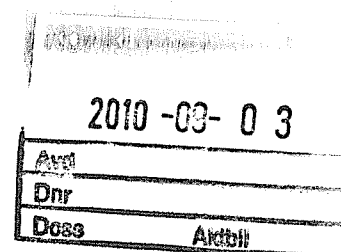




FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Lena Palmér

DOM
2010-08-30
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 9694-10E
 9734-10E

**SÖKANDE**

Covidien Sverige AB, 556552-1563
 Box 54
 171 74 Solna

Ombud: Advokaterna Johan Carle och Tomas Kjellgren samt
 jur.kand. Sven Vaxenbäck
 Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
 Box 1711
 111 87 Stockholm

MOTPARTER

1. Region Skåne
 291 89 Kristianstad

Mål nr: 9694-10 E

2. Landstinget Halland
 Box 517
 301 80 Halmstad

Mål nr: 9734-10 E

Ombud för landstingen: Patrik Kastberg och Veronika Ozmek
 c/o Region Skåne
 Koncernkontoret
 Avdelningen för juridik
 291 89 Kristianstad

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Region Skåne och Landstinget Halland genomför upphandling av "Suturer och engångsinstrument för öppen och laparoskopisk kirurgi", dnr 0900130. Upphandlingen genomförs enligt reglerna om öppet förfarande i LOU.

Covidien Sverige AB (nedan Covidien) begär överprövning av upphandlingen såvitt avser positionerna 1, 3, 6, 8, 16, 29, 31, 34-40, 43-45, 47, 58, 60 och yrkar att den ska rättas alternativt göras om.

Region Skåne och Landstinget Halland (nedan Landstingen) bestrider bifall till ansökan.

Förvaltningsrätten har genom interimistiskt beslut den 24 juni 2010 förordnat att Landstingen inte får avsluta den aktuella upphandlingen, såvitt avser ovan angivna positioner, innan annat beslutas.

Parternas argumentation

Covidien:

Landstingen har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot principerna om likabehandling och transparens och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU.

Covidien har till följd härav lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Utvärderingsmodellen är oförutsägbar och ämnar inte att utse det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Modellen diskriminerar leverantörer med ett brett sortiment. Enligt utvärderingsmodellen utvärderas *Pris* utifrån snittpris. Detta innebär att det pris som ska utvärderas de facto kommer att vara beroende av om anbudsgivaren i sitt sortiment har enskilda artiklar som används av Landstingen, men som p.g.a. sin kvalitet eller användning har ett högt pris. Den

prisutvärdering som har skett har missgynnat Covidien i förhållande till övriga leverantörer eftersom bolaget har ett produktsortiment som, i förhållande till valda leverantörer, innehåller enskilda produkter som på grund av kvalitets- skäl betingar högre pris och som därför påverkar beräkningen negativt. Den prisberäkning som tillämpas av Landstingen slår helt snett när det som i Covidiens anbud inom samma sortiment också finns artiklar med stor volym som erbjuds till lågt pris. Det kan inte var förenligt med likabehandlingsprincipen att tillämpa en prisutvärdering som medför att leverantörernas snittpris ställs direkt mot varandra trots att detta pris, till följd av de krav som ställs upp i upphandlingen, har baserats på vitt skilda förutsättningar, dvs. har varit beroende av det produktsortiment som respektive leverantör för tillfället har.

Enligt förfrågningsunderlaget ska samtliga produkter som faller in under en viss position erbjudas under denna position. Enligt bilaga till förfrågningsunderlaget finns även möjlighet att lägga till övrigt sortiment som inte kan placeras under någon av positionerna under position X. Landstingen har på förfrågan av bolaget muntligen upplyst om att en leverantör inte kan välja att endast lägga sina billigare produkter under den aktuella positionen samtligt som dyrare produkter placeras under position X som ej utvärderas. Annan slutsats kan inte dras än att om en leverantör kan erbjuda vissa specialprodukter som används i mindre utsträckning ska dessa offereras under relevant position. Om leverantören önskar sälja en viss produkt till Landstingen måste denna offereras under aktuell position. Det finns en stark anledning att anta att leverantörer som tilldelats kontrakt offererat produkter under position X som rätteligen borde erbjudits under någon av positionerna som ska prisutvärderas. Genom att godta anbud som inte har lämnats i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget har Landstingen brutit mot transparens- och likabehandlingsprinciperna. Om Covidien känt till att aktuella avsteg från förfrågningsunderlaget skulle göras hade bolaget naturligtvis anpassat sitt anbud till dessa förändrade förutsättningar. För det fall att rätten skulle finna att Landstingens utvärderingsmodell kan tillämpas ska i vart fall de anbud i vilka sådan prisan-

