



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2012-12-18
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
13045-12 E
13091-12 E
Enhet 2:6

SÖKANDE

1. Allytec AB, 556275-0454
Surbrunnsgatan 59
113 27 Stockholm

2 Salubrious AB, 556592-9217
Box 5021
448 51 Tollerød

MOTPART

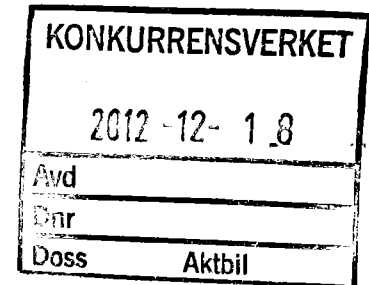
Västra Götalandsregionen, Juridiska enheten
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen av urinvolymsmätare med diariernr SN 179-2011 ska göras om.



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 2
13045-12 E,13091-12E

Avdelning 2

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört upphandling av urinvolymsmätare, så kallad bladderscan, diariernr SN 179-2011 (upphandlingen). Upphandlingen genomfördes som ett öppet förfarande varvid ett ramavtal skulle ingås med vinnande leverantör. Av tilldelningsbeslut daterat den 26 oktober 2012 framgår att annan leverantör än Salubrious AB (Salubrious) och Allytec AB (Allytec) antagits som leverantör. Allytec gick inte vidare till utvärderingsfasen då VGR ansett att bolagets anbud inte uppfyllt alla kvalificeringskrav. Anledningen till uteslutningen var enligt VGR att man inte lämnat in någon prislista för bladderscantillbehör vilket efterfrågades som en obligatorisk uppgift i förfrågningsunderlaget. Enligt utvärderingsprotokollet kom Salubrious på andra plats vid utvärderingen av anbuden. Vid utvärderingen bedömdes Salubrious bladderscan inte uppfylla börkravet att ha en mätnoggrannhet på +/- 30 ml.

YRKANDEN

Allytec yrkar att bolagets anbud ska utvärderas på samma sätt som övriga inlämnade godkända anbud. *Allytec* yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om så att alla behandlas lika. Bolaget anför i huvudsak följande. Bolaget kontaktade VGR via mail och telefon för att få svar på frågan om vad som menades med diverse separata poster i bilaga 2, uppställda nedanför komplett bladderscan och om dessa skulle fyllas i om de redan ingick i begreppet "komplett bladderscan". De fick inget svar, varken muntligen eller skriftligen och de lämnade in anbudet och fick själva göra en tolkning av hur de skulle svara. Efter anbudstidens utgång återkom ansvarig för upphandlingen och bad om en komplettering vilket bolaget tillhandahöll i form av en prissättning av de olika delarna i bilaga 2. Priset för den kompletta bladderscannern ändrades inte på någon modell. Ingenstans kan bolaget hitta att det har efterfrågats reservprislister. Bolaget bedömer inte att

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 3
13045-12 E,13091-12E

Avdelning 2

de har lämnat in en ny prislista efter sista anbudsdag. En leverantör får komplettera anbud efter begäran så länge det inte skapar konkurrensfördelar mot övriga anbudsgivare. Då det enbart är helhetspriset (komplett bladderscan) som ska utvärderas har inte Allytec tillskansat sig några fördelar genom att prissätta separata delar i kompletteringen då komplett apparat har samma pris som när anbudet lämnades in första gången. Upphandlingsunderlaget är motsägelsefullt formulerat. I bilaga 1 och 2 står det att alla positioner ska fyllas i vad gäller pris men i bilaga 7 och 8, där det ska göras, står det att de ska offerera en funktionsduglig apparat vilket de har gjort i positionen "komplett Bladderscan".

Vidare har VGR inte följt sitt eget uppställda utvärderingsförfarande. Om så hade skett och man hade undersökt minst två apparater vid samma tillfälle, borde man sett tappade volymer som matchar varandra både i kronologisk ordning och storleksmässigt. Det syns tydligt att så inte är fallet. Faktorer som tillsammans spelar stor roll för ett bra mätresultat med den här typen av utrustning är, förutom prestandan på själva apparaten;

- hur enkelt är det att hantera utrustningen,
- hur ser patienten ut, kroppsbyggnad,
- hur mycket finns det i blåsan,
- hur van är personalen att göra denna typ av undersökning.

