



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**

DOM
2019-04-08
Meddelad i Linköping

Mål nr
549-19

KONKURRENSVERKET	
2019-04-09	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Medical Imaging Technologies Nordic AB, 556997-0600

Ombud: Advokaten Mikael Karlsson och juristen Elin Odebo
Advokatbyrån Gulliksson AB

MOTPART

Östergötlands läns landsting

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Östergötlands läns landsting (Regionen) genomför upphandlingen *Bildhanteringssystem*, dnr UC-2018-86, som öppet förfarande enligt LOU. Upphandlingen är indelad i två anbudsområden, Enklare dokumenthantering och Bildhanteringssystem, för vilka anbud kan lämnas separat. Tilldelning sker till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet utifrån grunden bästa förhållandet mellan pris och kvalitet. Regionen meddelade den 21 och 27 december 2018 tilldelningsbeslut som sedermera upphävdes och den 11 januari 2019 ett tilldelningsbeslut enligt vilket Medical Imaging Technologies Nordic AB (MIT) tilldelades kontrakt för anbudsområdet Enklare dokumenthantering och Meditek medicinsk utrustning MMU filial (Meditek) kontrakt för anbudsområdet Bildhanteringssystem.

MIT ansöker om överprövning av upphandlingen avseende anbudsområde Bildhanteringsystem och yrkar att förvaltningsrätten ska förordna att den ska göras om.

Regionen bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA SAMMANFATTNINGSVIS HAR ANFÖRT

MIT

MIT är av uppfattningen att det förekommit allvarliga brister i såväl upphandlingsdokumentet, Regionens agerande under anbudsförfarandet som Regionens utvärdering av de inkomna anbudena. Regionen har brutit mot de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § LOU och detta har medfört att MIT har lidit eller har riskerat att lida skada.

Brister i upphandlingsdokumentet

Enligt MIT:s mening är upphandlingsdokumentet utformat på ett sådant bristfälligt och felaktigt sätt att det varit svårt att utröna vilka krav Regionen egentligen ställt på leverantörerna. Som exempel kan nämnas:

a) Regionen har på en mängd ställen beskrivit olika krav som ställs på leverantörerna, men inte gett leverantörerna möjlighet att besvara om de kan garantera att de uppfyller de ställda kraven eller inte. Ett exempel på detta är avsnittet 3.1.7.7.1 där ett flertal krav på leverantören beskrivs. Det är omöjligt för Regionen att genomföra en korrekt bedömning av inkomna anbud. Det är möjligt att någon anbudsgivare har fått högre poäng än MIT, som egentligen borde ha varit diskvalificerad.

Ytterligare exempel på samma brist är punkterna 3.1.7.6, 3.1.7.7.1, 3.1.7.7.2, 3.1.7.7.3, 3.1.7.8.1, 3.1.7.8.2, 3.1.7.10.3, 3.1.7.10.4, 3.1.7.10.5, 3.1.7.10.6, 3.3.11 och 3.3.13.1 i upphandlingsdokumentet.

Om det varit tillräckligt att anbudsgivarna svarat "ja" på punkten 2.10 i upphandlingsdokumentet kan det ifrågasättas varför de på en mängd andra ställen i upphandlingsdokumentet specifikt måste svara "ja" på obligatoriska krav. Det faktum att det inte går att svara "ja" på alla ställen där det framgår obligatoriska krav gör det svårt att överblicka om samtliga anbudsgivare verkligen uppfyller varje enskilt krav eller om det finns anbudsgivare som borde ha diskvalificerats eftersom de, om de hade fått frågan, hade svarat "nej" på ett visst obligatoriskt krav.

