

LÄNSRÄTTEN I
JÖNKÖPINGS LÄN

DOM
2008-12-23
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
1740-08 E
Rotel 7

SÖKANDE

Roche Diagnostics Scandinavia AB, 556067-8194
161 26 Bromma

Ombud: Advokat Einar Wanhainen och Jur. kand. Fredrik Elmér
G Grönberg Advokatbyrå AB
Box 7418
103 91 Stockholm

KONKURRENS- OCH KONSUMENTBYRÅN	
2008-12-23/89	
Ans	
Dnr	
Dags	Aktid

MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
Inköpsavdelningen
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: advokat Lisa Stevander
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

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

Landstinget i Jönköpings län infortrade genom ett öppet förfarande den 7 april 2008 anbud avseende diabetikerhjälpmedel (dnr LK07-0447). Avtalsperioden omfattar tiden den 1 januari 2009 – den 31 december 2010, med möjlighet till förlängning i ytterligare 12 + 12 månader. Anbud kan lämnas på hela eller delar av det efterfrågade sortimentet. I fråga om utvärdering av anbuden anges i förfrågningsunderlaget bl.a. följande. De anbud kommer att antas som är de för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga enligt utvärderingsmodellen. Efter utvärdering kommer samtliga offererade produkter för respektive utvärderingsflik i "Kvalificering och utvärdering av produkt" att rangordnas efter utvärderingsmodellens begrepp "Jämförelsetal". Den produkt per utvärderingsflik med lägsta jämförelsetalet kommer att tilldelas avtal. Kriterier och viktning av dessa framgår av respektive utvärderingsflik i "Kvalificering och utvärdering av produkt". Priset utgjorde vid

Dok.Id 48400

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Ö Storgatan 33 A	036-15 65 00 E-post: lansrattenijonkoping@dom.se www.lansrattenijonkoping.domstol.se	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00

utvärderingen 40 procent och övriga kriterier 60 procent. Av övriga kriterier viktades kriterium 1 och 2 till vardera 12 procent. Uppräkningstalet angavs till 1.5. Varje produkt kan erhålla maximalt 30 poäng per kriterium (12 kriterier). I fråga om kriterium 1 anges följande. "Blodglykosmätaren bör ha genomgått SKUP-test eller motsvarande och blivit godkänd. Bifoga testprotokoll. Blodglykosmätare vilken Landstinget bedömer har uppnått bästa möjliga testresultat erhåller 30 poäng". I Utvärderingsmall för SKUP-test anges följande. "Förklaring: Vi kommer att utvärdera resultatet som redovisas under conclusion i SKUP-testet och ge följande poäng: ej godkänd/ej testad en poäng; low impression fem poäng; acceptable 20 poäng respektive good 30 poäng". Såvitt avser kriterium 2 anges följande. "Kostnadsfritt informationsmaterial på svenska om ex diabetes och att leva med diabetes i olika situationer för diabetiker och anhöriga bör finnas. Informationsmaterial/råd bifogas anbudet. Företag vilket Landstinget bedömer har det material som till fullo motsvarar vårt behov erhåller 30 poäng". I Utvärderingsmallen för informationsmaterial/råd anges följande.

Kostnadsfritt informationsmaterial/råd på svenska om exempelvis - (Se respektive kvalificering och utvärdering). Information/råd bifogas anbudet. Företag vilket Landstinget bedömer har det material som till fullo motsvarar vårt behov erhåller 30 poäng. Inget informationsmaterial ger ett poäng.

Förklaring: Vi kommer att utvärdera informationsmaterialet utifrån bredd och innehåll på följande sätt.

Bredd (=antal informationsmaterial/råd)

1 - 3 st	3 poäng
3 - 6 st	6 poäng
6 eller fler	9 poäng

Innehåll

Framgår målgrupp	1 poäng
Rätt nivå för målgrupp	2 poäng
Evidensbaserad	8 poäng
Pedagogiskt upplagd	0-7 poäng
Produktneutral	2 poäng
Utgivningsår	1 poäng

I frågningsunderlaget anges därutöver bl.a. följande. Anbudet skall vara skriftligt. Utöver det skriftliga anbudet önskar landstinget en kopia av anbud (pappersformat). Förutom det skriftliga anbudet i pappersformat önskar landstinget även erhålla kopia av anbudet i digitalt format. – ”Förklaring till utvärderingsmodellen” framgår av **bilaga 1**.

Landstinget antog Abbot Scandinavia AB Diabetes Care med produkten FreeStyle Lite som leverantör i fråga om standardmätare 1.

Roche Diagnostics Scandinavia AB (Roche) yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen görs om varvid bolagets blodglykosmätare Accu-Chek Aviva Glucose Meter tilldelas 30 poäng vid utvärderingen av mätarens SKUP-test och/eller att bolaget tilldelas nio poäng vid poängsättningen för insänt informationsmaterial. Skulle länsrätten inte förordna att bolaget ska tilldelas ytterligare poäng för SKUP-test yrkar bolaget i andra hand att länsrätten förordnar om rättelse på så sätt att utvärderingen görs om varvid Abbott Scandinavia AB:s blodglykosmätare FreeStyle Lite tilldelas 20 poäng och Bayer Helth Cares mätare Ascensia Contour Glucose 10 poäng vid utvärderingen av mätarnas SKUP-test. I sista hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om. - Länsrätten bör först pröva huruvida bolaget ska tilldelas ytterligare poäng under informationskriteriet. För det fall länsrätten finner att bolaget ska tilldelas ytterligare en eller fler poäng är det klart att bolaget vinner upphandlingen. Vid sådant förhållande bör länsrätten förordna om rättelse på så sätt att bolagets anbud ska antas. Endast om länsrätten finner att bolaget inte ska tilldelas minst en ytterligare poäng för bifogat informationsmaterial behöver länsrätten pröva frågan om utvärderingen av SKUP-testet uppfyller kraven i LOU. Eftersom det står klart att bolaget skulle ha vunnit upphandlingen om kraven avseende SKUP-testet hade formulerats tydligare behöver upphandlingen inte göras om för att det ekonomiskt mest fördelak-

tiga anbudet ska antas; det är tillräckligt att länsrätten förordnar att bolaget ska erhålla ytterligare poäng avseende SKUP-testet.

