



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I UMEÅ**

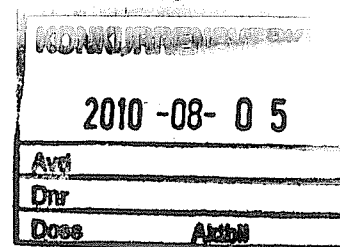
**DOM**  
**2010 -08- 0 4**  
Meddelad i  
Umeå

Mål nr  
1686-10 E  
Kansli 3

**SÖKANDE**

Dräger Medical Sverige AB, 556629-5100  
Ekbacksvägen 22  
168 69 Bromma

Ombud: Magnus Larzon  
Dräger Medical Sverige AB  
Ekbacksvägen 22  
168 69 Bromma



**MOTPART**

Västerbottens läns landsting  
901 89 Umeå

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 17 maj 2010.

Dok.Id 3168

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 193 901 05 Umeå	Nygatan 45 (Tingshuset)	090-17 74 00 E-post: <a href="mailto:forvaltningsratteniumea@dom.se">forvaltningsratteniumea@dom.se</a>	090-13 75 88	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

## BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västerbottens läns landsting (Landstinget) har infordrat anbud på transportkuvössystem (dnr 753-2009). Upphandlingen sker i samarbete med landstingen i Jämtland, Västernorrland, Dalarna, Norrbotten, Sörmland, Uppsala län, Värmland, Västmanland, Västra Götalandsregionen och Östergötland.

Dräger Medical Sverige AB (Bolaget) yrkar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Landstinget bestrider bifall till Bolagets ansökan.

På begäran av Bolaget har förvaltningsrätten, genom interimistiskt beslut den 17 maj 2010, förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

## TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. (1 kap. 9 § LOU)

Vid offentlig upphandling ska öppet eller selektivt förfarande användas. Förhandlat förfarande utan föregående annonsering får bl.a. användas vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt. (4 kap. 1 § och 5 § första stycket, 1 p LOU)

Med förhandlat förfarande avses ett förfarande där den upphandlande myndigheten inbjuder utvalda leverantörer och förhandlar om kontraktsvillkoren med en eller flera av dem. (2 kap. 9 § LOU)

En upphandlande myndighet skall anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, skall upphandlande myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. (12 kap. 1 § första och andra styckena LOU)

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 lidit eller kan komma att lida skada, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. (16 kap. 2 § första stycket LOU i dess lydelse före den 15 juli 2010)

## **FÖRFRÅGNINGSUNDERLAG OCH UTVÄRDERING**

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter anges bl.a. följande.

### *2.11.2 Utvärdering av anbud - utvärderingskriterier*

Förfrågningsunderlaget innehåller ett antal utvärderingskriterier (bör-krav) som kommer att bedömas vid utvärderingen av anbud. Dessa kriterier kan innebära att den upphandlande enheten även begär att anbudsgivare anger eller beskriver något. Vissa kriterier kan komma att utvärderas i samband med provuppställning och/eller studiebesök.

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kvalificeringskrav och obligatoriska krav enligt ovan, kommer det/de anbud att antas som är det/de för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till följande viktade utvärderingskriterier:

- |   |   |      |
|---|---|------|
| 1 | Funktion, ergonomi, utbildning, teknik                              | 70 % |
| 2 | Totalekonomi, inköpspris och driftkostnader, inklusive serviceavtal | 30 % |

I förfrågningsunderlagets Kravspecifikation anges bl.a. följande.

*A Definitioner*

A.1 Transportkuvössystem definieras enligt EN 13976-1 (interface) och EN 133976-2 (system requirements). Detta innebär väsentligen en kuvös lämpad för transporter, ett bårunderrede samt egen el och gasförsörjning.

*10 Transportkuvössystemets underrede*

10.2 Transportkuvössystemets underrede bör vara utformat för att medge lastning och fixering utan extra interface i vägambulans, ambulansflyg och ambulanshelikopter. Ange lösning för dessa inkluderat tekniska specifikationer.

Av tilldelningsbeslut inklusive utvärdering och upphandlingsrapport framgår bl.a. att sju anbud inkom inom den föreskrivna tiden varav tre gick vidare till anbudsutvärdering. Vidare framgår att Landstinget övergick från öppet till förhandlat upphandlingsförfarande och att bedömningen av anbuderna skedde utifrån referensgruppens utvärdering av lämnade anbud och resultat från provuppställning/lastning. Av de tre lämnade anbuderna bedömdes det från International Biomedical Ltd/Airborne (Biomedical) vara det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

## PARTERNAS ANFÖRANDE

Parterna har i förvaltningsrätten anfört i huvudsak följande.