b) Regionen har på en mängd ställen begärt in information från leverantörerna, istället för att själv beskriva vilka krav Regionen har i de olika frågorna. Ett exempel på detta är avsnittet 3.1.7.2 a). Där anges "Rekommenderat underhåll både avseende intervall och omfattning ska anges i vidstående fält". Leverantörerna har här varit tvungna att svara ja eller nej och sedan lämna den efterfrågade informationen i fältet nedanför. Ja- eller nej-alternativen syftar alltså endast till om man avser att skriva något i rutan nedanför eller inte, vilket i sig är mycket märkligt och gör en utvärdering av anbudet omöjlig. MIT har svarat att rekommenderat underhåll är cirka en gång per år vid normal drift och sedan beskrivit olika kontroller som görs. Av Regionens skrivning går dock inte att utläsa om t.ex. underhåll vart tredje år hade godtagits eller inte. Utgår man från att rekommenderat underhåll vart tredje år godtas av Regionen så påverkar detta naturligtvis vilket pris leverantören kan ange när anbud avlämnas. Om Regionen hade varit tydligare med att de t.ex. godtog underhåll vart tredje år hade MIT kunnat anpassa sitt anbud härfter.

Ytterligare exempel på samma brist är punkterna 3.1.7.2, 3.1.7.7.1.1.1 a)

och b), 3.1.7.10.1, 3.1.8.2, 3.2.16.1 a) - c), 3.2.16.2, 3.2.16.5, 3.2.16.6 f) - j), i) - t), 3.3.8 c), 3.3.11, 3.3.15 n), 3.3.22 b), 3.3.30.1 a), 3.3.30.3 j) samt 3.3.30.5 i upphandlingsdokumentet.

Det är punkter där det på ett eller annat sätt antyds att det finns vissa krav, t.ex. "Miljökrav Utrustning" under punkten 3.1.7.10.1, men inte vad som krävs för att kravet ska anses uppfyllt. MIT har svårt att se att Regionen inte skulle reagera på att en anbudsgivare i sitt svar till punkten 3.1.7.10.1 hade beskrivit en lösning som varit mycket dålig för miljön. Någon form av dolt krav måste alltså ha funnits. Detsamma gäller t.ex. punkten 3.3.30.3 j) under rubriken "IT-krav infrastruktur" där det efterfrågas vilka möjligheter som finns för fjärrhjälp av systemet. En anbudsgivare kan lätt få uppfattningen att fjärrhjälp är ett krav och ta med kostnaderna för sådan fjärrhjälp i sitt anbud.

En anbudsgivare har således svårt att veta vilka kostnader som är förknippade med dessa krav, utan tvingas lämna ett anbud utefter vad anbudsgivaren gissar sig till är minimikravet från Regionens sida. Otydligheterna i anbudsupplägget leder till att det blir mycket svårt för anbudsgivarna att lämna konkurrenskraftiga anbud, vilket i sig innebär att anbudsgivarna, däribland MIT, kan förutsättas ha riskerat att lida skada.

c) I stort sett samtliga frågor under avsnitt 3.1.7.2 a) i upphandlingsdokumentet, dvs. frågeställningar som ska besvaras av de som genomför provuppställningen, är utformade på ett sätt så att endast högst subjektiva svar kan lämnas av testpersonerna. Frågor såsom "Är det enkelt att arbeta med..." eller "Hur upplevs helhetsintrycket av..." kan inte besvaras objektivt. Det är således inte möjligt att förutse vad testpersonerna kommer grunda sina bedömningar på. En del andra frågor kan inte ens bedömas som frågor, t.ex. "Hämta inspelat material". Det är inte möjligt att förutse hur testpersonerna ska kunna betygsätta denna "fråga" med poängen 1-4. En annan fråga var

“Kan en översikt visas av alla operationssalar samtidigt?”. Det är inte möjligt att förutse hur en leverantör ska kunna få 1–4 poäng på en ja- eller nej-fråga.

Brister vid utvärderingen i samband med provuppställningen

Även genomförandet av provuppställningen har innehållit brister. Nedan några exempel.

a) Det ställdes frågor vid uppställningen som inte fanns med i upphandlingsunderlaget, bl.a. avseende en checklista med ursprung i WHO och LÖF inför en operation.

b) Det tillkom “svar” och poängsättningsunderlag vid provuppställningen som inte fanns med i upphandlingsdokumentet. Dessa “svar” och poängsättningsunderlag har MIT fått efter att provuppställningen genomförts. Såvitt MIT känner till har detta underlag inte gjorts offentligt vid något tillfälle, vilket torde innebära att de andra leverantörerna aldrig har fått veta hur poängsättningen gick till vid provuppställningen. Om det hade varit känt för leverantörerna i förväg att de skulle bli betygsatta på t.ex. antalet klick eller möjligheten att förstora bilder, hade utrustningen kunnat anpassas för att uppfylla kraven så bra som möjligt. Att leverantörerna inte fick ta del av betygsättningsunderlaget i förväg måste således anses som en brist i upphandlingen.

