



SÖKANDE

Autoklaver & Desinfektorer MediCal i Göteborg AB, 556544-0178
Fiskhamnsgatan 6 A
414 58 Göteborg

Ombud: Advokat Ann Wedsberg
Advokatfirman Wedsberg AB
Sjöflygvägen 35 A
183 62 Täby

MOTPART

Landstinget Sörmland, 232100-0032
Upphandlingsenheten
631 88 Eskilstuna

SAKEN

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

KONKURRENSVERKET	
2013-05-08	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att upphandlingen ska
göras om.

BAKGRUND

Landstinget Sörmland (landstinget) genomför en upphandling som avser köp av två stycken vagndiskdesinfektorer, diarienummer DU-UPP12-204. Upphandlingen genomförs med öppet förfarande enligt LOU. Autoklaver & Desinfektorer MediCal i Göteborg AB (MediCal) kvalificerade sig i upphandlingen och vid anbudstidens utgång hade fyra anbud inkommit. Landstinget har i tilldelningsbeslut den 11 februari 2013 antagit anbud från en annan leverantör än MediCal.

ANSÖKAN OM ÖVERPRÖVNING

MediCal ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att rättelse ska ske på sådant sätt att MediCal ges samma poäng som övriga anbudsgivare beträffande kriteriet tillgänglighet samt att MediCal därefter antas som leverantör.

I andra hand yrkar Medical att hela upphandlingen görs om.

Som grund för MediCals yrkanden anges bl.a. följande. Landstinget har angivit ett skullkrav rörande dokumentationen som innebar att dokumentationen skulle finnas tillgänglig vid ett studiebesök. MediCals dokumentation fanns tillgänglig och borde ha omfattats av utvärderingen. Landstinget har genom sitt agerande brutit mot LOU:s grundprinciper i 1 kap. 9 § LOU om likabehandling och transparens och MediCal har lidit skada på grund av landstingets beslut.

Landstinget bestrider bifall till MediCals yrkanden, men medger rättelse innebärande en ny anbudsutvärdering vid vilken landstinget utvärderar den dokumentation som fanns tillgänglig i en pärm hos avdelningschefen i Hjälpmedelcentrum Östra Skånes (Hjälpmedelscentrum) lokaler vid landstingets besök den 17 januari 2013.

VAD PARTERNA ANFÖRT

MediCal

Av förfrågningsunderlaget framgår att en av utvärderingsparametrarna var den tekniska dokumentationen för maskinen och att studiebesök på begäran ska kunna anordnas på plats där utrustningen finns tillgänglig för provning och utvärdering. Landstinget har angivit ett skullkrav rörande dokumentationen som inneburit att dokumentationen skulle finnas tillgänglig vid studiebesöket.

Utvärderingen av dokumentationen utfördes hos en av MediCal utvald referensanläggning, Hjälpmedelscentrum. Av utvärderingsprotokollet framgår att MediCal endast tilldelats en poäng av fyra möjliga avseende den tekniska dokumentationen. Anledningen till det var enligt landstinget att det vid studiebesöket saknades stora delar av dokumentationen på plats. Det påståendet var dock inte korrekt.

Den aktuella dokumentationen fanns på verksamhetschefens kontor, beläget i samma lokaler som den aktuella maskinen. Vid det studiebesök som skedde efterfrågade landstingets personal var dokumentationen fanns. De upplystes då om att pärmen med all dokumentation förvarades på verksamhetschefens kontor, 30 meter bort från den plats där maskinen befann sig. Landstingets personal valde att inte ta del av dokumentationen. Det kan inte anses följa av skullkravet att dokumentationen skulle finnas på någon speciell plats i lokalerna. Ett sådant krav hade behövt anges särskilt för att uppfylla kravet på transparens enligt 1 kap. 9 § LOU.

Det har varit omöjligt för MediCal att på förhand veta att det skulle ha betydelse för poängsättningen att pärmen inte stod just vid maskinen. Informationen har vid studiebesöket lämnats om var dokumentationen fanns och kravet som uppställt var bara att dokumentationen skulle "finnas tillgänglig". Formuleringen "finnas tillgänglig" är således otydlig

och har kunnat ges annan innebörd än den landstinget angivit i utvärderingen. Förfrågningsunderlaget är därför inte så transparent att MediCal kunnat utläsa vad landstinget skulle komma att utvärdera, utan har öppnat för godtycklig bedömning.