Länsrätten har förordnat att upphandlingen, såvitt avser standardmätare 1, inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Roche anför bl.a. följande. Enligt landstinget ska samtliga blodglykosmätare utvärderas enligt det s.k. SKUP-testet (Skandinavisk Utprövning för laboratorieutrustning för Primärvården). Vid ett SKUP-test testas mätarna bl.a. i en patientgrupp och resultatet presenteras i en utförlig skriftlig promemoria. Testet består av två delar. Vid den första delen utvärderas blodglykosmätaren under standardiserade och optimala förhållanden. Vid den andra delen testas mätaren av patientgruppen. Grete Monsen hos SKUP har uppgett att syftet inte är att rangordna olika produkter och SKUP rekommenderar inte andra att använda sammanfattningen för att jämföra produkter med varandra. För att göra detta måste man ha tillgång till hela underlaget för testerna. I SKUP-testet bedöms produkterna på fem olika områden, varav tre tekniska gällande säkerhet i mätvärden, stickan respektive patienternas bedömning av stickan från ett användarperspektiv. SKUP-testet innefattar inte en samlad bedömning av produkterna på så sätt att resultaten på de olika områdena kan sammanvägas till ett samlat omdöme. - Landstinget har valt att utifrån vissa ord i sammanfattningen av promemoriorna ge "ej godkända/testade" mätare en poäng, "low impression" fem poäng, "acceptable" 20 poäng respektive "good" 30 poäng. För att erhålla 30 poäng krävdes att mätaren hade uppnått "bästa möjliga testresultat". Utvärderingsmodellen förutsätter, som bolaget uppfattar saken, närmast att produkterna vid utvärderingen skulle få ett samlat omdöme. Bästa möjliga testresultat uppnås förvisso om en produkt på samtliga områden fått betyget "good"; detta ska ge 30 poäng. Poängskalan ger dock ingen ledning när det gäller poängsättningen på en produkt som har betyget "good" i de flesta kategorierna. Frågan är om denna produkt ska anses vara "good" eller "acceptable"; bästa

möjliga testresultat är det i vart fall inte fråga om. Det förefaller orimligt att en produkt som betygssatts på fem olika områden och fått "good" på fyra och "acceptable" på ett ska ges samma poäng som den produkt som fått acceptable på samtliga områden. - Vid utvärderingen tilldelades såväl Accu-Check Aviva som Ascensia Contour Glucose 20 poäng medan FreeStyle Lite tilldelades 30 poäng. Utvärderingen är antingen felaktigt utförd eller så är utvärderingsmodellen inte transparent och därmed inte möjlig att tillämpa på ett korrekt sätt. - Den totala poängsumman uppgick till 360 (12 kriterier poängsatta från 0 till 30). Accu-Check Aviva erhöll 286 poäng och FreeStyle Lite 299 poäng. Dessa poäng viktades därefter varvid Accu-Check Aviva erhöll 23,15 kvalitetspoäng (77 procent av maxpoängen) och FreeStyle Lite 25,58 kvalitetspoäng (85 procent av maxpoängen). Vid viktning utgjorde SKUP-utvärderingen och informationsmaterialet 12 procent vardera. - Roches teststickor för Accu-Check Aviva kostade 2:85 kr per sticka jämfört med Abbotts FreeStyle Lite som kostade 3:25 kr per sticka. Mot bakgrund av att den förväntade årsförbrukningen uppgår till 1 641 000 stickor skulle årskostnaden för Roches anbud uppgå till 4 676 850 kr och Abbotts Scandinavia AB:s till 5 333 250 kr. Priset skulle vid utvärderingen utgöra 40 procent och kvalitetskriterierna 60 procent, d.v.s. ett uppräknings-tal om 1,5. Roche skulle ha vunnit upphandlingen om bolaget tilldelats knappt en poäng ytterligare vid utvärderingen av SKUP-testet eller i fråga om informationsmaterialet respektive sänkt priset på teststickorna med 0:02 kr. Varje poäng i SKUP-testet eller i informationsdelen ger med den utvärderingsmodell landstinget använt ett utslag om ca 32 000 kr översatt i årsförbrukning, vilket i sig är tillräckligt för att Roche skulle vinna upphandlingen. - Accu-Check Avivas SKUP-test genomfördes 2005 och FreeStyle Lite 2007. Ascensia Contour Glucose SKUP-testades 2004. Landstinget tilldelade denna mätare 20 poäng baserat på testet, d.v.s. lika många poäng som Accu Check Aviva, trots att den mätaren uppnådde ett klart sämre resultat. Att så är fallet framgår av sammanfattningar av SKUP-testen där det bl.a. anges att Ascensia Contour Glucose testresultat efter en tids provning