### **Bolaget**

Upphandlingen avser transportkuvös innefattande dels kuvös, dels underrede, varför vissa leverantörer har valt att lämna anbud tillsammans. Bolaget, som säljer kuvöser, har lämnat anbud tillsammans med Micus AB (Micus).

I Anbudsförfrågans Kravspecifikation, bör-krav 10.2, anges att transportkuvösens underrede bör vara utformat för att medge lastning och fixering utan extra interface i vägambulans, ambulansflyg och ambulanshelikopter. Biomedical har i sitt anbud offererat ett system som innebär att man måste byta underrede vid omlastning och därför ha med sig ett annat underrede för byte vid förflyttning. Anbudet från Biomedical har således inte inkluderat något underrede från Micus. Vid genomförd provuppställning använde man sig dock av ett sådant underrede. Bolaget anser att en leverantör vid övergång från öppet förfarande till förhandlat förfarande inte kan förändra sitt anbud i allt väsentligt och menar att det Biomedical gjort, ändrat underleverantör och presenterat en vara med helt ny konstruktion, är en väsentlig förändring.

Såvitt Bolaget förstått har inte samtliga lösningar från de ursprungliga anbuderna varit omöjliga att införa, men varit i behov av kompletteringar. De förändringar Bolaget inkommit med har i vilket fall inte varit så omfattande att de inte skulle kunna göras inom ramen för kompletteringar av vanligt öppet förfarande. Om däremot Biomedicals lösning inte kunnat antas ursprungligen utan först sedan man fått möjlighet att byta ut bårunderredet är Bolagets åsikt att detta anbud i sitt ursprung skulle ha förkastats. Om Biomedicals ursprungliga lösning däremot skulle kunna antas med rimliga kompletteringar borde den lösningen utvärderas utan förändring av bårun-

derrede. Vad gäller de skillnader som finns mellan anbud och provuppställning för Bolaget är det fråga om en vidareutveckling av befintlig offererad lösning till skillnad från Biomedicals lösning som var helt ny.

När det gäller priset kan Bolaget konstatera att inget pris finns i anbudet för visad lösning men att Biomedical fått frågan från Landstinget angående priset på lösningen och även bekräftat detsamma. Någon motsvarande fråga till Bolaget har inte ställts.

Det torde vara av stort intresse för Landstinget att även säkerställa att Biomedical vid en sådan omfattande förändring av anbudet kan/får leverera utrustningen från angiven leverantör. Eftersom två leverantörer uppenbarligen har erbjudande från samma underleverantör torde frågan om anbudsgivarnas förfoganderätt över erbjuden lösning vara relevant för Landstinget. Micus har till Bolaget framfört att det mellan dem och Biomedical inte finns några avtal tecknade om leverans av bårunderreden. Det finns inte heller offerter för det ändamålet mellan parterna och heller inte några förfrågningar om samarbete mellan parterna. Bolaget och Micus har i god tid innan anbud avgetts tecknat ett Letter of Intent där parterna intygar sin vilja att offerera tillsammans till Landstinget på exklusiv grund. Det är därför av största intresse för Landstinget att få reda på hur Biomedical har för avsikt att leverera provuppställd, och genom mejlkorrespondens verifierad, utrustning till Landstinget. Bolaget anser därför att förvaltningsrätten ska kräva in sådana handlingar som gör gällande att Biomedical kan leverera det de påstår sig kunna göra utan att bryta mot den uppgörelse Bolaget har med Micus.

Landstingets utvärdering har baserats på den prototyp som Biomedical presenterat vid provuppställningen och inte på det som offererats. Bolaget anser att Landstinget gjort fel som godkänt att Biomedical tillåtits att genomföra provuppställningen med ett underrede som inte offererats och som de inte kan leverera på grund av avsaknad av avtal med leverantören.

På sätt som angivits ovan har Landstinget brutit i de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om framförallt likabehandling och transparens i 1 kap. 9 § LOU. Till följd av de felaktigheter som begåtts i upphandlingen kommer Bolaget att lida väsentlig ekonomisk skada.

### **Landstinget**

Under utvärderingen av anbuden framkom att inget av anbuden kunde tillgodose Landstingets behov. Landstinget beslutade därför att övergå till förhandlat förfarande. I den situation som Landstinget hade att hantera måste det vara uppenbart att förhandlingarna som fördes syftade till att få till stånd anpassningar och/eller ändringar i anbuden så att de bättre svarade mot Landstingets behov. Enligt 4 kap. 5 § första stycket punkten 1 LOU får förhandlingarna inte medföra väsentliga förändringar i kontraktsvillkoren. Några väsentliga förändringar i kontraktsvillkoren har inte skett.

Landstinget vitsordar det faktum att Biomedical i förhandlingarna erbjudit ett annat bårunderrede (Micus) än det som fanns i det ursprungliga anbudet (Allfa) men bestrider att landstinget därför borde ha lagt anbudet åt sidan. Ett sådant förfaringssätt skulle sätta bestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket punkten 1 LOU ur spel.

