

**LÄNSRÄTTEN I
UPPSALA LÄN**

DOM
2009-03-03
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
2434-08 E

SÖKANDE

Caresia AB, 556606-0132
Sollidenvägen 8
236 42 Höllviken

MOTPART

Uppsala kommun
Varuanskaffningsenheten
753 75 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Uppsala kommuns upphandling avseende köp av medicintekniska produkter, tilldelningsbeslut den 9 december 2008
Dnr 2008-025

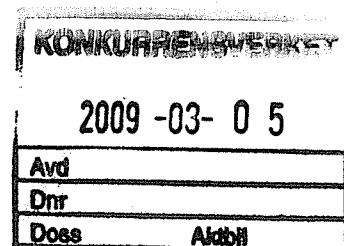
SAKEN

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

LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE

Länsrätten avslår Caresia AB:s ansökan om överprövning.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut meddelat den 19 december 2008.



Dok.Id 41962

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-16 73 00
E-post: lansrattenuppsala@dom.se

Telefax
018-16 73 43

Expeditionstid
måndag – fredag
08:30-16:25

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Uppsala kommun, UTS Varuanskaffningsenheten, (kommunen) inbjöd den 15 augusti 2008 till att lämna anbud på köp av medicintekniska produkter, dnr 2008-025. Upphandlingen genomfördes i form av en öppen upphandling. Caresia AB (Caresia) ansöker den 18 december 2008 hos länsrätten om överprövning av upphandlingen. Länsrätten beslutade den 19 december 2008 att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten beslutar något annat.

Caresia yrkar i ansökan om överprövning att länsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om alternativt att rättelse ska ske. Som grund för begäran om överprövning anför *Caresia* bland annat följande. I förfrågningsunderlaget har den upphandlande myndigheten efterfrågat anbud avseende bland annat överflyttningsplattformar, avseende vilka *Caresia* har lämnat anbud. I kravspecifikationen för överflyttningsplattformar, p 22 i förfrågningsunderlaget, efterfrågas om produkten klarar belastningar över 150 kg. *Caresia* har angett 150 kg som max brukarvikt enligt utförda tester av Hjälpmedelsinstitutet i Köpenhamn, testinstitut för Skandinavien. *Caresia* har därmed fått noll poäng. Den vinnande produkten av fabrikket Return 7500, Romedic AB (Romedic), anger i sin brukarmanual 150 kg som max statisk belastning och skulle rimligen därmed också erhålla noll poäng i utvärderingen oavsett om de angett ett icke korrekt svar. Romedic har emellertid fått två avgörande poäng. *Caresia* har uppmärksammat kommunen på detta men den har valt att inte kontrollera de uppgifter som lämnat. *Caresia* menar att detta är en avgörande säkerhetsfråga för brukare och personal varför kommunen har en skyldighet att kontrollera Romedics uppgifter. *Caresia* har informerat kommunen om att den dynamiska maxbelastningen vid en angiven statisk maxbelastning på 150 kg sannolikt kommer att vara mindre.

Caresia anför vidare att kommunen inte korrekt har angivit det slutliga priset på offererade produkter. I kravspecifikationen för överflyttningsplattformar, punkt 26 i förfrågningsunderlaget, efterfrågas att produkten bör ha en säkerhetsanordning som förhindrar fall. Caresia offererade en sådan anordning inkluderad i priset. Kommunen har efter påtalan från Caresia reducerat det av Caresia offererade priset med priset för dess säkerhetsanordning. Caresia hävdar emellertid att prisjämförelsen mellan Caresias produkt och Romedics produkt ska göras med priset för säkerhetsanordningen inkluderad. Oaktat att kommunen angivit detta som ett bör-krav hävdar Caresia att överflyttningsplattformar överlag inköpes med en sådan säkerhetsanordning. Caresia menar att kommunen genom sina tidigare köp av Romedics produkt kan och bör visa att antalet inköpta säkerhetsanordningar minst motsvarar antalet inköpta överflyttningsplattformar.

Caresia önskar vidare få klarlagt och redovisat hela händelseförloppet av hur, av vilka skäl och av vem kravspecifikationerna gällande vridplattor publicerade i förfrågningsunderlaget blivit ändrade så att en tredje och slutlig version av kravspecifikationen för vridplattor kom att gälla. I första och andra kravspecifikationen för vridplattor under punkt 12 fanns ett skallkrav där produktens utformning skulle omöjliggöra att man kör den med brukaren. Detta säkerhetskrav som också ställts av andra upphandlande myndigheter, till exempel av Västra Götalandsregionen, har helt tagits bort och således inte ens kvarstått som ett bör-krav i den tredje versionen.