För att bedöma punkten 2-4 förutsätter det att testerna genomförs av exakt samma personal på samma patient vid samma tillfälle annars behandlas inte alla lika. Mät noggrannheten är viktad till 56,25 procent i kravspecifikationen och har en väldigt stor påverkan på vilken apparat som kommer att vinna upphandlingen. Då naturen på utrustningen som upphandlats är av sådan art att större volymer ger större avvikelser borde man tagit hänsyn till detta. Alla testade modeller är CE märkta och FDA- godkända med specifika feltoleranser. Man har då testat apparaterna mot en vävnadsliknande fantom med en fastställd volym. En apparat som t.ex. är godkänd för 15 % +/- 20 ml håller sig inom specifikationerna om den uppmäter 100 ml

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 4
13045-12 E, 13091-12E

Avdelning 2

- 15 % (15 ml) -20 ml = 65 ml alternativt $100 + 15 \% (15 \text{ ml}) + 20 \text{ ml} = 135 \text{ ml}$. I de olika apparaternas produktspecifikationer är alltså inte felmarginal i procent densamma som felmarginalen i ml. Om man tar hänsyn till detta blir det så att mäter man på en liten volym blir felmarginalerna små i ml och mäter man på en stor volym blir felmarginalerna stora i ml. VGR verkar inte ha förstått detta. De apparater som testats på större volymer har missgynnats av utvärderingsmodellen. Om alla som genomför undersökningen inte är lika utbildade eller gör på samma sätt får detta stora konsekvenser för slutresultatet då noggrannhet viktas så högt i utvärderingen samt att det gjorts så få som 10 mätningar.

Salubrious yrkar att förvaltningsrätten förordnar att mätnoggrannhetstesterna ska göras om antingen genom att a) VGR använder sig av de krav som *Salubrious* ställer eller b) avvikelserna mäts i procent istället för i ml. *Salubrious* anför i huvudsak följande. Om man ska mäta i ml-avvikelse bör varje bladdersscan testas på samma patient innan kontrollmätning sker eller patienterna ha ungefär samma kontrolluppmätta volym urin efter scanning eller ett betydligt större patientunderlag än 10 personer användas. Vid genomgång av samtliga publicerade testresultat visade det sig att kontrolluppmätta urinvolymer varierade mycket. Minsta kontrolluppmätta urinvolymer var 2290 ml (snitt 229 ml per patient) och största kontrolluppmätta urinvolymer var 5227 ml (snitt 523 ml per patient). I de publicerade testerna framgår inte heller vilken av de 10 olika testscanningarna som genomförts på respektive patientgrupp. Det är inte lämpligt att använda ml vid mätnoggrannhetstesterna. För att få full poäng krävs en mätnoggrannhet på +/- 30 ml oavsett var i mätområdet 0-999 ml mätningen sker. Vid en blåsvolymer på 100 ml är 30 ml ganska mycket (30 procent av aktuell volym). Vid en blåsvolymer på 600 ml är å andra sidan 30 ml nästintill försumbart (5 procent av aktuell volym). Under den tid som mätningarna sker produceras hela tiden ny urin av patientens njurar. Urinproduktionen hos en vuxen person brukar uppskattas till 1-2,5 liter per dygn. Detta innebär att en

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 5
13045-12 E,13091-12E

Avdelning 2

vuxen person producerar 51 ml urin på 30 minuter. Efter att bägge mätningarna är utförda kommer det sannolikt att ha förflutit cirka 30 minuter vilket innebär att en volym motsvarande hela mätnoggrannheten plus lite till kan ha producerats av patienten och även tappats ut och blivit uppmätt. Det framgår inte av tilldelningsbeslutet hur VGR har hanterat detta. +/- 30 ml är en alldeles för snäv gräns. I själva verket är det så att +/- 90 ml kan vara en för snäv gräns med hänsyn tagen till ovanstående faktorer. Det ifrågasätts även om samtlig personal har fått erforderlig genomgång av bladderscannern.