Såvitt avser frågan om eventuella förändringar i priset till följd av ändringarna i den föreslagna tekniska lösningen har Biomedical i e-post till Landstinget den 1 april 2010 bekräftat att användningen av bårunderredet från Micus inte medför någon förändring av det offererade priset. Anledningen att Landstinget ställde en fråga om priset till Biomedical var den väsentliga skillnaden mellan deras pris och de två övriga anbudsgivarnas priser. Att vid ett sådant förhållande be anbudsgivaren bekräfta sitt pris kan inte ses som anmärkningsvärt.

Det förtjänar också att påpekas att det finns skillnader mellan Bolagets eget ursprungliga anbud och den tekniska lösning som visades vid provuppställningarna. I sitt anbud har Bolaget erbjudit ett bårunderrede från Micus. Vid provuppställningarna användes dock ett helt annat underrede från Micus, helt utan modellbeteckningar. Några uppgifter om hur denna skillnad påverkar priset har inte lämnats av Bolaget. Enligt Landstingets mening är det ingen större praktisk skillnad mellan att vid förhandling erbjuda ett bårunderrede från leverantör B istället för leverantör A, som Biomedical gjort, jämfört med att erbjuda ett annat bårunderrede från samma leverantör, vilket Bolaget gjort.

Vad gäller de frågor som ställts till anbudsgivarna kan konstateras att Bolagets anbud i sin ursprungliga lydelse inte var komplett utifrån vad som efterfrågades i förfrågningsunderlaget. Det saknades flera väsentliga delar av den utrustning som är nödvändig för att erhålla ett komplett transportkuvösystem. Huvuddelen var dessutom obligatoriska enligt förfrågningsunderlagets Kravspecifikation. Skall-kraven enligt punkterna 6.1, 7.1, 8.1, 8.5 och 9.1 uppfylldes inte. Om förvaltningsrätten skulle finna att de ändringar som Biomedical gjort är av väsentlig art är det landstingets mening att även de ändringar som Bolaget tillåtit göra ska bedömas på samma sätt.

Bolaget menar vidare att det skulle kunna finnas hinder för Biomedical att erbjuda underreden från Micus. Landstingets anser att rätten helt ska bortse från vad Bolaget anför i denna fråga. De grunder och omständigheter som Bolaget anför avser uteslutande civilrättsliga frågor mellan å ena sidan Bolaget och Micus för det fall Micus tillhandahåller bårunderreden till Biomedical och å andra sidan Landstinget och Biomedical för det fall Biomedical inte kan leverera i enlighet med sitt anbud. Dessa frågor kan enligt Landstingets mening inte prövas inom ramen för detta mål. Frågorna har inget samband med rättens prövning av huruvida upphandlingen genom-



förts i enlighet med de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

Om rätten ändå skulle finna att frågan om eventuella rättsliga begränsningar i Biomedicals möjligheter att offerera bårunderreden från Micus har betydelse för prövningen av detta mål vill Landstinget anföra följande. Det bestrids att det Letter of Intent som Bolaget givit in begränsar Micus möjligheter att sälja bårunderreden till andra företag på det sätt som Bolaget gör gällande. Av Letter of Intent framgår att efter en första utvärdering av samarbetet ska ett mer detaljerat avtal upprättas. På det sätt som Bolaget lagt upp sin talan måste det förstås som att något sådant avtal aldrig kommit till stånd mellan parterna. Det kan därför med fog antas att det Letter of Intent som Bolaget hänvisar till inte längre kan göras gällande mellan parterna. Av utformningen av Letter of Intent framgår att det avser ett samarbete i syfte att utarbeta ett gemensamt anbud i upphandlingen. Det framgår inte att det skulle begränsa Micus möjligheter att som en ren leverantör sälja underreden till andra företag, även sådana som skulle kunna lämna in anbud i upphandlingen, utan enbart att aktivt delta i utformningen av det företags anbud. Landstinget har enligt bifogat e-postmeddelande fått besked från Biomedical om att de fått försäkringar om att få tillgång till bårunderreden från MICUS. Såvitt nu låter sig bedömas kommer Biomedical att kunna fullfölja sina åtaganden gentemot Landstinget. Det förtjänar att i sammanhanget påpekas att det är vanligt förekommande i upphandlingar av såväl utrustningar som förbrukningsmaterial att flera anbudsgivare erbjuder varor från samma tillverkare.

Landstinget anser att upphandlingen genomförts i enlighet med LOU och de gemenskapsrättsliga principerna för upphandling samt att Bolaget inte lidit eller riskerat att lida skada.