passning har gjorts förkastas. Om rätten finner att förfrågningsunderlaget inte utgör hinder för att placera dyra produkter under position X är förfrågningsunderlaget på denna punkt så otydligt att upphandlingen ska göras om.

Vald leverantör för position 1 har endast offererat 65 % av de produkter som anges i förbrukningsstatistiken och som hör till positionen. Resterande 35 % av produkterna har gömts undan under position X. Samma sak gäller för vald leverantör för position 8.

Av förfrågningsunderlaget framgår på vilket sätt kvalitet ska utvärderas i upphandlingen. Där framgår bl.a. att börkraven värderas i fyra steg från ”börkravet uppfylls ej” som ger noll poäng till ”börkravet uppfylls på ett utmärkt sätt” som ger tre poäng. I kravspecifikationen kan för varje produktkategori utläsas vilka börkrav som ska vara föremål för utvärderingen. Flera börkrav har en mycket vag utformning, t.ex. 27.3.5 ”*Instrument bör kunna manövreras och position bedömas utan svårighet före avfyrning*” samt 27.3.6 ”*Indikation vid avfyrning bör vara hör och kännbar*”. Kammarrätten i Göteborg har i flera domar funnit att vagt formulerade förfrågningsunderlag strider mot transparensprincipen. Det står klart att det i väsentliga delar inte tillräckligt tydligt framgår av förfrågningsunderlaget på vilket sätt Landstingen avser att utvärdera erbjuden kvalitet. Utvärderingskriterierna har således inte varit utformade på ett klart och tydligt sätt som har möjliggjort att alla normalt omsorgsfulla anbudsgivare att tolka kriterierna på samma sätt.

Landstingen har inte förmått att i sitt tilldelningsbeslut med tillhörande utvärderingsprotokoll motivera de kvalitetspoäng som tilldelats anbudsgivarna. Det är således inte möjligt att kontrollera om Landstingen har klarat av att tolka sina oklara utvärderingskriterier på ett likabehandlande sätt.

Covidien ifrågasätter att Landstingens bedömning att tilldela bolaget lägre poäng än Johnson & Johnson och Apgar i positionerna 36, 37, 38. Covidiens

portar är av motsvarande kvalitet som de portar konkurrenterna erbjudit. Under position 31 är det felaktigt att Johnson & Johnson tilldelats samma poäng som Covidien. Covidiens produkt har uppenbara produktfördelar. Under position 47 bör Johnson & Johnson tilldelas betydligt lägre poäng än Covidien eftersom dess erbjudna produkt är relativt oprövad.

Landstingen har avseende positionerna 40, 43 och 44 brutit i sin annonseringsskyldighet. Covidien har inte kunnat finna att Lanstingen i sin annons har angivit de CPV-koder som definierar produkterna i fråga.

Vad gäller position 16 har Landstingen gjort en felaktig utvärdering. Om Covidiens pris beräknats på samma sätt som Johnson & Johnsons hade Covidien erhållit högsta poäng, 28,8. Vinnande anbudsgivare hade endast 28,6 poäng.

Region Skåne och Landstinget Halland:

Förfrågningsunderlaget uppfyller de krav på öppenhet och förutsebarhet som följer av LOU och tillämpliga rättsprinciper. Landstingen har vid genomförande av upphandlingen behandlat samtliga anbudsgivare på ett likvärdigt och öppet sätt under iakttagande av såväl transparensprincipen som övriga tillämpliga principer.