VGR anser att ansökningarna ska avslås och anför i huvudsak följande.

Allytec

I förfrågningsunderlaget anges det under punkten 5.2 "utvärdering av anbud" i 6:e stycket att "priser ska anges i svenska kronor och anges i bilagorna 07 och 08". Därtill anges det på rad tre i kravspecifikationen, bilaga 1, att "pris ska anges för komplett samt för respektive detalj. Tillbehör ska också prissättas. Priser anges i bilaga 08 – Anbudsmall, bladderscan stationär." I bilaga 08 som efterfrågar prisuppgift för komplett bladderscan samt tillbehör anges följande. *Ovan listade produkter ska prissättas och kompletteras med ev. övriga tillbehör som krävs för att apparaten ska vara funktionsduglig. Tillbehör och liknande som ej anges här kommer att anses tillhöra produkten och inga kostnader för dessa kommer att accepteras.* Allytec lämnade i sitt anbud ett pris för "bladderscan komplett". Övriga prisuppgifter avseende tillbehör hade lämnats utan åtgärd. VGR valde därvid att begära in ett förtydligande från bolaget avseende var i anbudet det fanns uppgifter om enskilda priser för tillbehör till utrustningen. Allytec lämnade då in en förklaring avseende vad som ingick i den prissatta "bladderscan komplett" och även en prislista för tillbehören. Då bolaget inte angett de priser som efterfrågats i anbudet utan inkommit med en prislista först vid förfrågan om förtydligande menar VGR att de inte uppfyllt det

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 6
13045-12 E,13091-12E

Avdelning 2

obligatoriska kravet på rad tre i kravspecifikationen. Vidare anges tydligt i "frågor och svar", fråga tre hur prisbilagan ska fyllas i. Där står, i VGRs svar, att i bilaga 07 och 08 ska det anges pris för dels komplett bladderscan och dels för de ingående delarna listade var för sig.

VGR anser att det utvalda utvärderingsförfarandet ger ett bra resultat vad gäller de uppgifter som VGR har velat utvärdera. Förfarandet sker genom verklig provtagning på verkliga patienter i den miljö som utrustningen är avsedd att användas i. Att det kan skilja mellan patienters volym på urinblåsa och personals sätt att hantera utrustningen är en del av de faktorer som ska ingå i aktuell utvärdering då den avspeglar verkligheten. Att mätavvikelse anges i ml och inte i procent är också ett medvetet val då det är den enhet som används i fråga om aktuell utrustning. Bolaget har själva angett bl.a. i sitt produktblad för den offererade utrustningen avvikelsen både i ml och i procent. De har dessutom angett den offererade utrustningens mätavvikelse, oavsett volym på urinblåsa, till mindre än det som VGR ställt som krav. Att mätresultatet viktats till så stor andel i utvärderingen beror på att offererad utrustning ska användas på patienter varför just måtnoggrannheten är avgörande för upprätthållande av patientsäkerheten. Målet har inte varit att göra en vetenskaplig studie utan att prova utrustningen i verklig miljö utan någon påverkan på patienter eller personal. Då alla utrustningar testades på samma sätt har det inte skett någon särbehandling eller något annat agerande i strid med likabehandlingsprincipen.

Salubrious

Utvärderingen gick till väga på så sätt att personal som har vana att använda dylik utrustning fick använda offererade utrustningar på patienter i sin ordinarie verksamhet. Enligt rad 23 i kravspecifikationen gällande funktion och kvalitet så bör den offererade produkten ha en måtnoggrannhet på +/- 30 ml oavsett batterinivå. Med detta menar VGR att prestandan på utrustningen ska vara bibehållen, oavsett om batteriet är fulladdat eller