### DOMSKÄL

Landstinget har under upphandlingen beslutat att övergå från ett öppet till ett förhandlat förfarande. Bolaget har anfört att Landstinget borde ha begärt in kompletteringar av Biomedicals anbud inom ramen för det öppna förfarandet och utvärderat anbudet utan den förändring av bårunderredet som skedde vid det förhandlade förfarandet. Om anbudet inte kunnat antas i det skicket anser Bolaget att det borde ha förkastats. Bolaget menar också att Biomedical väsentligen förändrat sitt anbud i och med presentationen av det nya underredet. Förvaltningsrätten uppfattar denna argumentation som ett ifrågasättande av om Landstinget haft rätt dels att övergå från det öppna till det förhandlade förfarandet, dels att låta Biomedicals anbud ingå i det förfarandet.

Den bestämmelse som synes ha tillämpats vid övergången, och som Landstinget också hänvisar till, är 4 kap. 5 § första stycket punkten 1 LOU. Om förutsättningarna i bestämmelsen är uppfyllda får den upphandlande myndigheten övergå till ett formlöst förfarande där den upphandlande myndigheten kan vända sig direkt till en eller flera leverantörer utan föregående annonsering. Bestämmelsen reglerar en undantagssituation och ska därmed tolkas restriktivt.

Den första förutsättningen som måste vara uppfylld är att det vid det öppna förfarandet inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud. Landstinget har härvid obestritt anfört att inget av de lämnade anbuden kunnat tillgodose Landstingets behov. Med hänsyn härtill och då annat inte framkommit ska denna uppgift godtas.

En ytterligare förutsättning för att få använda förhandlat förfarande är att de ursprungliga villkoren för kontraktet inte har ändrats väsentligt. Härmed avses sådana omfattande förändringar av i förfrågningsunderlaget angivna krav och förutsättningar för upphandlingen som kan påverka leverantörers beslut att lämna anbud i upphandlingen. Förvaltningsrätten konstaterar att

vad som förs fram av Bolaget om att Biomedical bytt underleverantör och presenterat en helt ny vara hänför sig till ändringar i Biomedicals anbud. Bestämmelsen i 4 kap. 5 § första stycket punkten 1 LOU innebär dock att den upphandlande myndigheten inte får göra väsentliga förändringar av upphandlingen, jämfört med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Att någon sådan förändring skulle ha gjorts har inte ens hävdats. Inte heller finns det något i utredningen i målet som tyder på att så skulle vara fallet.

På grund av det anförda anser förvaltningsrätten att förutsättningarna i 4 kap. 5 § första stycket punkten 1 LOU för övergång till förhandlat förfarande utan föregående annonsering måste anses vara uppfyllda.

Såsom framgår av 2 kap. 9 § LOU innebär ett förhandlat förfarande att en myndighet kan förhandla om kontraktsvillkor med inbjudna leverantörer. Något hinder för Landstinget att förhandla med Biomedical har således inte funnits. Att de genomförda förhandlingarna syftat till och förmodligen även medfört att tidigare lämnat anbud anpassats och förändrats för att på ett bättre sätt motsvara vad som efterfrågats i förfrågningsunderlaget strider inte mot de gemenskapsrättsliga principerna eller någon bestämmelse i LOU.

Bolaget ifrågasätter även om Biomedical kan leverera det underrede som presenterades vid provuppställningen och anser att förvaltningsrätten ska kräva in handlingar som visar att leverans kan ske. Förvaltningsrätten uppfattar detta som en invändning om att Landstinget agerat i strid med LOU då Landstinget inte utrett Biomedicals möjligheter till leverans.

Förvaltningsrätten kan härvid konstatera att en myndighet vid genomförande av en offentlig upphandling kan vara skyldig att utreda sådana oklarheter som skulle kunna påverka utvärderingen av lämnade anbud, t.ex. i fråga om en leverantör förfogar över angivna, eller därmed likvärdiga, resurser. Landstinget har inom det förhandlade förfarandet utvärderat samtli-

ga de anbud som gick vidare till utvärderingsfasen inom det öppna förfarandet. Med hänsyn till syftet med regleringen av offentliga upphandlingar kan förvaltningsrätten inte finna annat än att Landstinget är bunden av bestämmelserna i LOU även vid den utvärdering som nu skett. Enligt förvaltningsrättens mening innebär dock de omständigheter som Bolaget framhållit inte att det förelegat sådana oklarheter kring Biomedicals anbud att Landstinget varit skyldig att vidta åtgärder i nu aktuellt avseende.

På grund av det anförda anser förvaltningsrätten inte visat att upphandlingen strider mot någon av de gemenskapsrättsliga principerna eller i övrigt mot LOU. Bolagets ansökan om att upphandlingen ska rättas kan därför inte bifallas.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (Dv 3109/1C LOU)

  
Helén Leijon  
rådman

Målet har föredragits av Christina Röckner.