Grunden för Covidiens påstående att det sätt på vilket Landstingen tillämpat prisutvärderingen strider mot likabehandlingsprincipen synes vara att vissa av bolagets produkter av kvalitetsskäl skulle vara dyrare än övriga anbudsgivares produkter. Som framgår av förfrågningsunderlaget kommer funktion/kvalitet att motsvara 50 procent av den totala utvärderingspoängen och pris motsvara resterande 50 procent. Då fler än en storlek/artikel/produkt kommer att offereras för varje enskild position har Landstingen valt att utvärdera ett snittpris för de en storlekar/artiklar/produkter som offereras för respektive position. Förutsättningarna för hur kriteriet *Pris* ska utvärderas framgår mycket tydligt av

förfrågningsunderlaget. Genom vald utvärderingsmodell kommer funktion/kvalitet respektive pris att utvärderas var för sig. Hänsyn till kvalitetskillnader som finns mellan anbudsgivarnas produkter varken bör eller får göras inom utvärdering av anbudsgivarnas pris.

Vad Covidien menar med att vissa leverantörer har fått möjlighet att "positionera" sig är högst oklart. Utvärdering har skett i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det noteras att Covidien inte heller avseende detta påstående framfört konkreta argument. Det finns ingen skyldighet för anbudsgivarna att offerera samtliga produkter de har i sitt sortiment. Att någon sådan skyldighet skulle föreligga anges varken i förfrågningsunderlaget eller dess bilagor. Inte heller har på annat sätt lämnats information till anbudsgivarna om att en sådan skyldighet skulle föreligga. Skälet till att position X finns är att Landstingen önskar få kännedom om vilka produkter som anbudsgivarna har möjlighet att offerera inom ramen för en annan upphandling. De produkter som läggs under position X kommer således inte att utvärderas eller avropas under nu aktuell upphandling, vilket framgår tydligt av "Svarsblankett prislista". I den mån vissa leverantörer valt att lägga vissa av sina produkter under position X istället för under annan position är detta helt i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget. Landstingen kan naturligtvis inte tvinga anbudsgivare att offerera produkter under korrekt position bara för att anbudsgivaren *kan* offerera dessa. Att det är möjligt att placera sina produkter på detta sätt framgår av förfrågningsunderlaget samt "Frågor & Svar 2010-02-09". Avvikelser från förfrågningsunderlaget har inte skett.

Covidien gör gällande att bör-kraven har en mycket vag utformning. På vilket sätt bör-kraven är mycket vaga framgår inte. Bör-kraven får anses mycket tydligt angivna och formulerade. Samtliga anbudsgivare har kunnat tolka kriterierna på samma sätt och utrymme för missförstånd har inte funnits.

Det finns enligt LOU ingen skyldighet att i utvärderingsprotokollet motivera sina ställningstaganden. Även om en sådan skyldighet skulle finnas skulle detta inte vara skäl nog att göra om upphandlingen. Avsaknaden av motivering har inte påverkat varken utvärderingen som sådan eller utformningen av anbud. Utvärderingen har gjorts av en oberoende expertgrupp.

Annonsering har skett på korrekt sätt. Påståendet att fel CPV-koder har tillämpats bestrids. För det fall att rätten skulle finna att felaktiga koder använts och att detta skulle vara i strid med LOU har Covidien inte lidit någon skada då bolaget har lämnat anbud avseende de produkter som omfattas av upphandlingen.

Covidiens snittpris under position 16 får enligt förfrågningsunderlaget inte beräknas på annat sätt än som gjorts. Covidiens räkneexempel överensstämmer inte med förfrågningsunderlaget. Aktuell position har vunnits av Tillqvist som har ett genomsnittspris på 34. Covidien har ett snittpris om 45. Oavsett om det kan slås fast att genomsnittspris för Johnson & Johnson har beräknats felaktigt eller inte har Covidien inte lidit någon skada då Tillqvist lämnat bäst snittpris.

DOMSKÄL

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.

Av 16 kap. 1 och 2 §§ 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. Därvid

gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas.