Slutligen anför Caresia att förfrågningsunderlagets redovisning av utvärderingen av anbud inte kan anses uppfylla kravet på förutsägbarhet.

Kommunen bestrider bifall till Caresias ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Det synes vara ostridigt att sökanden i sitt anbud uppgivit att den inte uppfyller kravet att produkten bör klara en brukarvikt över 150 kg, varemot den vinnande leverantören Romedic uppgivit att den

klaras kravet. Kommunen har naturligtvis utgått från att de uppgifter som anbudsgivarna lämnat i sina anbud är korrekta och någon skyldighet att närmare undersöka uppgifterna i nämnda avseende föreligger inte. För genomdrivande av sökandens påstående om att Romedic inte uppfyller nämnda krav har kommunen begärt ett förtydligande av Romedic som i ett e-postmeddelande av den 15 januari 2009 vidhållit att produktens brukarvikt med råge klarar 150 kg.

Under rubriken "Funktionell utvärdering" i förfrågningsunderlagets kravspecifikation punkt 26 anges att det bör finnas en säkerhetsanordning för att förhindra fall för brukaren. Det är således fråga om ett bör-krav. För att priserna ska bli jämförbara i utvärderingen kan inte bör-kravet om säkerhetsanordningen ingå i prisutvärderingen. Det framgår inte av Caresias anbud att produktpriset även omfattar säkerhetsanordningen varemot Romedic i sitt anbud angivit priset exklusive säkerhetsanordningen. Detta har sedermera inte visat sig vara fallet. Det oaktat gör kommunen gällande att Romedic skulle ha vunnit upphandlingen även för det fall de hade "nollställt" Caresias pris.

Caresia anför i huvudsak följande i yttrande den 21 januari 2009. I bruksanvisning avseende produkten Return 7500 framgår klart att maxvikten för produkten är 150 kg. Romedic har liksom andra leverantörer en skyldighet att registrera produkten hos Läkemedelsverket och utföra CE-märkning i enlighet med klass 1-produkter i LVFS 2003:11. I förfrågningsunderlaget hänvisas också till LVFS 2003:11. Sådan CE-märkning ska också innefatta en maxgräns. Även här anger Romedic 150 kg. Samma maxvikt anges i säljdokumentation. Eftersom Romedic dessutom anger att 150 kg är en statisk maxgräns, är sannolikt den dynamiska maxgränsen lägre. *Caresia* finner det anmärkningsvärt att Romedic i sitt förtydligande till kommunen avseende produktens maxgräns gör åtskillnad på normal brukare och personer med specialistkompetens. Skulle denna tolkning råda frångås all

praxis och överlåter fri tolkning av maxvikten. Något som skulle skapa en stor säkerhetsrisk. Av förfrågningsunderlaget framgår inte att produkterna ska offereras till olika användarkategorier. Kommunen hävdar att den måste lita på leverantörernas uppgifter. När Caresia har uppmärksammat kommunen på en viktig säkerhetsaspekt anför Caresia att det är kommunens skyldighet att i detalj kontrollera uppgifterna. Om kommunen inte anser sig ha kompetens att tolka svaret från Romedic, finns möjlighet att inhämta sådan kompetens från en oberoende instans, till exempel Hjälpmedelinstitutet och Läkemedelsverket.

Beträffande priset avseende säkerhetsanordningen, anför Caresia att den faktiska kostnaden för kommunen bör ligga till grund för utvärderingspriset. I sådant fall har Caresia ett avsevärt lägre pris. Caresia hävdar att den aktuella produkten som kommer att användas av många olika brukare/patienter högst sannolikt alltid utrustas med denna säkerhetsanordning. Detta anför Caresia också styrks av Romedics starka rekommendation i dess säljdokumentation. Caresia anför att kommunen genom förd statistik över tidigare överflyttningsprodukter av fabrikatet Return 7500 i förekommande fall har möjlighet att visa om så inte är fallet. En sådan redovisning kommer att visa den faktiska kostnaden.

