



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
2013 -05- 2 8
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 3444-13

KONKURRENSVERKET	
2013 -05- 2 9	
Awd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Abbott Scandinavia Aktiebolag, 556046-6137
 Box 1498
 171 29 Solna

Ombud: advokat Tomas Kjellgren och jur.kand. Anna Lapinska
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711
 111 87 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Abbott Scandinavia Aktiebolags ansökan om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 156436

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: forvaltningsrattenimalmo@dom.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne genomför upphandling benämnd Reagens och instrument för STI analys av 3 agens (dnr 1201348). Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU. Enligt tilldelningsbeslut den 27 mars 2013 ska uppdraget tilldelas Gen-Probe Sweden AB (Gen-Probe).

YRKANDE OCH INSTÄLLNING

Abbott Scandinavia Aktiebolag (Abbott) begär överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Region Skåne bestrider bifall till ansökan.

OMSTÄNDIGHETER TILL STÖD FÖR ANSÖKAN OCH BESTRIDANDE

Abbott anför till stöd för sin ansökan i huvudsak följande. Region Skåne har vid genomförande av upphandlingen brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. *Abbott* har till följd härav lidit eller riskerat att lida skada.

Region Skåne har riktat två utslagsgivande bör-krav efter viss leverantörs förmåga att leverera, genom vars försorg denna leverantör ges en otillbörlig konkurrensfördel i upphandlingen. Detta är inte förenligt med LOU. Region Skåne har vidare i strid med LOU ändrat utvärderingsmodellen under upphandlingens gång.

Av kravspecifikationen framgår de 47 utvärderingskriterier, s.k. bör-krav, som Region Skåne uppställt. Varje utvärderingskriterium har en fastställd maxpo-

äng som varierar mellan 2 och 40 poäng. Om ett visst krav inte uppfylls till fullo medför detta ett fiktivt prispåslag på offererat pris. Lämnade anbud måste uppnå minst 70 procent av högsta möjliga poäng för börkravuppfyllelse, dvs. 248 av 354 möjliga poäng.

I upphandlingen uppställs ett bör-krav, krav 3.3, gällande att kontinuerlig laddning av prov under drift bör finnas. Uppfyllelse av bör-kravet utvärderas enligt följande: Kontinuerlig laddning av > 6 batcher med totalt > 110 prov per instrument = 40 poäng, Kontinuerlig laddning av 4 - 6 batcher med totalt > 110 prov per instrument = 20 poäng, Kontinuerlig laddning av 2 - 3 batcher med totalt > 110 prov per instrument = 10 poäng, Ingen kontinuerlig laddning eller < än 2 batcher eller < 110 prov = 0. Bristande kravuppfyllelse kan medföra ett maximalt prispåslag om 354 049 kr. Endast detta bör-krav har givits en så hög viktning. Det framgår av utvärderingsrapporten att endast Gen-Probe fullt ut har kunnat uppfylla kravet på kontinuerlig laddning och därmed som enda anbudsgivare erhållit 40 poäng. Abbott erhöll 0 poäng och belastades av ett prispåslag om 354 049 kr.

Region Skåne har vidare uppställt ytterligare ett bör-krav, kravet 2.24 att analysinstrument ska kunna laddas med fyra olika assays för att erhålla högsta möjliga poäng, vilket är 20 poäng. Ju fler assays som analysinstrumentet kan laddas med ju högre poäng kan anbudsgivaren erhålla. Om kravet inte kan uppnås mister anbudsgivaren 20 poäng och dennes anbud belastas med 177 024 kr. Endast Gen-Probe har fullt ut kunnat uppfylla detta bör-krav och har därmed som enda leverantör erhållit 20 poäng. Abbot erhöll 5 poäng och anbudet belastades med ett prispåslag om 132 768 kr.

Kraven i 3.3 och 2.24 har en direkt utslagsgivande effekt både med hänsyn till påverkan på prisutvärderingen och, i händelse av att andra bör-krav inte uppfylls, att spärren för börkravsuppfyllnad inte möts. Både Abbott och Roche har blivit uteslutna i upphandlingen då bolagen inte kunnat nå den nämnda

kvalitetsspärren. Region Skåne har utformat förfrågningsunderlaget med utgångspunkt i vad en specifik leverantör kan erbjuda utan giltiga skäl härför. De skäl som Region Skåne anför till stöd för att man riktat kriterierna efter en viss leverantör är, såvitt Abbott förstår, grundad i en förhoppning att sänkta personalkostnader kan uppstå. Sådana allmänt hållna och ej verifierbara skäl kan inte på något sätt anses uppväga den negativa konkurrensnedvridningen som förfrågningsunderlaget ger upphov till. Abbott ifrågasätter inte den uppställda kvalitetsspärrens tilltänkta funktion utan dess faktiska verkan vid utvärderingen. Kombinationen av ovan nämnda bör-krav och den uppställda kvalitetsspärren kan inte anses förenlig med proportionalitetsprincipen. Kraven kan endast uppfyllas av en enda leverantör. Då bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet måste upphandlingen göras om.

Vidare kan vid jämförelse av utvärderingsmodellen och upphandlingsrapporten konstateras att det prispåslag som anbudsgivare erhåller vid icke-kravuppfyllelse är mer än två gånger högre i upphandlingsrapporten än i den ursprungliga utvärderingsmodellen. Detta måste anses stå i strid med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. Att det är faktiska siffror som redovisas i upphandlingsrapporten säger sig självt. Det är den betydande ändring av prispåslaget per utvärderingskriterium som inte kan anses förenligt med LOU.