Det kan dessutom konstateras att både frågorna och “svaren”, dvs. förklaringarna till vad som krävs för att få 1–4 poäng på varje fråga, inte har formulerats på samma sätt i anbudsunderlaget som i det poängsättningsunderlag om testpersonerna använde sig av vid provuppställningen. Anbudsgivarna kände således inte i förväg till hur poängsättningen skulle ske, vilket

innebär att upphandlingen inte genomförts på ett transparent och förutsägbart sätt.

c) Endast ett fåtal personer utförde utvärderingen. Såvitt MIT fått erfara så har det inte varit samma personer som har bedömt de olika leverantörernas produkter. Likabehandlingsprincipen har således inte beaktats. Det kan inte anses ankomma på MIT att bevisa att det var olika personer, utan det måste vara Regionen som kan anses ha möjlighet att ta fram underlag som visar att det varit samma personer som deltagit.

e) Provuppställning genomfördes i ett sängförråd med ingång från kulverten under sjukhuset och flyttades tre veckor framåt med ytterst kort varsel, från vecka 47 till vecka 50.

f) Endast subjektiva svar har lämnats, vilket innebär att det inte går att verifiera resultatet.

g) Vissa poäng är baserade på tidtagning och antal klick, men det fanns ingen person närvarande vid provuppställningen som tog tid eller räknade klick. Det går därför inte att förstå hur poängen i dessa delar har räknats fram. Om Regionen menar att sådan räkning av klick och tidtagning förekommit bör Regionen kunna redovisa detta med någon form av underlag.

h) Regionen har inte låtit leverantörerna ta del av något underlag avseende hur genomsnittspoäng har beräknats.

i) På frågan "Kan en översikt visas av alla operationssalar samtidigt" har MIT fått 3 av 4 poäng. Det är för MIT inte möjligt att förstå vad som hade krävts för att få 4 poäng.

j) På frågan "Går det att förstora bilderna vid behov" fick MIT 3,25 poäng.

Det krävdes ett klick för att förstora bilderna. MIT ställer sig frågande till hur många klick som hade behövts för att få högre poäng.

Regionen bör presentera underlag som visar vilka poäng var och en av testpersonerna givit på var och en av frågorna. Även om testpersonerna ska få vara anonyma bör de kunna benämnas A, B, C, osv. Utan sådant underlag går det inte att kontrollera att de genomsnittspoäng som Regionen räknat fram för anbudsgivarna stämmer, vilket innebär en brist i transparens. Sammantaget menar MIT att det funnits så stora brister att hela provuppställningsmomentet bör underkännas. Utan provuppställningsmomentet måste upphandlingen anses så ofullständig att var och en av anbudsgivarna, däribland MIT, måste anses ha riskerat att lida skada.

Brister i samband med att Regionen skulle besvara frågor från leverantörerna

a) Regionen har åtagit sig att besvara frågor från leverantörerna senast sex dagar innan anbudstiden gick ut. Av Frågor och svarsammanställning framgår dock att 15 frågor, bl.a. från MIT, inte har besvarats alls. Dessa frågor benämns som "Privat fråga". MIT ifrågasätter varför Regionen har valt att inte besvara vissa frågor. Detta måste anses vara i strid med likabehandlingsprincipen.

b) De frågor som ställdes av en leverantör blev inte kända för de andra leverantörerna förrän Regionen valde att besvara dem. De frågor som Regionen inte har besvarat blev kända först när Regionen skickade ut sammanställningen. Frågeförfarandet har således inte varit transparent.