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 7
13045-12 E,13091-12E

Avdelning 2

nästän tomt. Gränsvärdet för mätavvikelse bygger på vad Salubrious och även övriga anbudsgivare i sina produktblad angett sina avvikelser till. Noterbart är att Salubrious i sin specifikation för den offererade utrustningen angett sin mätavvikelse till +/- 15 procent alternativt 25 ml alltså lägre än det krav som landstinget ställt. Som anförts ovan så bygger landstingets krav på vad leverantörer har angett i sina produktblad. Där anges måtenheten både i ml och i procent. Mätområdet (dvs. volymen) är detsamma som VGR angett i sina obligatoriska krav. Då både utrustningen, medicinska riktlinjer och producenter av aktuell utrustning använder sig av måtenheten ml finns det inte skäl för landstinget att frångå denna enhet vid sitt utvärderingsförfarande. Att det kan skilja mellan patienters volym på urinblåsa och personals sätt att hantera utrustningen är några av de faktorer som VGR medvetet valt ska ingå i aktuell utvärderingsmetod då det avspeglar verkligheten. Personalen har fått ta del av erforderlig genomgång av utrustningen. Det finns inga brister därvid. Att utföra testerna på det sätt som bolaget anför är varken realistiskt eller proportionerligt. Det kan inte anses skäligen att utrustningarna ska testas på samma patient så många gånger som Salubrious ger uttryck för. Då alla anbudsgivare som har kvalificerat sig har utvärderats på samma sätt och genomgått samma modell för att komma fram till det avgörande jämförelsevärdet har VGR inte särbehandlat någon eller på något sätt agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8
13045-12 E, 13091-12E

Avdelning 2

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 (1 kap. 9 § LOU).

Utredningen i målet

Under punkten 5.3 Utvärderingsförfarande anges följande. Utvärderingen kommer att gå till så att minst två bladderscan kommer att testas per patient som ska genomgå ett operativt ingrepp eller som kommer in för residualvolymsmätning, där vi i dagsläget alltid sätter kad preop. Resultatet kommer att jämföras med den volym vi får ut vid kad-sättningen. Alla bladderscan som testas kommer att genomgå samma procedur vid minst 10 tillfällen, detta för att säkerställa att alla kommer att få testas mot patienter av olika kön och kroppsbyggnad.

I rad 23 i kravspecifikationen anges följande under rubriken funktion/kvalitet. Bör ha mätnoggrannhet på +/- 30 ml oavsett batterinivå. Kommer att mätas på patient. Poäng ges enligt följande skala:

- 3 poäng = max 30 ml avvikelse (0 kr)
- 2 poäng = 31 - 60 ml avvikelse (150 000 kr)
- 1 poäng = 61 - 90 ml avvikelse (300 000 kr)
- 0 poäng = större än 90 ml avvikelse (450 000 kr)

*Förvaltningsrättens bedömning*Allytec

Av kravspecifikationen framgår att pris ska anges för komplett samt för respektive detalj. Tillbehör ska också prissättas. Priser anges i bilaga 08 – anbudsmall bladderscan stationär. Det är ostridigt att Allytec varken bifogat priserna för respektive detalj eller för tillbehören före anbudstidens utgång. Allytec menar härvid att förfrågningsunderlaget varit motsägelse-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 9
13045-12 E,13091-12E

Avdelning 2

fullt formulerat mot bakgrund av att det i de obligatoriska kraven angavs att alla positioner ska fyllas i avseende pris medan det i bilaga 08 anges något annat. Förvaltningsrätten noterar här att det i bilaga 08 anges att produkterna i listan ska prissättas och kompletteras med ev. övriga tillbehör som krävs för att apparaten ska vara funktionsduglig. Vidare framgår att de produkter som inte anges kommer att anses tillhöra produkten och att inga kostnader för dessa kommer att accepteras. Det går inte enligt förvaltningsrättens mening att i detta läsa in att enbart priset för en komplett bladder-scan ska offereras. Bolaget bedöms således inte ha uppfyllt alla obligatoriska krav i upphandlingen varför VGR har haft skäl att inte låta Allytec gå vidare till utvärderingens steg 2. Det faktum att VGR inte har återkopplat till bolaget vid förfrågan föranleder inte någon annan bedömning.