inte längre uppfyller kvalitetskraven avseende "agreement with designated comparison method". Någon sådan anmärkning riktas inte mot Accu-Check Aviva. I sammanfattningen avseende Ascensia Contour Glucose återfinns inte heller ett resultat för "trueness". - Enligt förfrågningsunderlaget ska anbudsgivare även tilldelas poäng utifrån antalet informationsmaterial som anbudsgivaren skickade in till landstinget. Bolaget skickade in fler än sex olika informationsbroschyrer, vissa per post och vissa som pdf-filer per mejl, men har endast tilldelats sex poäng med motiveringen att endast broschyrer som skickades per post beaktades. - 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. Landstinget har på ett godtyckligt sätt åsatt blodsockermätarna poäng med utgångspunkt i SKUP-testerna. Landstinget har utgått från att man utifrån vissa ord i SKUP-testet med exakthet kunnat åtskilja mätarna åt. Resultatet av ett SKUP-test är emellertid beskrivande och inte exakt. Såväl FreeStyle Lite som Accu-Check Aviva har blandat tilldelats omdömena "good" och "acceptable" för olika egenskaper. En jämförelse mellan testerna av FreeStyle Lite och Accu-Check Aviva ger vid handen följande. Medan Accu-Check Aviva har en avvikelse på 5 procent avseende "repeatability CV" när produkten hanteras av patienter har FreeStyle Lite 4 procent vilket gett FreeStyle Lite betyget "good" medan Accu-Check Aviva fått "acceptable". Båda produkterna har fått betyget good i utvärderingen av "agreement with a designated comparison method". FreeStyle Lite har fått betyget acceptable när det gäller "trueness" medan man inte kan spåra att Accu-Check Aviva fått ett betyg på denna egenskap i sammanfattningen av testet. Om man studerar hela testet framgår dock att Accu-Check Aviva fått betyget "good" när det gäller "trueness" vilket alltså är ett högre betyg än FreeStyle Lite fått. Vid testet av stickorna har FreeSty-les samtliga stickor konstateras ha små men statistiskt signifikanta avvikelser medan Accu-Check Avivas avvikelser inte ansetts ha någon klinisk be-

tydelse. I övrigt har produkterna ansetts ha jämförbara egenskaper och vara "good". Om landstinget menat att man för att få högsta poäng måste ha betyget "good" i alla kategorier, så har inte FreeStyle Lite uppfyllt detta kriterium. Roche har dock uppfattat att landstinget har avsett att produkten anses vara "good" om den fått ett övervägande antal "good"; det vore ju orimligt att anse en produkt som har fler "good" än "acceptable" som bara "acceptable". I sådant fall ska FreeStyle Lite och Accu-Check Aviva anses vara likvärdiga. Grete Monsen på SKUP anser att detta är fallet och hon anser inte att det finns något skäl att mot bakgrund av testresultaten värdera det förhållandet att FreeStyle Lite hade en procentenhets bättre "repeatability" som om den produkten är 50 procent bättre än Accu-Check Aviva. Båda produkterna är enligt Grete Monsen "excellent". Till detta kommer att Ascensia Contour Glucose tilldelades lika många poäng som Accu-Check Aviva. Av Ascensia Contour Glucose SKUP-test framgår emellertid sådana betydande brister att denna mätare inte på objektiva grunder kan tilldelas lika många poäng som Accu-Check Aviva. Mot ovan angivna bakgrund står det klart att Accu-Check Aviva skulle ha tilldelats ytterligare poäng och därmed utgör det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet för landstinget. I vart fall har FreeStyle Lite och Ascensia Contour Glucose tilldelats för många poäng, varför poängtillsättning för dessa bör justeras ned. Genom att Roche inte tilldelats kontraktet har bolaget lidit skada. *Informationsmaterialet*. Av förfrågningsunderlag framgår inte att informationsmaterialet måste skickas in med vanlig post. Roche har till antalet skickat in broschyrer per post eller via mejl för vilka bolaget ska tilldelas nio poäng. Landstingets krav att endast broschyrer som skickats per post räknas kan inte utläsas av förfrågningsunderlaget och utvärderingen har följaktligen skett utifrån premisser som anbudsgivarna inte kunnat utläsa ur förfrågningsunderlaget. Detta förfarande strider mot LOU:s krav på förutsebarhet och transparens. Om Roche skulle erhålla ytterligare poäng skulle Roche vinna upphandlingen.

Landstinget anser att länsrätten ska avslå ansökan och anför bl.a. följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med LOU. Roches ansökan aktualiserar fyra frågor.

1. Kan SKUP:s terminologi i dess egen slutsats, "Conclusion" av det s. k. SKUP-testet ligga till grund för utvärderingen och poängsättningen avseende detta bör-krav?
2. Har Roche poängsatts korrekt avseende SKUP-testet?
3. Har övriga leverantörer poängsatts korrekt avseende SKUP-testet?
4. Har Roche ingivit minst sex stycken informationsmaterial med anbudet?

Landstinget har inte tagit ställning till hur många "good" som behövs för att få högsta poäng. Landstinget har istället endast tagit ställning till den samlade bedömningen i SKUP-testets "conclusion" vilket också uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget. Roches resonemang i denna del är obegripligt.