c) I sammanställningen ser det ut som att Regionen har besvarat frågor samma minut som de har kommit in, se t.ex. "Publik fråga" 2, 3, 5 m.fl., vilket naturligtvis inte kan vara fallet. Det är således inte möjligt för MIT att

utröna i vilken ordning Regionen har valt att besvara de frågor som kommit in och ifall Regionen valt att prioritera att snabbt besvara frågor från vissa leverantörer, men inte frågor från andra. MIT:s uppfattning är att det tog alltför lång tid från det att de ställde en fråga fram tills Regionen valde att svara. Något underlag från Regionens sida som visar att leverantörernas frågor har behandlats på ett likvärdigt sätt saknas. Bevisbördan för att Regionen behandlat anbudsgivare lika måste i detta fall falla på Regionen som har tillgång till den efterfrågade informationen. Det måste anses självklart att den som snabbt får svar på sina frågor, eller överhuvudtaget får ett svar, har bättre möjlighet att lämna ett konkurrenskraftigt bud än den som inte får det.

Utvärdering och hantering i övrigt

a) Det framgick av upphandlingsdokumentet att upphandlingen även omfattar service och utbildning m.m., se avsnitt 3.1.1 och 3.1.5.3. Anbudsgivarna har lämnat särskilda anbud avseende vad service och utbildning för anbudsområdet Bildhanteringssystem kommer att kosta. MIT har härvid uppgivit att utbildning kommer att kosta 12 000 kr och service 270 000 kr. Meditek har uppgivit att utbildning kommer att kosta 15 000 kr och service 975 000 kr. Mediteks anbud i dessa delar är således betydligt högre än MIT:s. När Regionen har gjort sin sammanvägda bedömning av vilken leverantör som ska tilldelas upphandlingsområdet har dock priserna för utbildning och service inte räknats med. MIT anser det mycket märkligt att upphandlingsdokumentet kräver att leverantören ska tillhandahålla utbildning och service, men att kostnaderna för detta inte beaktas när beslut om tilldelning fattas. Det kan inte uteslutas att leverantörer som förstått att kostnaderna i dessa delar inte skulle beaktas, har flyttat över kostnader från andra poster till dessa poster för att kunna lämna ett mer fördelaktigt anbud i de delar som faktiskt beaktas. Upphandlingen måste anses ha genomförts felaktigt i denna del.

MIT ifrågasätter starkt att Regionen i sin bedömning inte tar med kostnaderna för utbildning och service, med hänsyn till att utbildning och service faktiskt kommer att vara en del av avtalet i anbudsförfarandet och kostnaderna härför i slutändan kommer att belasta det offentliga. MIT:s uppfattning är att dessa kostnader inte bara borde ha tagits med i den slutliga beräkningen, utan att det även borde ha gjorts någon form av utvärdering (poängsättning) av den utbildning och service som de olika anbudsgivarna erbjudit. Om detta hade gjorts är det mycket möjligt att utfallet vid en sammanvägd bedömning hade varit annorlunda och att t.ex. MIT hade vunnit anbudsförfarandet. Detta går såklart inte att konkretisera ytterligare eftersom det inte går att säga vilka poäng de olika anbudsgivarna hade fått vid en utvärdering av den erbjudna utbildningen och servicen. Det kan dock konstateras att MIT i vart fall har riskerat att lida skada genom att utbildning och service inte värderats och inte räknats med.

b) MIT noterar även att tilldelningsbeslutet av den 11 januari 2019 är det tredje tilldelningsbeslutet som Regionen fattat i denna upphandlingsprocess. I det första beslutet ansågs MIT vara diskvalificerade, medan MIT sedan plötsligt i tilldelningsbeslut 2 och 3 hade tilldelats anbudsområdet Enklare dokumenthanteringssystem. Detta i sig talar för att upphandlingsunderlaget och utvärderingen av anbuderna är så otydliga att inte ens Regionen själv är säkra på hur de ska komma fram till ett korrekt beslut.

Slutlig kommentar

MIT anser således att det förekommit mycket allvarliga brister i upphandlingsdokumentet och i Regionens sätt att hantera upphandlingen och att genomföra den slutliga bedömning av vem som ska tilldelas upphandlingen. Brister i transparens, likabehandling, förutsebarhet och objektivitet genomsvårar hela upphandlingen. Samtliga de fel som nämns ovan har naturligtvis

påverkat det sätt på vilket MIT har utformat sitt anbud och har även förhindrat MIT att kunna lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud.

