



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avd. 3

DOM
2018-08-28
Meddelad i Göteborg

Mål nr
4985-18

SÖKANDE

Infiniti Medical AB, 556389-3675

Ombud: Advokaten Hampus Ek
Foyen Advokatfirma KB
Box 7229
103 89 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

Ansökan om överprövning av upphandling enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, förkortad LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

KONKURRENSVERKET	
2018-08-28	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 559208

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00

Telefax
031 - 711 78 59

E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Expeditionstid
måndag-fredag
08:00-16:00

VAD MÅLET GÄLLER

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en upphandling av Pulsoximetri (medicinskt mätinstrument som används vid mätning av syremättnaden i blodet, *förvaltningsrättens anm.*), dnr RS 2017-01944. Upphandlingen har innefattat åtta olika produktgrupper som benämnts A, B, C, D, E, F, G och Tillbehör. Av tilldelningsbeslut den 20 april 2018 framgår att Infiniti Medical AB (Infiniti) tilldelats avtal för produktgrupp A. Infinitis ansökan om överprövning gäller produktgrupperna B, C, D, E och G.

Det som förvaltningsrätten ska pröva i detta mål är om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på de grunder som Infiniti anför.

YRKANDEN M.M.

Infiniti

Infiniti ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen, såvitt avser produktgrupperna B, C, D, E och G, får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att VGR vid ny anbudsutvärdering antar Infiniti som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Infiniti yrkar i andra hand att upphandlingen måste göras om såvitt avser produktgrupperna B, C, D, E och G. Infiniti anför i huvudsak följande. Vinnande anbudsgivare har inte uppfyllt följande obligatoriska krav:

- Krav B 13, C 14, D 14, E 11 och G 12: Anbudsgivare ska ange antalet våglängder som används för att säkerställa mätvärde. Den vinnande anbudsgivaren har angett ljusvåglängder vilket inte besvarar ställd fråga. Anbudet är därmed orent. VGR har i Frågor och svar förtydligat att anbudsgivaren ska ange hur många algoritmer/filter man använder sig av för att säkerställa mätvärdet. VGR har tydligt angett att informationen begärs och inte att det

skulle vara valfritt för anbudsgivaren att lämna informationen. Att VGR inte har efterfrågat antalet ljuslängder har även bekräftats genom Frågor och svar.

- Krav C 15: Anbudsgivare ska ange vilken typ av teknik som kan användas, t.ex. Nellcor, Masimo etc. Vinnande anbudsgivare har angett att den endast kan integreras med övriga Viamed produkter.
- Krav C 21 och E 18: Apparaten ska tåla fall från minst en meter. Vinnande anbudsgivare har angett vilken fallhöjd apparaten tål med ett skyddshölje. Anbudsgivaren har besvarat kravet genom att föra in en ny förutsättning vilket ska ses som en reservation. VGR har medgett att det varit valfritt för anbudsgivaren att tolka kravet på olika sätt. Tolkingsmöjligheterna medför att förfrågningsunderlaget har brustit i transparens. Om VGR hade underlåtit att ställa s.k. ”informationskrav” hade Infiniti kunnat överväga att offerera andra produkter i upphandlingen som inte mötte de ställda icke-kraven.
- G 8: VGR har ställt ett obligatoriskt krav på att offererad produkt ska ha en noggrannhet på max +/- 3 procentenheter alternativt +/- 2 siffror samt att anbudsgivaren ska ange avvikelse för olika nätområden. Vinnande anbudsgivare har inte besvarat ställd fråga. Anbudet saknar efterfrågad uppgift och är därmed orent.

