning.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

I 12 kap. 1 § LOU anges att en upphandlande myndighet ska 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.

En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, eller i
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar

Av 16 kap. 1 § första stycket LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Länsrätten gör följande bedömning.

Upphandlingsprocessen ska kännetecknas av att processen är förutsebar och öppen. För att anbudsgivarna ska ha samma förutsättningar vid anbudsgivningen måste förfrågningsunderlaget vara klart och tydligt och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas. De krav som föreskrivs ska vara proportionella och uppfylla de övriga EG-rättsliga principer som kommer till uttryck i 1 kap. 9 § LOU.

Bolaget har i första hand yrkat att upphandlingen ska rättas alternativt göras om med hänvisning till att förfrågningsunderlaget brister i transparens.

I detta avseende noterar länsrätten följande.

I målet är ostridigt att det i förfrågningsunderlagets avsnitt 4.3. **Utvärdering av anbud** angivits att utvärderingskriterierna *Utvärderingskrav* (1), *Praktisk utvärdering* (2) och *Totalpris (8 år)* (3) ska viktas enligt 20 % - 20 % - 40 % och att landstinget vid den faktiska poängutvärderingen viktat kriterierna 1 och 2 till 30 % vardera. Länsrätten konstaterar att det faktum att kriterierna 1 och 2 åsatts en viktningskoefficient i förfrågningsunderlaget och en annan vid den faktiska poängutvärderingen inneburit att anbudsgivarna inte kunnat förutse vilket eller vilka kriterier som skulle ha högst vikt vid utvärderingen och inte heller kriteriernas inbördes förhållande till varandra. Detta gäller särskilt mot bakgrund av att den resterande femtedelen inte fördelats proportionerligt mellan de olika utvärderingskriterierna. Landstinget har härigenom brutit mot de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om transparens och förutsebarhet. Det kan, enligt länsrättens mening, inte uteslutas att denna omständighet påverkat hur bolaget utformat sitt anbud och att bolaget härigenom lidit skada. Med beaktande av att det är fråga om ett väsentligt fel i upphandlingsunderlaget ska upphandlingen göras om. Vid denna utgång saknas skäl att pröva vad bolaget anfört gällande utvärderingen av bolagets och den vinnande leverantörens anbud.

DOMSLUT

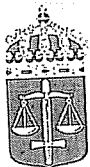
Länsrätten bifaller Gambro Lundia AB:s ansökan på så sätt att Landstinget Västmanlands upphandling avseende dialysutrustning ska göras om.

I och med detta beslut upphör länsrättens interimistiska beslut den 23 oktober 2009 att gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1a)



Kristina Jaros Åberg
rådman
jo



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm. Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

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