Vidare anför Caresia att upphandlingen skedde i form av en öppen upphandling, enligt vilket förfarande överläggningar/konsultationer med anbudsgivare inte ska ske. Caresia har inte under gängse rubrik "Frågor och svar" publicerade av kommunen kunnat följa händelseförloppet i ändringarna av kravspecifikationerna. Caresia utgår från att dessa ändringar är väl dokumenterade och begär därför redovisning av processen för att på så sätt skapa transparens i ändringsförfarandet.

Kommunen anför i huvudsak följande i yttrande den 12 februari 2009. Kommunen vidhåller sin inställning såsom den tidigare redovisats. När det

gäller dokumentationen av de ändringar som skett av kravspecifikationerna, har dessa redovisats i Allego så att samtliga intresserade leverantörer kunnat ta del av dessa. Den enda kommunikation som förevarit med leverantörer under anbudstiden har varit med just Caresia. Som ett resultat av detta har justeringar skett i kravspecifikationerna som finns redovisade i Allego. Det sagda innebär att kommunen inte brutit mot transparensprincipen eftersom samtliga leverantörer som anmält sitt intresse fått samma information om den aktuella upphandlingen vid samma tidpunkt.

Caresia anför i huvudsak följande i yttrande den 18 februari 2009. E-mailkorrespondensen mellan kommunen och Caresia är korrekt återgiven. Anledningen till denna var att kommunen i kravspecifikationen för överflyttningsplattformar angivet skall-kravet att produktens utformning ska omöjliggöra att man kör brukaren på den. Produkten ska vara utrustad med låsbara hjul. Överflyttningsplattformar är just till för att köra brukaren på så därför påtalades denna motsägelsefulla skrivning av Caresia. Kommunen tog därefter bort denna skrivning på överflyttningsplattformar, uppseendeväckande nog också gällande vridplattor. Eftersom det är allmänt känt att vridplattor felanvändes på detta sätt menar vi att detta skall-krav var berättigat gällande vridplattor. Caresia anför att händelseförloppet bakom borttagande av en viktig säkerhetsfunktion inte är transparent. Caresia anför vidare att kommunen ska åläggas att redovisa de protokoll, mötesanteckningar, skriftliga noteringar och övriga händelser som ligger till grund för borttagandet av skall-kravet gällande vridplattor. I övrigt vidhåller Caresia sin inställning och argumentation som redovisats i tidigare yttranden. Caresia önskar avslutningsvis åter understryka att det handlar om produkt-säkerhet och i förlängningen säkerheten för personal och brukare/patienter.

SKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU stadgas 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 12 kap. 1 § första stycket LOU stadgas 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.

I andra stycket stadgas följande. 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. I tredje stycket stadgas följande att en upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 12 kap. 2 § första stycket LOU stadgas följande. Den upphandlande myndigheten ska 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 ett intervall med en lämplig största tillåtna spridning. I tredje stycket stadgas att 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU stadgas att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. I andra stycket stadgas följande. Vid direktupphandling får en ansökan enligt första stycket inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett avtal om upphandlingen. I tredje stycket stadgas följande. Vid tillämpningen av ett annat förfarande än som avses i andra stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar har gått från det att

1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller
2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

I 16 kap. 2 § LOU stadgas följande. 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.

Utredningen i målet

I ”Inbjudan att lämna anbud, Köp av medicintekniska produkter” den 15 augusti 2008 från Uppsala kommun, UTS Varuanskaffningsenheten, anges bland annat följande i avsnitt 2, Anbudsprövning, punkt 2.2 Kvalificering av anbudet. Inkomna anbud från kvalificerade leverantörer kommer att utvärderas i två steg:

- a) Kvalificering av anbudet gentemot tekniska, kommersiella och administrativa krav och villkor.
- b) Utvärdering av anbudet enligt angiven modell och kriterier.

I avsnitt 2, Anbudsprövning, punkt 2.3, Utvärdering av anbudet enligt angiven modell och kriterier anges följande. Det/de totalekonomiskt mest fördelaktiga anbudet/anbuderna kommer att välja med hänsyn tagen till nedanstående urvalskriterier, som är viktade och angivna i prioriterad ordning.

- Pris 50 %
- Bör-krav enligt kravspecifikation 50 %

Principen för poängberäkning urvalskriterierna kommer vid utvärderingen att poängsättas 1-5, där 5 motsvarar det bästa erbjudandet. Den därvid erhållna poängen multipliceras därefter med respektive urvalskriteriums viktprocent. Priset värderas på så sätt att lägst totalpris erhåller 5 poäng, övrigas poäng erhålles genom kvoten lägst pris/jämfört pris multiplicerat med 5 poäng. Anbudet/anbuderna med den högsta summan/summorna av de viktade poängerna är vinnaren/vinnarna.

