



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM
2013-12-12
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
10461-13 E
Avdelning 2
Enhet 21

SÖKANDE

Allytec AB, 556275-0454
Surbrunnsgatan 59
113 27 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen, 232100-0131
Regionkansliet
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

KONKURRENSVERKET	
2013 -12- 13	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Ombud: Regionjuristen AnnaKarin Jonsson, adress som ovan

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en öppen upphandling av *Urinblåsescanners*, dnr SN156-2013.

I tilldelningsbeslut den 20 september 2013 beslutade VGR att tilldela SynMed Medicinteknik AB (SynMed) kontraktet i upphandlingen. Anbudet från Meteko AB (Meteko) och Allytec AB (2 anbud) hamnade på andra respektive tredje och fjärde plats vid utvärderingen.

YRKANDEN M.M.

Allytec AB (Allytec) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska få avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från SynMed och Meteko diskvalificeras och inte beaktas vid en ny utvärdering. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för talan anförts bl.a. följande.

VGR har brutit mot likabehandlingsprincipen genom att godta anbudet från SynMed och Meteko, trots att deras offererade produkter inte uppfyller kravet på mätnoggrannhet enligt punkten 16 i kravspecifikationen.

De svar på frågor som VGR har publicerat under annonseringstiden, och som utgör en del av förfrågningsunderlaget, innebär att:

- 1) anbudsgivaren ska bifoga dokumentation som möjliggör för VGR att kontrollera att offererade produkter uppfyller kravet på en maximal avvikelse på max 15 %.*
- 2) VGR åtagit sig att verifiera att angivna svar och bifogad dokumentation uppfyller ställt krav på mätnoggrannhet.*

Om anbudsgivarna uppfyllt kravet avseende mätnoggrannhet ska därmed prövas utifrån den dokumentation som bifogats anbudet. Det är således inte tillräckligt och förenligt med likabehandlingsprincipen att anta ett anbud enbart på grund av att ett relevant krav är jakande besvarat i kravspecifikationen och att ett produktblad är bifogat.

Varken Allytec, SynMed eller Meteko har bifogat produktblad som styrker att deras respektive produkter uppfyller kravet på mätnoggrannhet för hela det efterfrågade volymintervallet 0-700 ml; allt enligt räkneexempel som lagts fram av både Allytec och VGR. Däremot ger de kliniska studier som Allytec bifogat sina anbud stöd för att deras offererade produkter uppfyller kravet. Detta innebär att nuvarande alternativ 3, d.v.s. Allytecs BVI3000, borde vara det vinnande anbudet. Därtill är visat att anbudsgivarna har uppfyllt skallkraven i olika grad. Av denna anledning och med beaktande av det faktum att en anbudsgivare lagt ned betydande resurser på att ta fram kliniska studier som visar på produktens fullgodhet kan det inte anses vara rimligt och likabehandlande att utvärdera de klandrade bolagens anbud. Allytec har genom att inte tilldelas kontraktet i upphandlingen lidit skada och upphandlingen ska därför rättas. För det fall förvaltningsrätten skulle finna att även Allytecs anbud är bristfälligt ska upphandlingen göras om. I annat fall riskerar Allytec att lida skada genom att gå miste om möjligheten att tilldelas kontraktet vid en ny upphandling.

VGR anser att förvaltningsrätten ska avslå Allytecs ansökan och anför bl.a. följande.

Av anbudsinbjudan framgår att anbudsgivarna ska skriva in de efterfrågade uppgifterna i kravspecifikationen respektive anbudsmallen. Vidare framgår det av kravspecifikationen att anbudsgivaren genom att skriva ja/nej i krav-

specifikationen ska uppge om de obligatoriska kraven är uppfyllda eller inte.

Både SynMed och Meteko har i sina respektive anbud uppgett att de uppfyller samtliga ställda skallkrav. De har också specifikt uppgett att de uppfyller kravet på mätnoggrannhet samt angett utrustningens mätnoggrannhet i föreskriven kolumn. VGR har mot denna bakgrund bedömt att såväl SynMed som Meteko uppfyllt kravet avseende mätnoggrannhet. Ett omvänt synsätt skulle inte stå i överensstämmelse med principen om öppenhet och transparens. VGR vill även framhålla att det av svaret från VGR tydligt framgår att anbudsgivaren står för att inlämnade uppgifter är verifierade och uppfyller ställda krav.

För det fall rätten skulle finna att varken SynMed eller Meteko uppfyller kravet på mätnoggrannhet anser VGR att inte heller Allytec uppfyller det aktuella kravet. Allytec har inte med bifogade produktblad visat att kravet på mätnoggrannhet är uppfyllt inom intervallet 0-700 ml för någondera av de offererade produkterna, vilket illustreras med samma beräkningsformel som Allytec själva har använt.