Fråga 1

SKUP är en organisation som upprättats på initiativ av svenska, norska och danska myndigheter. Organisationen har till uppgift att ta fram objektiv information om kvalitet på laborieutrustning och sedan distribuera denna information till intressenter, såsom laboratorier och myndigheter. SKUP-testerna sker på enhetligt sätt utifrån existerande riktlinjer. Produkterna bedöms i en rad olika hänseenden och en rapport sammanställs. I varje rapport finns en slutsats, "conclusion" avseende testad produkt. Produkten får därvid omdömet "low impression", "acceptable" eller "good" alternativt att produkten inte godkänns. De olika omdömena har av landstinget poängsatts i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Enligt information från SKUP, Grete Monsen, bygger "conclusion" avseende standardmätare på testresultaten avseende s.k. "precision" samt brukaromdömen. Man inkluderar inte testresultat av s.k. "accuracy", eftersom det inte finns några enhetliga krav på produkterna i denna del. De omdömen som sedan ges i "conclusion" är standardiserade, d.v.s. en produkt som fått omdömet "good" har nått bättre testresultat än en produkt som fått omdömet "acceptable" i ovan angivna avseenden. Det är enligt landstingets uppfattning fel-

aktigt att påstå att det inte går att dra några slutsatser om produkterna utifrån den slutsats som anges i SKUP-testerna. Tvärtom utförs testerna utifrån standardiserade förhållanden och en standardiserad terminologi används i SKUP:s egen slutsats avseende respektive produkt. Hur testerna utförs framgår av SKUP:s hemsida. Detta jämte det faktum att SKUP är en oberoende organisation som har som syfte att göra oberoende produkttester och sammanställa rapporter över dessa, gör att det är ändamålsenligt för landstinget att göra en bedömning av offererade produkter baserad på SKUPs slutsats avseende respektive produkt. Det är orimligt att begära att landstinget ska "överpröva" SKUP:s slutsats genom att göra en egen bedömning av varje testmoment eller annars på egen hand rangordna de leverantörer som fått samma omdöme i SKUP:s slutsats avseende respektive produkt.

Fråga 2

Under förutsättning att länsrätten finner att landstinget har agerat korrekt avseende fråga 1, menar landstinget att Roche har poängsatts på ett sätt som överensstämmer med LOU. Det framgår klart av förfrågningsunderlaget att poängsättningen grundas på sammanfattningen i SKUP-testet "conclusion" och det framgår vilken poäng som respektive sammanfallande bedömning i SKUP-testet ger vid utvärderingen. Allt detta har varit förutsebart för alla inblandande och ingen har ifrågasatt eller invänt mot förfarandet. Roches resonemang i denna del skulle innebära att det aldrig går att poängsätta lika inom ett visst intervall. Det skulle inte vara möjligt för upphandlande myndigheter att ytterligare behöva rangordna varje företag inom respektive betyg; myndigheterna har varken tid eller kompetens för detta arbete.

Fråga 3

Landstinget har vid sin utvärdering av SKUP-testet inte frångått det sätt för poängsättning som anges i förfrågningsunderlaget. Alla som i SKUP-testets sammanfattning t.ex. fått omdömet "acceptable" har fått 20 poäng o.s.v.

Fråga 4

I förfrågningsunderlaget anges att informationsmaterial/råd poängsätts utifrån bl.a. bredd, vilken i sin tur bedöms utifrån hur många informationsmaterial/råd som ges in. Informationsmaterialet ges in tillsammans med anbudet i syfte att utvärderingen överhuvudtaget ska kunna ske i denna del. Anbudet ska ges in fysiskt enligt förfrågningsunderlaget. Det finns följaktligen inte något skäl för Roche att tro att man kunde sända in sitt informationsmaterial på annat sätt än tillsammans med anbudet i förseglat kuvert. Dessutom är det så, att av de totalt femton informationsskrifter som Roche tillhandahöll landstinget, endast fyra var i sådant skick att de var möjliga att godta såsom informationsmaterial. Resterande skrifter var utkast på material som skulle kunna produceras, men som inte fanns i färdigt skick. Landstinget gjorde därvid bedömningen att anbudsgivare inte kunde få tillgodoräkna sig material, som vid tiden för anbudets ingivande inte fanns i färdigt skick och som därmed inte heller kunde bedömas rättvisande. Landstinget hade inte några garantier för att utkasten alls skulle produceras eller vilken slutlig utformning de då skulle få. Samma bedömning har gjorts avseende samtliga anbudsgivare. - Om länsrätten skulle finna att SKUP-testets terminologi i dess sammanfattning inte får läggas till grund för poängsättningen av SKUP-testet vid utvärderingen är det landstingets uppfattning att upphandlingen måste göras om.

Roche har därefter anfört bl.a. följande. I fråga om poäng för inlämnat informationsmaterial bör bolaget tilldelas två poäng för produktneutralitet och en poäng för utgivningsår. Enligt bolagets uppfattning har länsrätten tillräckligt underlag för att avgöra vilken leverantör som ska antas. Av RÅ 2002 ref. 50 framgår att kravet på affärsmässighet bl.a. medför att den utvärderingsmodell som används vid upphandlingar ska vara så utformad att den är ägnad att leda till rättvisande resultat. En upphandlande enhet får följaktligen inte skönsmässigt och efter eget huvud fastställa de kriterier som ska tillämpas vid upphandlingen. Det förhållandet att den upphandlan-

