



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2015-04-21
Meddelad i
Växjö

Mål nr
4437-14

KONKURRENSVERKET	
2015 -04- 2 2	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Medic24 AB, 556493-6234
Skaraborgsvägen 21
506 30 Borås

MOTPART

Landstinget Blekinge
c/o SLL Upphandling
Box 22550
104 22 Stockholm

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 112528

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-56 02 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se	0470-255 02	måndag – fredag 08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Landstinget Blekinge (landstinget) har genomfört en upphandling av laboratorieartiklar avseende två produktgrupper, reagens urinsticka samt immunologisk F-Hb. Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande enligt LOU. I tilldelningsbeslut den 10 december 2014 beslutade landstinget att anta anbud från ANL-produkter AB (ANL) och Roche Diagnostics Scandinavia AB.

Medic24 AB (Medic24) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska göras om och i andra hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från ANL inte ska utvärderas.

Landstinget anser att ansökan om överprövning ska avslås.

Parterna anför sammanfattningsvis bl.a. följande.

Medic24

Upphandlingen har genomförts utan att hänsyn har tagits till de grundläggande principer som ska tillämpas vid all offentlig upphandling, nämligen uppfyllelse av de obligatoriska kraven. Landstinget har inte utvärderat ANL:s anbud enligt skall-kraven. ANL:s anbud har antagits genom att de svarat ja i kravspecifikationen på det obligatoriska kravet på att utvärdering/studie på funktion och hållbarhet skall finnas och bifogas anbudet och hänvisat till bilaga 11 och 13. Ingen av dessa bilagor innehåller någon form av utvärdering/studie av hållbarhet. Bilaga 11 är en studie på utfall på FOB-tester i relation av koloskopiska fynd och kan således inte anses vara ett verifikat till efterfrågad information. Om den bilagan hade innehållit verifikation på hållbarhet kan den ifrågasättas då det i konklusionen står att patientmaterialet i nuläget är för litet för att säkra slutsatser ska kunna dras.

Bilaga 13 innehåller generella riktlinjer för denna typ av patientnära test som immunologisk F-hb är. De övriga anbudshandlingar från ANL som landstinget skickat till Medic24 innehåller inte heller någon utvärdering/studie på testets hållbarhet. Därmed finns ingen verifikation till påståendet i bilaga 8a, - kan förvaras i +2 till +30 grader Celsius i upp till 15 dagar. ANL:s anbud skulle aldrig ha prövats eller utvärderats då det inte har bifogats någon utvärdering/studier på hållbarhet.

De skäl som landstinget anför är nya och innehåller motstridiga uppgifter. De nya skälen visar tydligt att landstinget har genomfört utvärderingen utan hänsyn till de grundläggande principerna vid offentlig upphandling och det är en tydlig signal att landstinget har förbehållit sig en fri anbudsprovning som leder till obegränsad valfrihet vid valet av leverantör. Landstingets utvärdering innehåller så stora brister att den är uppenbart oförenlig med principerna om likabehandling, förutsebarhet och transparens. Medic24 har därför lidit eller kan komma att lida skada.

Angående att Medic24 inte uppfyller det obligatoriska kravet på att provmaterialet ska vara hållbart i minst 10 dagar i rumstemperatur framgår av tabell 3 i bilaga 8 i Medic24:s anbud att deras test är hållbart i 8 dagar med cut-off 40 ng/ml hb. Då anbudshandlingarna inte innehåller något krav på testets cut-off är detta ovidkommande. Om cut-off har använts vid utvärderingen ska den användas lika för alla produkter som prövas. Samma bilaga verifierar detektion av blod i upp till 12 dagar. Således uppfyller Medic24 kravet med råge. Ett sådant verifikat saknas för den antagna produkten som endast innehåller påståendet om upp till 15 dagars hållbarhet.

Landstinget

Landstinget har utvärderat inkomna anbud i enlighet med de bestämmelser som föreskrivits i upphandlingens förfrågningsunderlag samt med beaktande av de upphandlingsrättsliga principer som framgår av LOU.