Det är inte möjligt för MIT att på ett mer konkret sätt redogöra för hur utfallet hade blivit om Regionen t.ex. hade uppställt minimikrav avseende vissa efterfrågade funktioner, hade utformat bedömningsunderlaget till provuppställningen på ett mer objektivt och tydligt sätt, hade behandlat anbudsgivarna lika vid frågor- och svar-momentet eller hade utvärderat anbudsgivarnas erbjudna utbildning och service på ett annat sätt än vad som nu skett. Det är dock högst troligt att utfallet av upphandlingen hade kunnat bli ett annat. Att Regionen genomfört upphandlingen på det bristfälliga sätt som nu gjorts har således, i vart fall, medfört att MIT riskerat att lida skada. Upphandlingen ska således göras om.

Regionen

Regionen har inte brutit mot någon av de grundläggande principer som kommer till uttryck i 4 kap. 1 § LOU. Regionen har heller inte i övrigt brutit mot någon bestämmelse i denna lag. Kvalificering och utvärderingen av inkomna anbud har skett i enlighet med vad som är angivet i upphandlingsdokumenten samt i enlighet med de upphandlingsrättsliga principerna samt i enlighet med övriga tillämpliga bestämmelser i LOU. Bolaget har inte lidit eller riskerat att lida någon skada.

Påstådda brister i upphandlingsdokumentet

Regionen ställer sig frågande till vad MIT anför avseende att det skulle varit svårt att utröna vilka krav Regionen egentligen ställt på leverantörerna. Under punkt 2.10 i upphandlingsdokumentet har anbudsgivare, genom att svara "Ja", accepterat samtliga i upphandlingsdokumentet uppställda obligatoriska

krav och villkor. De krav som MIT refererar till ska uppfyllas av anbudsgivare och anbudsgivares offererade produkt/system. Dessa obligatoriska krav blir avtalsinnehåll vilket framgår av punkt 4.1.1. Att ett visst krav inte krävt ett uttryckligt besvarande precis i anslutning till kravet kan under inga omständigheter anses utgöra en brist i LOU-hänseende. Det är Regionen som har att bestämma hur upphandlingsdokumentet i en upphandling ska utformas. Det åligger inte en upphandlande myndighet att utreda hur samtliga krav och villkor i en upphandling uppfylles. Att lägga en sådan börda på en upphandlande myndighet är givetvis orimligt. Om en anbudsgivare skulle vilja svara att de inte uppfyller ett obligatoriskt krav finns det inget hinder att en sådan anbudsgivare till sitt anbud bifogar en bilaga där detta framgår.

Om MIT vill göra gällande att en annan anbudsgivare ej uppfyller ett obligatoriskt krav, vilket MIT inte har gjort, finns det inget som hindrar MIT från att anföra det och lägga fram bevis härför. Att detta skulle vara svårare, på grund av att anbudsgivare avseende vissa krav inte uttryckligen har behövt svara "ja" på att de uppfyller det specifika kravet i direkt anslutning till kravet, är ett anmärkningsvärt påstående.

MIT anför vidare att upphandlingsdokumentet brister i LOU-hänseende eftersom Regionen på flera ställen har begärt in information från anbudsgivare utan att kravställa vilken information som ska lämnas. Det är Regionen som har att bestämma hur upphandlingsdokumentet i en upphandling ska utformas. En överprövning enligt LOU syftar inte till att utreda hur en upphandlande myndighet borde ha utformat underlaget utan om den har brutit mot LOU och om leverantören lidit skada eller riskerat att lida skada därav. Det som Bolaget härvid anför visar inte, på något sätt, att Regionen har brutit mot LOU genom att begära in denna information. För Regionen som köpare är det av relevans att få in viss information men det betyder inte att Regionen har haft en skyldighet att ha minimikrav kopplat till informationen. Det har varit tydligt för anbudsgivare vilka obligatoriska krav som stipuleras

i upphandlingsdokumentet, vilka bör-krav som stipuleras i upphandlingsdokumentet samt vilken information som Regionen efterfrågat i upphandlingsdokumentet. Således uppfyller upphandlingsdokumentet LOU:s krav på transparens.