de enheten tillämpar kriterier som inte uppfyller kraven i LOU för samtliga anbudsgivare gör inte upphandlingen mer rättsenlig. *Informationsmaterial*. Samtliga 17 broschyrer har lämnats in fysisk form i samband med anbudet. Roche bestrider att endast fyra av informationsbroschyerna var i sådant skick att det var möjligt att godta dessa som informationsmaterial. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att materialet måste motsvara ett visst skick för att godtas. Någon innehållsmässig bedömning ska enligt förfrågningsunderlaget inte göras i annat avseende än i fråga om målgrupp framgår, rätt nivå för målgruppen, evidensbaserad, pedagogiskt upplagd, produktneutral och utgivningsår. "Innehållspoängen" kan tilldelas endast en gång utifrån det inlämnade materialet. En annan bedömning skulle innebära att en leverantör missgynnas av att ge in ett stort antal broschyrer. Detta betyder rimligen att poängen sätts utifrån den innehållsmässigt bästa av de broschyrer som anbudsgivaren lämnat in. Landstinget ska alltså inte ta hänsyn till huruvida samtliga broschyrer uppfyller kraven. - En egendomlighet i utvärderingsmallen är att det synes vara möjligt att erhålla 3 eller 6 poäng för tre broschyrer och 6 eller 9 poäng för sex broschyrer. Det framgår vidare av modellen bl.a. att anbudsgivarna ska tilldelas 2 poäng för produktneutralitet och 1 poäng för utgivningsår. Bolaget har lämnat in två böcker om barn och diabetes av Ragnar Hanås. Landstinget har inte tilldelat bolaget poäng avseende produktneutralitet eller utgivningsår. Dessa böcker är inte utgivna av bolaget och följaktligen produktneutrala. Av böckerna framgår även utgivningsår. Bolaget skulle därför ha tilldelats ytterligare 3 poäng för inlämnat informationsmaterial. Bolaget åberopar det informationsmaterial som getts in till länsrätten på samma sätt som det bifogats anbudet. Materialet uppfyller väl de grundkrav på informationsmaterial som kan härledas ur utvärderingsmallen. Landstingets påstående att det inte fanns några garantier för att informationsmaterialet skulle komma att framställas utgör inte skäl att frånga kriterierna i förfrågningsunderlaget. Detta uttalande är heller inte helt lätt att ta till sig. Garantier för leveranser får ju landstinget genom att träffa avtalet med den leverantör landstinget väljer. *SKUP-testet*. Lands-

tinget vill inte se det problem som ligger i utvärderingsmallen. Mallen utgår nämligen från att det ges ett samlat omdöme under "conclusion" i SKUP-testet; så är dock inte fallet. Landstingets utvärderingsmall för SKUP-test anger uttryckligen att resultatet som redovisas under "conclusions" kommer att utvärderas. Under "conclusion" ges omdömen beträffande fem olika egenskaper nämligen (1) "precision", (2) huruvida mätaren uppfyller ISO 15197 avseende "standardised and optimal measuring conditions", (3) huruvida mätaren uppfyllde ISO 15197 avseende "measurements performed by the diabetic patients", (4) att glykosresultatet i utvärderingen inte påverkas av hematokrit och (5) hur användarna bedömer användningen etc. av mätarna. Landstinget har endast utvärderat resultatet som redovisas för "precision" och underlåtit att utvärdera övriga kriterier. Hade omdömet under "conclusion" varit att en produkt bara fått ej godkänt eller bara "good" hade det inte varit något problem med poängsättningen. Frågan är dock om mallen alls kan tillämpas när en produkt får ett blandat omdöme. Med undantag av "precision" erhöll FreeStyle Lite och Accu-Check Aviva samma omdömen i utvärderingen för ovannämnda kriterier. I SKUP:s "conclusion" gällande Accu-Check Aviva anges följande. "Glucose measurements on Accu-Check Aviva have acceptable precision. The results obtained under standardised and optimal measuring conditions are within the quality goals set in the ISO-guide 15197. The measurements performed by the diabetic patients are also within the ISO-goal. The glucose results in this evaluation are not affected by hematocrit. The users say that the Accu-Check Aviva device is easy to use and that they are quite satisfied with the device." - I SKUP:s "conclusion" gällande FreeStyle Lite anges följande. "The analytical quality of FreeStyle Lite was good. The precision of FreeStyle Lite was good. The results were accurate and within the quality goal for the total error set in the ISO-guide 15197. The glucose result did not seem to be affected by hematocrit in this study. The users found the FreeStyle Lite device easy to use and they were quite satisfied with the device." - Om utvärderingsmallen ska kunna tillämpas måste man kunna tolka