Allytec har vidare anfört bl.a. att utvärderingsmodellen inte lett till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet har antagits samt att modellen strider mot likabehandlingsprincipen. För att ingripande enligt LOU ska bli aktuellt krävs dock att en felaktighet i en upphandling har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada. Förvaltningsrätten har ovan konstaterat att Allytec inte uppfyller skullkraven i upphandlingen och att bolaget därmed inte kvalificerat sig till utvärderingsfasen. Mot denna bakgrund saknas skäl att pröva de invändningar som bolaget har mot utvärderingsmodellen. Det kan således konstateras att det saknas skäl att ingripa mot upphandlingen mot bakgrund av Allytecs ansökan om överprövning.

Salubrious

Frågan som rätten har att ta ställning till är om den del av utvärderingsmodellen som tydliggörs i punkten 5.3 och i rad 23 i förfrågningsunderlaget strider mot LOU. Enligt EU-domstolens praxis får de upphandlande myndigheterna vid valet av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet välja de kriterier som de ämnar tillämpa, på villkor att de syftar till att möjliggöra

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 10
13045-12 E,13091-12E

Avdelning 2

att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet fastställs, och att de inte medför att den upphandlande myndigheten ges en obegränsad valfrihet när den tilldelar en anbudsgivare kontrakt. Tillämpningen av nämnda kriterier ska dessutom ske med iakttagande av såväl förfarandereglerna som de grundläggande principer som följer av EU-rätten (C-448/01 p. 37-38).

Inledningsvis kan det konstateras att det inte är visat att den personal som testat offererade produkter har saknat vederbörlig kunskap om respektive produkt. Det finns således inte skäl att på denna grund ingripa mot upphandlingen. Inte heller omständigheterna att VGR inte redogjort för vilka av de 10 olika testscanningarna som genomförts på respektive patientgrupp eller för hur man har hanterat problematiken med ytterligare producerad urinvolym vid testillfället föranleder ingripande mot upphandlingen.

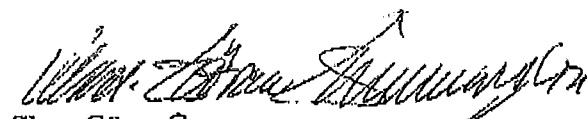
Salubrious hävdar därvid, liksom Allytec, att utvärderingsmodellen inte är rättvisande då det vid genomgång av samtliga publicerade testresultat visade sig att det är stor skillnad mellan största och minsta uppnädda urinvolym. Salubrious menar bl.a. att det inte är lämpligt att använda enheten ml vid mätnoggrannhetstesterna då det förhåller sig så att vid en blåsvolym på 100 ml är 30 ml ganska mycket men vid en blåsvolym på 600 ml så är 30 ml nästintill försumbart.

Förvaltningsrätten konstaterar att Salubrious obesträtt har anfört att en bladderscanners mätnoggrannhet påverkas av mängden volym i blåsan. Utformningen av aktuell utvärderingsmodell där någon hänsyn inte tas till urinvolymen hos testpersonerna innebär att ett bolag vars apparat testas på patienter med en liten urinvolym har en fördel i förhållande till bolag vars apparater testas på patienter med en stor urinvolym. Som exempel kan nämnas att vinnande anbudsgivare fick sin bladderscanner testad mot en urinvolym på totalt 2 432 ml medan t.ex. Salubrious bladderscanner testades mot totalt 3 449 ml. Mot denna bakgrund är det förvaltningsrättens

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 11
13045-12 E,13091-12E

Afdelning 2

bedömning att utvärderingsmodellen i denna del strider mot likabehandlingsprincipen. Att det var slumpen som avgjorde vilket bolag som förfördelades respektive gynnades av metoden föranleder ingen annan bedömning. Aktuellt mätninggrannhetstest viktades mycket högt i anbudsutvärderingen och var direkt avgörande för vilken anbudsgivare som skulle vinna upphandlingen. Salubrious bedöms således ha kunnat komma att lida skada av felaktigheten. Då bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och därmed det konkurrensuppsökande skedet är bedömningen att det inte är tillräckligt med en rättelse. Förvaltningsrätten beslutar därför att upphandlingen ska göras om.

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

Claes-Göran Gunnarsson

Rådman

Föredragande i målet har varit Anna Wennergren.



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 lämnat prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till 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 uppge 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