MediCal konstaterar att den information som nu finns i den aktuella pärmen kommer att vara delvis ny, eftersom MediCal i enlighet med det avtal som gäller med Hjälpmedelscentrum, regelbundet uppdaterar och kompletterar sin information. Vid sådan uppdatering tas gammalt material ut och nytt sätts in. Det förekommer även digitala uppdateringar. Pärmens innehåll redan från början den dokumentation som offererats, helt i enlighet med kravspecifikationen. Eftersom det rätteligen skulle vara den tekniska dokumentationens utformning och omfattning vid det ursprungliga referensbesöket som skulle utvärderas lämnar MediCal till förvaltningsrätten frågan om detta krav kan anses uppfyllt genom det rättelseförfarande som landstinget föreslår, eller om en rättvisande bedömning förutsätter att upphandlingen görs om.

För ordningens skull vill MediCal också framhålla att det är den dokumentation som ska tillhandahållas landstinget i den aktuella upphandlingen som ska vara på svenska. Språkravet avser inte den dokumentation som levererats till referensobjektet, som härrör från en helt annan upphandling. MediCal har uppfyllt kravet att se till att all relevant dokumentation fanns på plats vid referensbesöket och kommer att leverera ifrågavarande information på svenska i den aktuella upphandlingen, oavsett vilket språk dokumentationen är avfattad på avseende referensobjektet.

Det kan också ifrågasättas varför anbudsgivare fyra erhållit tre poäng avseende dokumentationen, när det i sammanställningen (punkt 8.2) anges att inget studiebesök gjorts hos denna anbudsgivare.

Sammanfattningsvis var poängsättningen inte korrekt avseende den tekniska dokumentationen, varför rättelse bör göras på så sätt att utvärderingen görs om och åtminstone tre poäng tilldelas MediCal avseende dokumentationen. Om MediCal tilldelats korrekt poäng för dokumentationen hade det vunnit upphandlingen och tilldelats upphandlingskontraktet. Den felaktiga utvärderingen har således förorsakat MediCal skada.

Landstinget

MediCal gör i sin ansökan om överprövning gällande att landstinget inte poängsatt MediCals dokumentation på ett korrekt sätt samt, som det får förstås, att det aktuella kravet och kriterierna inte är transparent. Detta är något som bestrids av landstinget. Landstinget har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU. MediCal har varken lidit skada eller kan komma att lida skada.

Eftersom inget annat överenskommits efterfrågade landstingets representanter den tekniska dokumentationen vid studiebesöket. De tillhandahölls då endast ett dokument avseende översättning av felkoder vilket vid utvärderingen naturligen inte kunde föranleda mer än en poäng. Landstinget har inte valt bort någon dokumentation utan när dokumentationen efterfrågades uppgav bolagets representant att denne inte hade den med sig. Att dokumentationen fanns på ett kontor i närheten var inget som delgavs landstingets representanter.

Efter ett telefonsamtal med angiven person framstår det som klart att det föreligger ett missförstånd från landstingets sida avseende dokumentationen.

Landstinget medger rättelse innebärande en ny anbudsutvärdering vid vilken landstinget utvärderar den dokumentation som fanns tillgänglig i en pärm hos avdelningschefen i Hjälpmedelcentrums lokaler vid landstingets besök den 17 januari 2013. I samband härmed bestrider landstinget en rättelse i enlighet med bolagets yrkande då tilldelning av poäng på osedd dokumentation skulle bryta mot likabehandlingsprincipen gentemot övriga anbudsgivare. Eftersom felet är att hänföra till utvärderingsfasen och inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede saknas förutsättningar för att upphandlingen ska göras om.

Medgivandet är avhängigt att dokumentationen på Hjälpmedelscentrum var densamma som offereras i enlighet med kravspecifikationen i nu aktuell upphandling. Att inom ramen för en upphandling utvärdera något annat än det som faktiskt offereras kan inte anses vara förenligt med de grundläggande principerna i LOU.

Landstingets representanter fick vid studiebesök på Hjälpmedelscentrum uppfattningen att den dokumentation som Hjälpmedelscentrum fått med referensutrustningen var på engelska.

Som landstinget får uppfatta MediCal var dokumentationen som fanns på Hjälpmedelscentrum inte överensstämmande med den dokumentation landstinget kravställt i upphandlingen. Det kan därför ifrågasättas om det är visat att landstinget begått ett upphandlingsfel genom att inte utvärdera mer än den översättning av felkoder som faktiskt tillhandahölls vid studiebesöket.