och tillämpa mallen när det gäller produkter som fått blandade betyg på ett transparent och affärsmässigt sätt. - Enligt bolaget finns det två sätt på vilket utvärderingsmallen möjligen skulle kunna tillämpas med upprätthållande av de krav som LOU ställer; den exakta metoden respektive avrundningsmetoden. *Den exakta metoden.* Det första sättet att värdera är att uppfatta mallen som om andra poäng än 30, 20, 5 eller 1 kan utdelas. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget att anbudsgivarna endast kommer tilldelas 30, 20, 5 respektive 1 poäng. Det anges att anbudsgivarna kan tilldelas maximalt 30 poäng. Eftersom bolagets resultat inte kan tolkas som enbart acceptable, då 4 av 5 kriterier bedöms som "good", ska bolaget erhålla en poäng mellan 20-30. Det problem som uppkommer är att vissa omdömen under "conclusion" inte sätts i den skala som landstinget utgått ifrån. SKUP använder t.ex. inte landstingets termer vid utvärderingen av huruvida mätarna uppfyller de under punkt 4.1 angivna kraven med undantag av "precision". En mätare som uppfyller dessa krav ska få tillgodoräknas ytterligare ett "good" för varje uppfyllt kriterium. I vart fall ska Accu-Check Aviva tillgodoräknas samma antal poäng som FreeStyle Lite för kriterierna, med undantag för "precision", där mätarna erhållit likvärdiga omdömen. Detta innebär följaktligen att samtliga testade parametrar som anges under "conclusion" och inte bara omdömet för "precision" ska ligga till grund för bedömningen. Bolagets resultat måste då uppfattas som "good" och tilldelas 28 poäng; detta eftersom SKUP utvärderar bolagets mätare på bästa möjliga sätt i fyra av fem kategorier och näst bästa sätt i en kategori, (dvs. $(30 + 30 + 30 + 30 + 20) / 5$). Bolaget ska därför tilldelas ytterligare poäng för bedömningen av SKUP-testet, vilket även medför fler kvalitetspoäng. Bolagets anbud bör därför vinna upphandlingen. *Avrundningsmetoden.* Det andra sättet är att uppfatta mallen som om det är medelbetyg som anges. Med detta angreppssätt översätts omdömena till sifferbetygen 1, 5, 20 och 30. Utifrån dessa betyg räknas därefter ett medelbetyg ut. Avrundning sker därefter enligt normala avrundningsregler till det närmast liggande betyget. Vid en sådan värdering skulle bolaget få 28 i medelbetyg (dvs. $(30 + 30 +$

30 + 30 + 20) / 5) och alltså anses som sammantaget "good" och få 30 poäng. Om så blir fallet är det klart att bolaget skulle vinna upphandlingen eftersom ingen kan få högre poäng än bolaget. - Skulle länsrätten finna att bolagets tillämpning och tolkning inte är möjlig gör bolaget gällande att landstingets utvärdering med hjälp av SKUP-testet inte uppfyller de krav som följer av LOU; upphandlingen måste då göras om. - Landstinget har angett att man kommer utvärdera mätarna utifrån det resultat som anges under SKUP-testets "conclusion". Härav följer att landstinget inte har kunnat utgå endast från "precision" vid poängtillsättningen av SKUP-testet. Mätare som genomgått ett annat, men med SKUP motsvarande test, har inte utvärderats enligt SKUP:s mall. Landstingets utvärderingsmall anger inte hur dessa andra tester kommer att utvärderas. Det är därför inte möjligt för landstinget att utvärdera andra, med SKUP motsvarande, tester, på ett förutsägbart och transparent sätt. Även i detta avseende strider utvärderingsmodellen mot LOU. - Om SKUP-testet ska användas vid utvärderingen hade utvärderingen bort ske med beaktande av hela testet. Landstinget anser sig tydligen kunna dra slutsatser av SKUP-testerna som SKUP inte själv anser sig kunna göra. Enligt SKUP är FreeStyle Lite inte 50 procent bättre än Accu-Check Aviva; möjligen uppgår skillnaden till sju procent. Landstinget har inte kunnat ge någon saklig motivering till poängsättningen. Hade avsikten varit att endast poängsätta "precision" borde utvärderingen ha gällt just denna egenskap. Vid en offentlig upphandling åligger det den upphandlande enheten att ange hur anbuderna kommer att utvärderas på ett förutsägbart och transparent sätt. Anbudsgivarna ska kunna beräkna sitt anbud utifrån hur konkurrerande anbudsgivares anbud kommer att bedömas, baserat på tillgänglig information. SKUP-testet utgör sådan allmänt tillgänglig information som har haft avgörande betydelse för hur bolaget utformat sitt anbud. SKUP-testets "conclusion" kan inte ligga till grund för poängsättning av mätarna. Landstingets tilldelningsbeslut orsakar bolaget en skada om ca 20 miljoner per år i utebliven omsättning. - Bolaget hemställer att länsrätten inhämtar yttrande från SKUP Sverige angående tolkningen av

testerna. Alternativt hemställer bolaget om att länsrätten inhämtar sakkunnigt yttrande från SKUP Norge.

Landstinget har ytterligare anfört bl.a. följande. *Informationsmaterial.* Tillsammans med anbudet lämnade Roche in 15 broschyrer/underlag till broschyrer i enlighet med första avsnittet i den pärm som Roche nu ingivit i målet. Böckerna Barn och diabetes samt Typ 1 Diabetes hos barn, ungdomar och unga vuxna lämnades in, men inte som en del av efterfrågat informationsmaterial, d.v.s. böckerna utgjorde inte del av vad som utvärderades i nu aktuellt avseende, vilket även förklarar poängsättning för produktneutralitet och utgivningsår. Böckerna kan knappast heller anses utgöra sådant informationsmaterial, som landstinget fritt kan förse sina patienter med. Roche har fått poäng för Den lilla diabetigern, Hur den lilla tigern blev diabetigern, Alkohol och diabetes samt Tallriksmodellen. Övrigt material lämnades endast in i utkastform och trots särskild förfrågan från landstinget kunde Roche inte lämna in materialet i färdig form. Landstinget har vid utvärderingen endast tilldelat poäng för informationsmaterial i färdigt skick - att det senare gått i tryck, såsom Roche vill visa med det andra avsnittet i sin pärm, är inte något som landstinget kunnat ta hänsyn till. Landstinget har tillämpat principen avseende samtliga anbudsgivare, d.v.s. endast ingivet material i färdigt skick har tillgodoräknats respektive anbudsgivare. Det handlar alltså i denna del inte om en bedömning av innehållet, utan endast en bedömning i vilken mån materialet är ett färdigt informationsmaterial eller inte. Vad Roche anför om poängsättningen 3, 6 respektive 9 poäng stämmer och är ett misstag från landstingets sida. Ingen anbudsgivare hamnade i dock i "skarven", varför det inte uppstod något problem i denna del. *SKUP-testet.* Det har under hela annonseringstiden varit klart för samtliga anbudsgivare hur SKUP-testet skulle utvärderas. Ingen kan ha missuppfattat, eftersom det i den s.k. "conclusion" endast används de standardiserade omdömena som tillmätts betydelse avseende "precision". Landstinget har inte påstått att man avsett att gå igenom hela SKUP-testet, utan tvärtom