Det följer av rättspraxis att anbud som inte möter uppställda krav eller inte innehåller efterfrågade uppgifter ska regelmässigt förkastas. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att en förutsättning för att förfrågningsunderlaget ska kunna fylla sin konkurrensuppsökande funktion är att potentiella leverantörer kan lita på att obligatoriska krav upprätthålls under hela förfarandet (se Högsta förvaltningsdomstolens avgöranden i mål nr 555-15 och 2691-15). VGR har utformat förfrågningsunderlaget samt Frågor och svar på ett sätt som strider mot likabehandlings- och transparensprincipen. Såvitt avser begreppet ”ange” är det en ren uppmaning till anbudsgivarna, av förfrågningsunderlagets stycke 1.2.4. framgår att det

rör sig om en begärd uppgift. Tolkningmöjligheterna medför att förfrågningsunderlaget har brustit i transparens och Infiniti hindrats från att lämna sina mest konkurrenskraftiga anbud. Infiniti skulle ha tilldelats kontrakt för de aktuella områdena och därmed har bolaget lidit skada eller riskerar att lida skada.

VGR

VGR anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. VGR anser att vinnande anbudsgivare har uppfyllt ställda krav varför det saknas skäl att medge Infinitis yrkande om rättelse. Med hänsyn till att förfrågningsunderlaget har varit tillräckligt tydligt för att anbudsgivarna ska kunna skaffa sig en bild utav vad som efterfrågas saknas det skäl för att medge Infinitis yrkande om att upphandlingen ska göras om.

VGR har under krav B 13 i Kravspecifikationen uttryckt följande ”ange antal våglängder som används för att säkerställa mätvärde.” I påföljande kolumn i samma dokument har VGR fyllt i ett kryss (x) för de krav som utgör obligatoriska krav. För kravet i rad B 13 finns inget kryss ifyllt utan där har VGR i stället skrivit ordet ”ange” i kolumnen. Under punkten 1.2.4 ”Obligatoriska krav” i Anbudsinbjudan framgår att kravspecifikationen innehåller ordet ”ange” och att detta är inget obligatoriskt krav eller utvärderingskriterium, utan endast information som VGR begär. Kravspecifikationen innehåller således även krav som varken utgör ett ska- eller bör-krav. Det handlar då istället om information som VGR efterfrågar och som inte har någon betydelse för kvalificeringen eller utvärdering av anbudsgivarens anbud. Med hänsyn till att det rör sig om en form av ”informationskrav” kan inte dessa krav ligga till grund för en uteslutning av en anbudsgivare. På samma grund utgör inte kraven C 14, D 14, E 11 och

G 12 ett obligatoriskt krav. Det har därmed inte utgjort vare sig ett kvalificerings- eller utvärderingskrav och kan inte heller ligga till grund för diskvalificering av en anbudsgivare.

VGR har i krav C 15 uttryckt följande ”ange vilken typ av teknik som kan användas, t.ex. Nellcor, Masimo etc.” Vinnande anbudsgivare har angett att deras produkt kan integreras med övriga produkter från Viamed. Detta svar innebär att anbudsgivarens produkt endast kan användas tillsammans med anbudsgivarens egna teknik och inte med andra externa produkter. VGR får härmed konstatera att det inte handlat om ett obligatoriskt krav som måste vara uppfyllt för att anbudsgivare ska kunna kvalificeras och att det svar som anbudsgivaren lämnat är fullt godkänt. Det föreligger således ingen grund för att diskvalificera någon anbudsgivare på denna grund.

VGR har i krav C 21 och E 18 ställt ett obligatoriskt krav på att offererad produkt ska tåla fall från minst en meter, anbudsgivaren ombeds att ange höjd. En anbudsgivare har lämnat uppgift om vilken fallhöjd produkten klarar med skyddshölje. VGR har i kravet inte uttryckt något kring om uppgiften ska redovisas med eller utan skyddshölje. Det ska därtill noteras att de flesta produkter inom aktuellt produktområde levereras med skyddshölje samt att VGR endast använder produkter med skyddshölje. Inifiniti har svarat på kravet genom att ange ”1 meter” vilket inte anger om det är med eller utan skyddshölje. Mot bakgrund av att VGR själva använder produkten med skyddshölje har det i kravet inte funnits skäl att efterfråga maximal fallhöjd utan skyddshölje, varför det varit valfritt för anbudsgivarna att beakta detta.