Det stämmer att ANL bifogat två dokument, bilaga 11 och 13, till sitt anbud som verifikat på de offererade produkternas funktion och hållbarhet. Av dessa två bilagor har landstinget endast godkänt bilaga 11 som ett godtagbart verifikat på produktens funktion eftersom dokumentet innehåller relevanta testresultat från provtagningar som har gjorts med olika typer av reagenser, inklusive den antagna produkten, hos 72 svenska patienter. I studien anges värdet av de olika produkternas känslighet och specificitet, d.v.s. de uppgifter som landstinget har efterfrågat i sitt förfrågningsunderlag. Bilaga 13 är ett dokument som beskriver tyska nationella riktlinjer och metoder för utförande av immunologisk F-Hb test i samband med behandling och förebyggande av kolorektal cancer och som sådant innehåller uppgifter om generella studier i forskningsområdet.

Beträffande kravet på produkternas hållbarhet i rumstemperatur i minst 10 dagar har landstinget gjort en sammanvägd bedömning av att produkten Analyze FOB från leverantören ANL helt uppfyller det obligatoriska kravet. Vid sammanställningen av bedömningen har landstinget använt sig av egna referenser eftersom exakt samma produkt har upphandlats och nyttjats inom landstingets sjukvårdsverksamhet under många år. Den mångåriga kliniska erfarenheten av användning av Analyze FOB har visat att produkten väl uppfyller hållbarhetskravet på 10 dagar i rumstemperatur vilket ställdes i upphandlingen. I samband med anbudsutvärderingen har den offererade produkten ytterligare prövats avseende uppfyllande av samtliga i upphandlingen ställda relevanta krav och kriterier, såsom testets användarvänlighet, känslighet, bipacksedelns innehåll, hållbarhet m.m. Två separata tester av produkten har genomförts i laboratoriemiljö av laboratoriemedicinsk personal.

Medic24 har inte lidit eller kan inte komma att lida skada till följd av tilldelningsbeslutet då bolagets anbud inte uppfyller samtliga obligatoriska

krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. Således skulle Medic24:s anbud förkastats om anbudet utvärderades enligt upphandlingens utvärderingsmodell. Medic24 har i sitt anbud hänvisat till anbudsbilaga 8 som verifierat på kravet på att utvärdering/studie på funktion och hållbarhet ska finnas och bifogas anbudet. Bilaga 8 är ett dokument utfärdat av den offererade produktens tillverkare och som enbart innehåller utvärdering av produktens hållbarhetstid. Medic24:s anbud uppfyller således ej kravet avseende utvärdering/studie på produktens funktion. Tabell 3 i bilaga 8 visar att provmaterial innehållande 40 ng/ml hemoglobin förblir stabilt bara i åtta dagar från provtagningstillfället vilket innebär att Medic24:s offererade produkt inte uppfyller det obligatoriska kravet på att provmaterialet ska vara hållbart i rumstemperatur i minst tio dagar. Den mest förekommande immunologisk F-Hb som upphandlas av svenska landsting och som också antogs i denna upphandling är just produkten med känslighet på 40 ng/ml hemoglobin.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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 har lidit eller kan komma att lida skada.

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. De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Av punkt 2.1. i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter, framgår följande. Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal krav som är obligatoriska. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på anbudsgivare och anbudet som på efterfrågad vara.

Av punkt 4.1.1. i förfrågningsunderlagets administrativa föreskrifter framgår bl.a. att vid bedömningen av kriteriet ”funktion” kommer produkterna att jämföras med idag avtalade produkter. Vidare framgår att tester ej kommer att utföras då aktuell produkt är upphandlad/känd och referensgruppen anser sig ha god kännedom om produkten.

Av punkt 4 i förfrågningsunderlagets kravspecifikation framgår avseende produktgruppen immunologisk F-Hb bl.a. att utvärdering/studie på funktion och hållbarhet skall finnas och bifogas anbudet och att provmaterialet skall vara hållbart i rumstemperatur minst 10 dagar.