Covidien anser att av Landstingen valt sätt att utvärdera kriteriet *Pris* diskriminerar leverantörer med ett brett sortiment samt att den prisutvärdering som har skett har missgynnat Covidien då bolaget har ett produktsortiment som innehåller enskilda produkter som på grund av sin kvalitet betingar högre pris och som därför påverkar beräkningen negativt. Vad Covidien anfört och åberopat visar dock inte att den valda metoden leder till att prisjämförelsen mellan de olika anbuden blir missvisande på sätt som gör att utvärderingsmodellen därför inte kan anses vara ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det för Landstingen ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden antas. Av förfrågningsunderlaget framgår med tillräcklig tydlighet hur kriteriet *Pris* ska komma och utvärderas och anbudsgivarna har utifrån denna vetskap kunnat utforma sina anbud på ett konkurrenskraftigt sätt. I förfrågningsunderlaget anges vilka produkter som efterfrågas under varje position samt beräknad volym för vardera produkt. Att vissa kommersiella överväganden i övrigt kunnat ske på underlag av förekommande förbrukningsstatistik, vilken som sådan inte ingått i förfrågningsunderlaget, ändrar inte förvaltningsrättens bedömning.

Vad Covidien anfört angående bristande tydlighet i förfrågningsunderlaget avseende utvärderingskriteriet *Kvalitet* visar inte heller att förfrågningsunderlaget i denna del brister i transparens på ett sådant sätt att det kan anses strida mot LOU. Covidien har inte heller visat att den påstådda bristen har lett till skada eller riskerat att leda till skada för bolaget. För ett stort antal av dessa

krav för de i målen aktuella positionerna gäller att poängsättning skett med antingen 0 eller 2 beroende på om kravet uppfyllts eller ej. Det kan vidare antecknas att de exempel på vag utformning som Covidien lämnat inte avser position som omfattas av den överprövning som bolaget begärt.

Covidien anser att Landstingen frångått förfrågningsunderlaget när man godtagit anbud i vilka anbudsgivarna har valt att placera produkter som betingar ett högt pris under en position benämnd X. Av förfrågningsunderlaget och dess bilagor framgår dock att anbudsgivarna har möjlighet att under position X offerera övrigt sortiment inom ramen för förfrågningsunderlagets produkt-sortiment samt nya engångsprodukter. De produkter som läggs under position X ska varken utvärderas eller avropas under nu aktuell upphandling. Det är således i överensstämmelse med förfrågningsunderlaget och dess bilagor att en anbudsgivare väljer att redovisa vissa av sina produkter under position X istället för att offerera dem under annan position. Att det förhåller sig på detta sätt framgår enligt förvaltningsrättens mening med godtagbar tydlighet av förfrågningsunderlaget och dess bilagor. Av svar bl.a. på fråga 11 framgår också tydligt att dyrare produkter kan offereras under position X och att billigare, men ändå motsvarande eftersökt produkt, kan offereras under position för utvärdering. Landstingen har således inte gjort avsteg från förfrågningsunderlaget på sätt som Covidien gör gällande när man tagit upp anbud av aktuellt slag till utvärdering.

Covidien har vidare ifrågasatt Landstingens utvärdering av anbuden vad gäller viss poängsättning. Det har dock inte visats att Landstingen vid utvärderingen av anbuden har tagit några ovidkommande hänsyn eller på annat sätt agerat i strid med LOU på sätt som har lett till att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Vad gäller Coviadiens påstående att Landstingen avseende positionerna 40,43 och 44 har brutit i sin annonseringsskyldighet finner förvaltnings-

rätten inte visat att en eventuell brist i detta hänseende har lett till att bolaget, som lämnat anbud avseende de aktuella positionerna, lidit eller kan komma att lida skada.

Covidien har inte heller i övrigt förmått visa att Landstingen i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU eller de principer som bär upp lagen på ett sådant sätt att bolaget därigenom har lidit eller riskerat att lida skada saknas grund för ingripande mot upphandlingen. Covidiens ansökan skall således avslås.

Rättens interimistiska beslut från den 24 juni 2010 upphör härmed att gälla. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av denna dom inte prövas efter det att tio dagar gått från domens meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Detta gäller även om domen överklagas inom den anvisade tiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Jan Bratt