I kravspecifikation för överflyttningsplattformar, version 4, anges bland annat att ett skall-krav för produkten är att den ska klara minst 150 kg brukarvikt. Vidare anges att ett bör-krav är att produkten bör klara en brukarvikt över 150 kg samt att det bör finnas en säkerhetsanordning för att hindra fall för brukaren.

Länsrättens bedömning

En förutsättning för att länsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av bestämmelserna i LOU eller någon av de grundläggande principer som bär upp lagstiftningen. Av Caresias ansökan om överprövning framgår att Caresia ifrågasätter om kommunen har genomfört anbudsvärderingen korrekt. Länsrätten har således att ta ställning till om kommunens förfarande vid anbudsvärderingen i upphandlingen uppfyller de krav som följer av det nämnda regelverket.

Den första fråga som länsrätten ska ta ställning till är om kommunen brutit mot likabehandlingsprincipen vid anbudsutvärderingen. Av handlingar-

na i målet framgår att Romedic i sitt anbud har angivit att deras överflyttningsplattform tål en brukarvikt över 150 kg samt att kommunen därmed har tillgodoräknat Romedic poäng vid kommunens anbudsutvärdering för uppfyllande av bör-kravet i detta hänseende. Caresia anför att Romedics uppgifter om överflyttningsplattformens brukarvikt inte stämmer och att kommunen därmed felaktigt har tillgodoräknat Romedic nämnda poäng samt att kommunen, då det är fråga om en avgörande säkerhetsfråga, har haft en skyldighet att kontrollera de av Romedic lämnade uppgifterna avseende produktens brukarvikt. Kommunen anför att man vid anbudsutvärderingen utgått från att de uppgifter som anbudsgivarna lämnat i sina anbud är korrekta samt att någon skyldighet att närmare undersöka de lämnade uppgifterna inte föreligger.

Frågan om en upphandlande myndighets kontrollskyldighet för uppgifter som lämnats i anbud har prövats av Kammarrätten i Sundsvall i mål 3243-04. Av målet framgår bland annat att det måste åligga en upphandlande myndighet som uppställt krav i en upphandling att också kontrollera om de uppgifter som lämnas i inkomna anbud innebär att kraven är uppfyllda eller inte. Vidare framgår att det varken i LOU, dess förarbeten eller rättspraxis finns stöd för att den upphandlande myndigheten har en skyldighet att också kontrollera att uppgifterna som anbudsgivare lämnat i sina anbud är riktiga, såvida inte omständigheterna i det enskilda fallet ger anledning att ifrågasätta riktigheten av lämnade uppgifter. I målet var fråga om ett skall-krav, men länsrätten bedömer att samma bedömning är tillämplig även vad avser bör-krav.

Av utredningen i det nu aktuella målet framgår att kommunen den 9 december 2008 beslutade att tilldela Romedic avtalet rörande överflyttningsplattformen. Vidare framgår att Caresia i bilaga till e-post den 10 och i e-post den 16 december 2008, det vill säga först efter den tidpunkt då kommunen hade fattat sitt tilldelningsbeslut, har framfört till kommunen att

dess utvärdering av Romedics anbud är felaktig vad avser bör-kravet för överflyttningsplattformen. Såvitt framgår av utredningen i målet har det inte framkommit någon omständighet som givit kommunen anledning att ifrågasätta riktigheten av de av Romedic lämnade uppgifterna innan de fattade beslut om att tilldela Romedic kontraktet avseende produkten. Av utredningen får vidare anses framgå att kommunen vid anbudsvärderingen har utgått från att samtliga anbudsgivares uppgifter i lämnade anbud är korrekta. Länsrätten finner således att anbudsgivarna i detta hänseende har behandlats i enlighet med principen om likabehandling och att kommunen inte i denna del har brutit mot 1 kap. 9 § LOU.

Den andra fråga som länsrätten ska ta ställning till är om prisjämförelsen mellan anbuderna ska göras med priset för en till överflyttningsplattformen tillhörande säkerhetsanordning inkluderat. Av förfrågningsunderlaget framgår att kommunen uppställt som ett bör-krav att anbudsgivarna tillhandahåller en säkerhetsanordning tillsammans med överflyttningsplattformen för att undvika fall för brukaren. Caresia gör bland annat gällande att priset för en säkerhetsanordning ska inkluderas vid prisjämförelsen mellan anbuderna eftersom överflyttningsplattformar överlag inköps tillsammans med en säkerhetsanordning och att det därför är oviktigt att kommunen angivit detta som ett bör-krav. Kommunen anför att kostnaden för uppfyllandet av bör-kravet avseende säkerhetsanordningen inte kan ingå i prisutvärderingen för att priserna för de olika anbuderna ska vara jämförbara.