Förvaltningsrättens bedömning

Medic24 har gjort gällande att ANL:s anbud inte uppfyller skall-kravet angående bifogad utvärdering/studie av produktens hållbarhet. ANL har i sitt anbud angående det aktuella skall-kravet hänvisat till bilaga 11 och 13. Förvaltningsrätten konstaterar att landstinget har godtagit bilaga 11 som godtagbart verifikat på produktens funktion men att landstinget endast bemött Medic24:s invändning såvitt avser hållbarhet genom att hänvisa till att ANL:s anbud uppfyller kravet på produkternas hållbarhet i rumstemperatur i minst 10 dagar på grund av att landstinget gjort en sammanvägd bedöm-

ning och använt sig av egna referenser. Förvaltningsrätten finner mot bakgrund härav att annat inte framkommit än att bilaga 11 och 13 inte innehåller utvärdering/studie av produktens hållbarhet och att ANL således inte bifogat någon sådan utvärdering/studie.

Frågan är därmed om landstinget ändå haft fog för att genom egna referenser anse att skall-kravet är uppfyllt. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärdering av produktens funktion sker genom jämförelse med idag avtalande produkter och att produkterna kommer att utvärderas enligt vissa kriterier men att tester ej kommer att utföras då aktuell produkt är upphandlad/känd och referensgruppen anser sig ha god kännedom om produkten. Förvaltningsrätten anser inte att det därigenom finns stöd i förfrågningsunderlaget för att bortse från det uppställda obligatoriska kravet på bifogande av utvärdering/studie av produktens hållbarhet med hänvisning till att produkten anses uppfylla krav på hållbarhet enligt egna referenser. Något annat stöd i förfrågningsunderlaget för att kravet kan uppfyllas genom landstingets egna referenser framgår inte heller. Förvaltningsrätten anser därför att landstinget inte haft fog för att anse att ANL:s anbud uppfyller kravet på bifogande av utvärdering/studie på produktens hållbarhet. Landstinget har under sådana förhållanden enligt förvaltningsrättens mening inte haft grund för att anta anbudet från ANL.

Förvaltningsrätten övergår därefter till frågan om Medic24 lidit eller kunnat komma att lida skada av landstingets agerande. Landstinget har under överprövningsprocessen invänt att Medic24:s anbud inte uppfyller skallkravet angående bifogande av utvärdering/studie av produktens funktion och inte heller skallkravet angående att provmaterialet ska vara hållbart i rumstemperatur i minst tio dagar.

Förvaltningsrätten konstaterar att landstingets invändning såvitt avser produktens funktion rör samma skall-krav som Medic24 har åberopat i ansö-

kan om överprövning och att en sådan invändning kan prövas av förvaltningsrätten (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012 i mål 924-12). Förvaltningsrätten konstaterar vidare att Medic24 inte närmare bemött landstingets invändning att Medic24 inte bifogat någon utvärdering/studie av produktens funktion utan endast av produktens hållbarhet. Landstinget har hänvisat till att ANL uppfyllt det kravet genom att ANL:s bifogade utvärderingen/studie av produktens funktion tar upp produktens känslighet och specificitet. Den bilaga Medic24 har hänvisat till för uppfyllande av kravet på utvärdering/studie av produktens funktion innehåller endast en studie av hållbarhet och kan enligt förvaltningsrättens mening inte anses uppfylla kravet på bifogad utvärdering/studie av produktens funktion. Medic24:s anbud kan således inte anses ha uppfyllt detta skallkrav. Såvitt framgår av tilldelningsbeslutet har även ett tredje bolag, förutom ANL och Medic24, utvärderats inom produktgruppen immunologisk F-Hb. Förvaltningsrätten anser mot den bakgrunden att Medic24 inte lidit eller riskerat att lida någon skada till följd av landstingets agerande att anta anbudet från ANL. Med hänsyn därtill bör Medic24:s ansökan om överprövning avslås.

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

Daniel Samuelson

Föredragande: Victor Ericsson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

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.