VGR har i krav G 8 ställt ett obligatoriskt krav att offererad produkt ska ha en noggrannhet på max +/- 3 procentenheter alternativt +/- 2 siffror samt att anbudsgivaren ska ange avvikelse för olika mätområden. Ett mätområde kan avse en syresättning mellan 70 - 100 procent hos en patient. Om offererad

produkt inte har några avvikelser inom mätområdet 70 – 100 procent behöver alltså anbudsgivaren inte ange något annat än att bekräfta att produkten har en sådan noggrannhet som anges i kravet. Detta är också vad vinnande anbudsgivare har gjort genom att bemöta kravet med ett ”ja” för att det uppfylls. Även Infiniti har bemött det aktuella kravet med ”ja” och därefter angett att det inte finns några avvikelser inom det aktuella mätområdet. Detta är därmed samma svar som vinnande anbudsgivare har lämnat.

Som Förvaltningsrätten i Göteborg kommit fram till i sin dom i mål nr 7267-17 så kan inte ett informationskrav ligga till grund för vare sig en möjlighet eller en skyldighet för upphandlande myndighet att utesluta en anbudsgivare utifrån vad de har lämnat för svar på ett sådant krav. Då samma förhållande råder i nu aktuell överprövning menar VGR att den kvalificering och utvärdering som VGR har gjort är korrekt.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Upphandlande myndigheter ska 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 (4 kap. 1 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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 har gjorts (20 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

En av de grundläggande principerna i LOU är att anbud som inte uppfyller upphandlingsdokumentets obligatoriska krav, så kallade ska-krav, inte ska beaktas vid utvärderingen. Krav som anges i upphandlingsdokumentet måste således vara uppfyllda för att den upphandlande myndigheten ska kunna pröva anbudet. Den upphandlande myndigheten får inte heller ändra eller bortse från ställda krav eftersom förfarandet då skulle strida mot likabehandlingsprincipen och principen om öppet förfarande.

Infiniti har anfört att upphandlingsdokumentet brister i transparens då det inte tydligt framgår vad som utgör obligatoriska krav i upphandlingen.

Av anbudsinbjudan framgår att de obligatoriska kraven delas in i tre områden. Krav som föregås av ordet ”ska” utgör obligatoriska krav. Kravspecifikation för respektive produktgrupp som innehåller ordet ”ange” är inte ett obligatoriskt krav utan endast information som VGR efterfrågar. Formuleringarna i upphandlingsdokumentet kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses ge utrymme för olika tolkningar avseende vad som är ett obligatoriskt krav i upphandlingen. Förvaltningsrätten anser därmed att upphandlingsdokumentet varit tillräckligt tydligt och transparent för att en normalt omsorgsfull och rimligt informerad anbudsgivare har kunnat förstå de ställda kraven. Med hänsyn till att förvaltningsrätten bedömer att det inte är fråga om ett obligatoriskt krav saknas det betydelse om vinnande anbudsgivare har lämnat ett godtagbart svar. VGR har därmed varken haft möjlighet eller skyldighet att avseende punkterna B 13, C 14, C 15, D 14, E 11 och G 12 utesluta vinnande anbudsgivare på av sökanden angiven grund.

Det är den upphandlande myndigheten som i första hand har att kontrollera att ställda krav i upphandlingsdokumentet är uppfyllda och att utvärdera anbudet. VGR anser att anbudsgivarna lämnat tillfredsställande svar vad

avser exempelvis produktens fallhöjd och antalet våglängder.

Förvaltningsrätten anser att den upphandlande myndigheten bör i regel ges relativt stor frihet att göra egna bedömningar. Med beaktande härav anser förvaltningsrätten att det inte är visat annat än att anbudsgivarna lämnat godtagbara svar varför det saknats grund att diskvalificera någon anbudsgivare på denna grund.

Sammanfattningsvis konstaterar förvaltningsrätten att vinnande anbudsgivare i de nu överprövade produktgrupperna har uppfyllt ställda krav varför det saknas skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund. Inte heller bedöms förfrågningsunderlaget vara så otydligt att det finns skäl för ingripande enligt LOU i denna del. Infiniti har inte visat att VGR har överträtt någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. Det saknas således skäl för ingripande enligt LOU. Ansökan ska därför avslås.

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

Kristian Karlemon
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Sandra Andersson.



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 prövnings-tillstånd 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.