klart och tydligt angivit att man endast avsett att bedöma testen utifrån omdömet i SKUP-testens "Conclusion". Därmed kan det aldrig bli aktuellt att, såsom Roche nu gör, "hitta på" alternativa metoder för utvärdering; den "exakta metoden" eller "avrundningsmetoden". Dessa metoder har inte stöd i förfrågningsunderlaget och har inte använts av landstinget. Trots att samtliga anbudsgivare under hela anbudsprocessen känt till hur SKUP testen skulle användas, är det inte någon som ifrågasatt detta. Det är alltså först när det står klart vilket som är det vinnande anbudet, som frågan om användningen om SKUP-testet dyker upp. SKUP-testet är ett standardiserat test som använder standardiserade omdömen. Landstinget har valt att basera sin utvärdering i denna del på angivna omdömen. Detta har varit klart för samtliga leverantörer under hela processen. Landstinget har angivit vad man kommer att bedöma och vilken vikt respektive kriterium har. Detta torde landstinget ha rätt att göra. Det kan inte vara upp till leverantörerna att bestämma vilka utvärderingskriterier som landstinget ska använda sig av, så länge landstinget håller sig inom en affärsmässig ram; detta har landstinget gjort. Landstinget har öppnat för tester motsvarande SKUP-testet för att detta är affärsmässigt. Detsamma sker regelmässigt vid bedömningar av t.ex. kreditvärdighet och torde vara helt i sin ordning. Det går inte att i förväg lista hur utvärderingen av tester som landstinget inte känner till ska gå till. För det fall situationen uppstår, får en enskild bedömning göras av vad som kan anses vara motsvarande omdöme. I nu aktuell upphandling har inte situationen uppkommit. Landstinget gör gällande att SKUP-testet går att utvärdera på sätt som skett. Landstinget håller med om att olika "betyg" i SKUP-testernas Conclusions avseende "precision" inte behöver betyda att en produkt är dubbelt eller hälften så bra som en annan produkt, men landstinget har valt att vikta utvärderingskriterierna på detta sätt, vilket också har angivits i förfrågningsunderlaget. Det ligger i sakens natur att standardiserade omdömen kan innebära att en något bättre produkt får samma omdöme som en någon sämre produkt, om de befinner sig i samma spann. Enligt förfrågningsunderlaget är det endast det omdöme som anges i SKUP tester-

nas Conclusions som ska ligga till grund för utvärderingen. Detta kan rimligen inte ha missförståtts. - Om länsrätten bedömer att den behöver inhämta yttrande från SKUP, hemställer landstinget att länsrätten begär att SKUP anger huruvida dess omdömen avseende "precision" under Conclusion i SKUP testerna är standardiserade, d.v.s. huruvida t.ex. omdömet "good" regelmässigt betyder att den testade produkten erhållit ett bättre testresultat

Roche har ytterligare anfört bl.a. följande. Av förfrågningsunderlag framgår endast att kostnadsfritt informations material på svenska ska bifogas anbudet. Bolaget har bifogat anbudet 17 broschyrer/böcker. Det finns enligt förfrågningsunderlaget inte något utrymme att inte ta hänsyn till de broschyrer som landstinget efter fritt skön ansett inte vara färdiga. Landstinget har inte förmått ange i vilket avseende bolagets broschyrer inte uppfyllt de krav som ställts; anbudet kan knappast falla på papperskvaliteten. Landstinget har inte ställt krav på att broschyren ska produceras och tryckas upp innan upphandlingen vunnits; ett sådant krav är inte heller affärsmässigt. Bolaget har svårt att förstå hur landstinget kunnat dra den felaktiga slutsatsen att de böcker bolaget bifogat anbudet inte varit avsedda att distribueras kostnadsfritt. Bolaget har vid beräkningen av sitt anbud gjort bedömningen att bolaget kostnadsfritt kan förse landstinget med det bifogade materialet i enlighet med förfrågningsunderlaget. Om landstinget skulle ha tvivlat på vad bolaget avsåg med att bifoga böckerna borde landstinget ha tillfrågat bolaget av vilket skäl bolaget bifogat böcker som behandlade barn och diabetes till sitt anbud. Bolaget har således på de skäl som anförts ovan uppfyllt kriterierna för att erhålla ytterligare tre poäng för det inlämnat informationsmaterialet, två poäng för produktneutralitet och/eller en poäng för utgivningsår. *SKUP-testet*. Det framgår inte, såsom landstinget synes vilja påstå, att endast resultatet för "precision" ska ligga till grund för utvärderingen. Enligt landstinget går det inte att i förväg fastställa hur utvärderingen av ett med SKUP motsvarande test skulle genomföras. Landstinget kunde dock utan svårighet ha angett vilka krav som ställdes på ett sådant mot-