För god ordnings skull får MediCals kommentarer kring poängsättningen av anbud nummer fyra kort bemötas. Studiebesök genomfördes hos de anbudsgivare som i det första skedet av utvärderingen hade lägst jämförelsevärde. Efter studiebesöken visade utvärderingen att

anbudsgivare nummer fyra matematiskt inte kunde erhålla det lägsta jämförelsevärdet. Som framgår av sammanställning av upphandling genomfördes därför inte något studiebesök. Hur landstinget sedan valt att belasta anbudet i utvärderingen är inte till skada för MediCal eller någon av de andra anbudsgivarna eftersom anbud nummer fyra alltså har högst jämförelsepris.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

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.

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, ska rätten enligt 16 kap. 6 § LOU besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förfrågningsunderlaget

Punkt 3.2 – Studiebesök (administrativa föreskrifter)

Krav: Studiebesök ska på begäran kunna anordnas på plats där utrustningen finns tillgänglig för provning och utvärdering.

Krav: All relevant dokumentation ska finnas tillgänglig vid studiebesöket om inget annat överenskommit mellan parterna.

Punkt 3.1.3 – Utvärderingen av anbud (administrativa föreskrifter)

För vissa kriterier kan utvärderingen komma att baseras på resultat och erfarenheter som framkommer vid studiebesök.

Punkt 3.2.2.1 – (svarsblankett U2, utvärderingskriterier)

Den tekniska dokumentationen bör vara väl utformad och omfatta funktionsbeskrivning, kopplingsscheman, reservdelsförteckning, anvisningar för underhåll och kontroller, sprängskisser, felsökningsanvisningar, förteckning över specialverktyg, komplett lista över felkoder.

Förvaltningsrättens bedömning

Landstinget har i upphandlingen ställt krav på att studiebesök på begäran skulle kunna anordnas på plats där utrustningen som ska upphandlas finns tillgänglig för provning och utvärdering samt att all relevant dokumentation skulle finnas tillgänglig vid studiebesöket om inget annat överenskommits mellan parterna. Studiebesök genomfördes den 17 januari 2013 hos Hjälpmedelcentrum. MediCal har uppgett att den aktuella dokumentationen fanns på verksamhetschefens kontor, beläget i samma lokaler som den aktuella maskinen.

MediCal har anfört att den aktuella dokumentationen funnits på verksamhetschefens kontor, beläget i Hjälpmedelcentrums lokaler. MediCal har även anfört att landstingets personal efterfrågade var dokumentationen fanns och att de upplystes om att en pärm med all dokumentation förvarades på verksamhetschefens kontor, 30 meter bort från den plats där maskinen befann sig. Landstingets personal ska därefter valt att inte ta del av dokumentationen.


Landstinget har anfört att dess representanter efterfrågade den tekniska dokumentationen vid studiebesöket men att det tillhandahölls endast ett dokument avseende översättning av felkoder vilket vid utvärderingen naturligen inte kunde föranleda mer än en poäng. Ingen dokumentation skulle ha valts bort, utan när dokumentationen efterfrågades uppgav bolagets representant att denne inte hade den med sig. Att dokumentationen funnits på ett kontor i närheten var inget som delgavs landstingets representanter.

Landstinget har därefter uttalat att det uppstått ett missförstånd och medgett rättelse innebärande en ny anbudsutvärdering vid vilken landstinget utvärderar den dokumentation som fanns tillgänglig i en pärm hos avdelningschefen i Hjälpmedelcentrums lokaler vid landstingets besök den 17 januari 2013.

Förvaltningsrätten finner att landstinget, genom att inte utvärdera den tillgängliga dokumentationen och därefter poängsätta MediCals anbud lägre än de andra anbuden, har trätt de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU för när. Detta har medfört att MediCal lidit eller kan komma att lida skada och förvaltningsrätten ska därför besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

När ett fel är att hänföra till utvärderingsfasen och inte till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan åtgärden normalt begränsas till en rättelse. I detta fall framstår dock rättelse som en olämplig åtgärd eftersom ifrågavarande dokumentation enligt MediCal har förändrats till följd av uppdateringar och kompletteringar. Upphandlingen ska därför göras om.

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


Magnus Wickström

Föredragande har varit Joakim Lundegård.



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. 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 lämnar 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 3109/1D LOU