Allytec har även bifogat kliniska studier till sitt anbud och synes mena att dessa visar att kravet på mätnoggrannhet är uppfyllt. VGR bestrider att så är fallet. De bifogade studierna avseende produkten "BladderScan BVI3000" saknar uppgift om inom vilka intervaller den påstådda mätnoggrannheten uppmätts. Bolaget har således inte kunnat verifiera att mätnoggrannheten är bättre eller lika med 15 % upp till 700 ml avseende BVI3000. Bolaget har inte heller genom bifogad dokumentation visat att produkten "BladderScanBVI9400" uppfyller den påstådda mätnoggrannheten i hela intervallet 0-700 ml.

Mot bakgrund av att ingen av anbudsgivarna har uppfyllt kravet på måtnoggrannhet men ingen av leverantörerna har blivit uteslutna på denna grund har VGR inte brutit mot likabehandlingsprincipen eller någon annan bestämmelse i LOU. Detsamma gäller även om rätten skulle finna att kravet på måtnoggrannhet innebär en skyldighet för anbudsgivarna att bifoga dokumentation som visar att offererade produkter uppfyller kravet. Allytec har därmed inte heller lidit skada av den påstådda överträdelsen. Under sådana omständigheter saknas skäl för ingripande enligt LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt sätt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingen ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och detta 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.

I mål om ingripande enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (RÅ 2009 ref. 69).

Utredningen i målet

I kravspecifikationen gällande krav nr 16 anges följande.

"Mätnoggrannheten skall vara bättre eller lika med 15 % upp till 700 ml. Ange utrustningens mätnoggrannhet i kolumnen "anbudsgivarens redovisning".

På frågor från Allytec under anbudstiden har VGR svarat:

- 1) *Mätnoggrannhet kommer inte att utvärderas utan kommer att verifieras med bifogad dokumentation. Anbudsgivare visar med dokumentation att offererad produkt uppfyller kraven. Ange tydligt hur mätnoggrannheten ska tolkas.*
- 2) *Anbudsgivaren står för att inlämnade uppgifter är verifierade och uppfyller ställda krav. Dokumentation skall bifogas anbudet.*

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

I förfrågningsunderlaget ges inte något entydigt uttryck för att VGR åtagit sig att verifiera att angivna svar och att bifogad dokumentation uppfyller ställt krav på mätnoggrannhet. Oavsett hur det förhåller sig därmed så får den upphandlande myndigheten inte efterge eller bortse från sådana krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget. Detta gäller även om sådana uppgifter blir kända först i samband med en överprövningsprocess (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom den 18 december 2009 i mål nr 4904-09).

Vidare kan den upphandlande myndigheten under överprövningsprocessen få prövat en invändning om att den anbudsgivare som har begärt överprövning enligt LOU inte uppfyller ett skallkrav, trots att myndigheten vid anbudsutvärderingen funnit att kravet var uppfyllt (jfr Kammarrätten i Stockholms dom den 30 maj 2012 i mål nr 924-12 och Kammarrätten i Göteborgs dom den 15 maj 2013 i mål nr 741-13).

Som Allytec uppger styrker de produktblad som Allytec, SynMed och Meteko har bifogat sina anbud inte att deras respektive produkter uppfyller kravet på mätnoggrannhet inom hela det volymspann som efterfrågas. Vidare kan konstateras att de kliniska studier som Allytec har bifogat sina anbud inte styrker att respektive produkt uppfyller kravet på mätnoggrannhet inom hela det volymspann som efterfrågas. Den bedömningen beror på att de bifogade studierna för produkten "BladderScan BVI3000" saknar uppgift om inom vilka intervaller den uppgivna mätnoggrannheten uppmätts och att bifogad studie för produkten "BladderScanBVI9400" inte styrker att den uppgivna mätnoggrannheten gäller i hela intervallet 0-700 ml.

Sålunda är det inte styrkt att något av anbuden uppfyller kravet på mätnoggrannhet. Att anbuden måhända uppfyller skallkravet i olika grad saknar betydelse eftersom ett skallkrav antingen är uppfyllt eller inte är uppfyllt.

Eftersom ingen av anbudsgivarna har visat med dokumentation att offereerad produkt uppfyller kravet på mätnoggrannhet men inget av anbuden uteslutits på denna grund får VGR anses inte ha handlat i strid med likabehandlingsprincipen. Inte heller i övrigt har det framkommit att VGR, utifrån de omständigheter på vilka Allytec på ett klart sätt anger att det grundar sin talan, har brutit mot någon annan av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse enligt denna lag vid sin

hantering av skullkravet. Skäl för ingripande enligt LOU finns därför inte. Allytec har genom denna bedömning inte hamnat i ett sämre läge än om Allytec inte hade ansökt om överprövning av upphandlingen. Vinnande anbudsgivare har inte heller fått någon otillbörlig fördel vid utvärderingen gentemot Allytec. VGR avgör om nämnda brister i anbuden utgör hinder för att slutföra upphandlingen.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredraganden Michaël Koch.



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. 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.