svarande test, t.ex. vad som ska framgå av testet och vilka institut som ska ha genomfört testet. Bolaget uppfattar det som om landstinget nu instämmer i att det inte är möjligt att med utgångspunkt från SKUP-testets omdöme under "precision" dra den slutsatsen att en mätare som erhåller omdömet "good" är 50 procent bättre än en som erhåller omdömet "acceptable". Det är mot denna bakgrund svårt att förstå att landstinget fortfarande hävdar att utvärderingen leder till ett proportionerligt, affärsmässigt och rättvisande resultat. Att såsom landstinget tilldela en mätare 50 procent (och rent faktiskt tio) fler poäng än en annan mätare, trots att den faktiska skillnaden numer ostridigt inte är så stor, är inte i överensstämmelse med LOU. Landstingets viktning av utvärderingskriterierna leder vare sig till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas eller att LOU:s krav på affärsmässighet uppfylls.

Landstinget har slutligen anfört följande. Det "broschyrmaterial" som Roche avsåg att få utvärderat var bifogat bolagets anbud i en separat pärm. I denna pärm fanns inte de två böcker med som Roche inte fått tillgodoräkna sig; inte heller fanns det någon hänvisning till de två böckerna. De två böckerna var endast bifogade separat till anbudet, utan att Roche angav att de skulle räknas som kostnadsfritt informationsmaterial. Landstinget har gjort samma bedömning avseende de andra anbudsgivare som skickat med böcker separat.

Roche har slutligen anfört följande. Bolaget har naturligtvis inte bifogat material till sitt anbud av någon annan anledning än att materialet skulle ligga till grund för utvärderingen av anbudet. Det har följaktligen inte funnits någon anledning för landstinget att utgå från att böckerna bifogats anbudet i annat syfte än för att utvärderas. Landstinget borde därför ha förstått att böckerna bifogats anbudet i syfte att utvärderas som informationsmaterial. Böckerna sattes på grund av platsbrist inte in i någon pärm.

DOMSKÄL

I 1 kap. 9 § LOU anges att 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.

I 16 kap. 1 § anges att en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt paragrafen. I nämnda 2 § anges att 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Vid all offentlig upphandling gäller principen om transparens vilket innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Den upphandlande myndigheten får inte utföra anbudsutvärderingen mot andra kriterier än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget. Upphandlingsprocessen ska ge anbudsgivarna möjlighet att lämna så effektiva anbud som möjligt givet förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Ett bristfälligt förfrågningsunderlag strider mot principerna om affärsmässighet och transparens (förutsebarhet och öppenhet).

Länsrätten finner att ställning först ska tas till frågan om sådana brister föreligger i förfrågningsunderlaget som medför att den upphandlande myndigheten har brutit mot bestämmelsen i 1 kap. 9 § LOU.

I förfrågningsunderlaget anges att "Blodglykosmätare vilken Landstinget bedömer har uppnått bästa möjliga testresultat erhåller 30 poäng". I utvärderingsmallen anges, såvitt avser användningen av SKUP-testet, att landstinget kommer att utvärdera det resultat som redovisas under "conclusion" och ge följande poäng: ej godkänd/ej testad en poäng; low impression fem poäng; acceptable 20 poäng respektive good 30 poäng.

Roche har gjort gällande att testet inte innefattar en samlad bedömning av produkterna på ett sådant sätt att resultaten på de olika områdena kan vägas samman till ett samlat omdöme. Enligt bolaget har företrädare för SKUP uppgett att syftet med testerna inte är att rangordna olika produkter och att SKUP inte rekommenderar andra att använda sammanfattningen för att jämföra produkter med varandra. Vid utvärderingen har endast vad som under "conclusion" redovisats i fråga om "precision" poängsatts.

Enligt landstinget är SKUP-testet ett standardiserat test som använder standardiserade omdömen. Landstinget har valt att basera sin utvärdering i denna del på angivna omdömen. Detta har varit klart för samtliga leverantörer under hela processen. Landstinget har endast tagit ställning till den samlade bedömningen i SKUP-testets "conclusion", vilket också uttryckligen anges i förfrågningsunderlaget.

Länsrätten, som inte finner skäl att företa ytterligare utredning, gör följande bedömning.

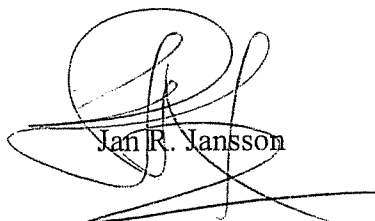
I förfrågningsunderlaget anges att landstinget kommer att utvärdera det resultat som redovisas under "conclusion" i SKUP-testet. Enligt landstinget kan därvid vid poängsättningen hänsyn endast tas till vad som anges som omdöme i fråga om "precision". Enligt länsrättens mening har förfrågningsunderlaget i denna del inte varit så klart och tydligt utformat att en

leverantör på grundval av detta kunnat utgå från att den upphandlande myndigheten vid utvärderingen skulle komma att poängsätta endast vad som anges i fråga om ”precision”. Denna brist i förfrågningsunderlag strider mot principerna om affärsmässighet och transparens (förutsebarhet och öppenhet). Vid sådant förhållande ska upphandlingen såvitt avser standardmätare 1 göras om. Vid denna utgång finns inte skäl att pröva av Roche i övrigt anförda grunder.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att upphandlingen såvitt avser standardmätare 1 ska göras om.

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


Jan R. Jansson