I målet är ostridigt att kommunen uppställt tillhandahållandet av en säkerhetsanordning till överflyttningsplattformen i form av ett bör-krav. Det måste anses ligga i begreppets natur att ett bör-krav inte måste uppfyllas av samtliga anbudsgivare, i sådant fall skulle fråga vara om ett skall-krav. Av förfrågningsunderlaget framgår att lämnade anbud kommer att utvärderas i enlighet med urvalskriterierna pris och uppfyllande av bör-krav enligt kravspecifikation, varvid vardera kriteriet viktas till 50 procent i den slut-

liga utvärderingen. Att inkludera priset för en produkt som bör tillhandahållas i enlighet med ett bör-krav skulle leda till att de leverantörer som uppfyller nämnda bör-krav åsätts ett högre jämförelsepris för sitt anbud vid utvärderingen av kriteriet pris än de leverantörer som inte uppfyller börkravet. Detta leder i sin tur till att förstnämnda leverantörers anbud faller sämre ut i den slutliga anbudsutvärderingen än de övriga leverantörernas. Att inkludera pris för andra produkter än de som ska inkluderas i enlighet med förfrågningsunderlaget leder således till att de totala priserna för anbuden inte är jämförbara och att orättvisa resultat skulle uppnås. En sådan jämförelse måste även anses motverka den grundläggande modellen för upphandlingen, nämligen att kommunen ska anta det ekonomiskt mest fördelaktiga priset.

Vidare framgår av kravspecifikationen för överflyttningsplattformen att poängsättningen av bör-kravet sker efter utvärdering av arbetsterapeut och sjukgymnast enligt en tregradig skala. Länsrätten konstaterar således att säkerhetsanordningen värdesätts efter dess funktion och inte dess pris samt att en leverantör som inte tillhandahåller en säkerhetsanordning inom ramen för anbudet, eller som tillhandahåller en undermålig sådan, inte åsätts något poäng alls, vilket avsevärt påverkar den slutliga värderingen av den leverantörens uppfyllande av bör-kraven. Länsrätten gör sammantaget den bedömning att priset för säkerhetsanordningen inte ska räknas in i priset för produkten och att kommunen inte heller på denna grund har åsidosatt bestämmelserna i LOU.

Vad gäller frågan om kommunen på ett transparent sätt justerat förfrågningsunderlaget under anbudstiden kan länsrätten konstatera följande. I målet är ostridigt att det i första och andra versionen av kravspecifikationen för vridplattor fanns ett skall-krav där produktens utformning skulle möjliggöra att man kör den med brukaren samt att detta skall-krav i den tredje och slutliga versionen helt har tagits bort. Ändringen har redovisats i

Allego. Länsrätten finner att kommunen inte har lämnat en godtagbar förklaring till varför skall-kravet har tagits bort i den slutliga versionen av kravspecifikationen. Av utredningen i målet framgår inte heller hur borttagandet av skall-kravet har påverkat andra anbudsgivare än Caresia och Romedic. Dock framgår att såväl Caresia (se bilaga 3 till aktbilaga 8) som Romedic (se aktbilaga 4) uppgett att de uppfyller skall-kravet. Länsrätten konstaterar således att om nämnda skall-krav fortfarande skulle ställas, skulle Caresia troligen inte enbart med anledning därav uppnå en högre jämförelsepoäng än Romedic. Oavsett att kommunen har tagit bort skall-kravet, har det således inte varit möjligt för Caresia att på denna grund vinna upphandlingen. Länsrätten finner således att skaderekvisitet i 16 kap. 2 § LOU härigenom inte kan anses vara uppfyllt vad avser denna punkt.

Förfråganunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr. RÅ 2002 ref. 50). Länsrätten finner inte att Caresia visat att förfråganunderlagets redovisning av utvärderingen av anbud strider mot LOU eller gemenskapsrätten.

Mot bakgrund av det ovanstående är det länsrättens sammantagna bedömning att Caresias ansökan om överprövning ska avslås.

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



Anna Önell

assessor

JWO