Region Skåne anför till stöd för sitt bestridande bl.a. följande. Upphandlingen står inte i strid med LOU eller de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. Vad Abbott anfört visar inte heller att bolaget lidit eller kan komma att lida skada. Region Skåne anser att förfrågningsunderlag och bör-krav 3.3 och 2.24 uppfyller gällande krav på transparens och likabehandling av anbudsgivare. Kvalitetsspärren är mot bakgrund av syftet med kraven i upphandlingen proportionerlig. Spärren har bedömts nödvändig för att ge förutsättningar för att uppnå hög analyskvalitet och användarvänlighet. Spärren är nödvändig för att uppnå syftet med upphandlingen, relevant för föremålet

för upphandlingen och därmed förenlig med proportionalitetsprincipen. Region Skåne har inte ändrat utvärderingsmodellen under upphandlingen. Förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen uppfyller gällande krav.

Region Skåne bestrider att kravspecifikationens utformning gynnar viss leverantör. Utvärderingsmodellen är utformad utifrån objektiva kriterier och verksamhetens behov. Det bestrids att förfrågningsunderlaget är utformat för att tillmötesgå Gen-Probe och under alla omständigheter bestrids att syftet med utvärderingsmodellen och resultatet av utvärderingen hade kunnat konstrueras med en på förhand given och bestämd precision så att vissa anbudsgivare skulle förväntas uppfylla kraven. För att exemplifiera att Region Skåne inte gynnat viss leverantör i utförandet av kravspecifikationen kan nämnas att det finns fem bör-krav där Abbott men inte Gen-Probe tilldelats poäng. För dessa krav har Abbott erhållit 32 poäng medan Gen-Probe fick 0 poäng. Vidare fanns tre andra bör-krav där Abbott fick högre poäng än Gen-Probe. Region Skåne vill förtydliga att Abbott inte uteslutits ur upphandlingen då bolaget klarat såväl kontroll mot kvalificeringskriterier som uppställda skall-krav, men därefter under utvärderingen erhållit lägst poäng.

Bedömningen vid framtagande av kravspecifikationen var att 3.3. var ett viktigt krav, både ur ergonomiskt, personalmässigt och flödesmässigt perspektiv. Om kravet i 3,3 uppfylls till fullo skulle verksamheten kunna spara in en eller två personalresurser jämfört med att ha ett batchberoende system á 96 prov åt gången som inte går att ladda kontinuerligt. Det nya systemet beräknas innebära stora kostnadsbesparingar. Även bör-kravet i 2.24 är ett mycket viktigt krav. Ett system som har plats för många olika reagenser kan laddas med prov där man avser utföra olika analyser. Utan denna flexibilitet låser man systemet till bara en analys, varför övriga prov får vänta.

Region Skåne bestrider att dels att utvärderingsmodellen ändrats dels att Region Skåne vid utvärderingen av anbuden gått ifrån fastställd utvärderingsmo-

dell. I annonserat underlag har, till skillnad från i upphandlingsrapporten, fiktiva siffror angetts som exempel för att beskriva hur modellen fungerar. I upphandlingsrapporten redovisas de faktiska siffror som inkom i anbudet.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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. Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrätten konstaterar att Abbott gör gällande att Region Skåne brutit mot LOU genom att använda ett förfrågningsunderlag och en utvärderingsmodell som gynnar en viss leverantör och begränsar konkurrensen på ett omtiverat sätt. Abbott gör vidare gällande att Region Skåne i strid med LOU ändrat utvärderingsmodellen under upphandlingens gång eftersom det prispåslag som anbudsgivare erhållit vid icke-kravuppfyllelse är mer än två gånger högre i upphandlingsrapporten än i den ursprungliga utvärderingsmodellen.

Av utvärderingprotokollet framgår att för kravet 3.3 har Gen-Probe tilldelats 40 poäng, Abbott 0 poäng och Roche 10 poäng, vilket innebär att även Roche har kunnat uppfylla kravet på kontinuerlig laddning av prov under drift, dock med ett lägre antal batcher än vad Gen-Probe erbjudit. För kravet 2.24 har Gen-Probe erhållit 20 poäng motsvarande fyra olika assays, Abbott 5 poäng

motsvarande två olika assays och Roche 12 poäng motsvarande tre olika assays.

Det kan således visserligen konstateras att av de tre anbudsgivarna i aktuell upphandling är det endast Gen-Probe som erhållit full poäng för de angripna kraven. Förvaltningsrätten anser dock att denna omständighet, eller vad Abbott i övrigt anfört och åberopat, inte utgör grund för att hävda att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen är utformade på ett sätt som strider mot likabehandlingsprincipen eller proportionalitetsprincipen eller av annan anledning är oförenligt med LOU. Med hänsyn härtill och då Abbott inte heller i övrigt visat att Region Skåne i det aktuella upphandlingsförfarandet brutit mot LOU på ett sätt som medfört att Abbott lidit eller riskerat att lida skada, föreligger inte grund för ingripande mot upphandlingen. Abbotts ansökan ska därför avslås.

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



Madeleine Westberg

Lena Palmér har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. 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 angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1B LOU