Angående MIT:s påstående att en anbudsgivare, mot bakgrund av upphandlingsdokumentets utformning, haft svårt att veta vilka kostnader som är förknippade med ställda krav vill Regionen framhålla att om en redogörelse efterfrågas, men inget krav är kopplat till den, kan naturligtvis inte Regionen förkasta ett anbud på grund av redogörelse som skulle kunna uppfattas som ej tillfredsställande. Så har heller inte skett. I och med att anbudsgivare har kunnat lämna olika redogörelser, och därigenom själva bestämma över sitt erbjudande i de delarna, så torde det inte vara svårt för anbudsgivare att veta vilka kostnader som aktualiseras genom anbudsgivarens utfästelser. Utifrån vad MIT anför är det tydligt att MIT, inom ramen för denna överprövningsprocess, vill visa på hur MIT anser att Regionen borde ha utformat upphandlingsdokumentet. Detta är dock inte något som faller inom prövningsramen för LOU-mål. De kopplingar som MIT försöker att göra till LOU är alltför långsökta för att ett ingripande ska kunna aktualiseras.

Utvärderingsmodell

Av punkt 3.3.27 i upphandlingsdokumentet framgår att offererat system ska bedömas utifrån ett användarperspektiv. Härvid är givetvis ett visst mått av subjektivitet ofrånkomligt. Vid upphandling av ett system av detta slag, där det inte handlar om någon "hyllvara" utan där anbudsgivarna vid framtagande av anbud har möjlighet att anpassa systemet så är det svårt för upphandlande myndighet att i upphandlingsdokumentet närmare precisera efterfrågad användarvänlighet. Trots detta har Regionen så långt det varit möjligt beskrivit vad som tillmätts betydelse beträffande utvärderingskriteriet under

punkt 3.3.27. Regionen har redovisat det scenario som utvärdering görs utifrån och Regionen har angett målgruppen. Det framgår tydligt av utvärderingskriteriet att varje fråga kommer att bedömas i en poängskala 1–4. Vidare framgår vad respektive poäng står för. Vilken poäng respektive offererat system får beror naturligtvis på hur utvärderingsgruppen upplever helhetsintrycket. De frågor som har uppställts är inte nödvändigtvis binära utan ett visst bedömningsutrymme finns. Ett visst mått av subjektivitet är ofrånkomligt i en utvärderingsmodell av detta slag vilket dock inte betyder att utvärderingen strider mot LOU:s krav på transparens. Det är av största vikt att kunna utvärdera helhetsintrycket av systemet - detta eftersom systemets gränssnitt är det som användarna kommer att ha som sitt verktyg under systemets livslängd.

MIT anför att det vid uppställningen ställdes frågor som inte fanns med i upphandlingsunderlaget, bl.a. avseende en checklista med ursprung i WHO och LÖF inför en operation. Regionen medger att frågan ställdes generellt under Bolagets presentation, frågan har dock inte utvärderats. De frågor som har utvärderats vid provuppställningen har varit samma för alla.

Regionen bestrider att nya svar eller frågor skulle ha tillkommit vid provuppställningen för någon anbudsgivare. Regionen förstår inte hur MIT anser det vara en brist att Regionen efter meddelat tilldelningsbeslut, efter begäran från MIT, lämnat ut poängsättningsunderlaget från provuppställningen till MIT. Det kan knappast åligga en upphandlande myndighet att på förhand veta exakt vilka parametrar/egenskaper hos systemet som kommer att leda till ett en viss poäng erhålls. Det är först vid användning/test av systemet som upphandlingsgruppen kan bilda sig en uppfattning om hur systemet förhåller sig till de på förhand angivna utvärderingskriterierna. Utifrån den utvärderingsmodell som förelegat i upphandlingen har en rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare kunnat bilda sig en uppfattning om vad som tillmäts betydelse i utvärderingen och således uppfylls LOU:s krav

på transparens.

Det förefaller högst oklart på vilket sätt MIT anser att det att endast ett fåtal personer utförde utvärderingen strider mot LOU. Regionen har i denna upphandling haft en utsedd grupp med personal från berörda kliniker på Vrinnevisjukhuset, operation och endoskopi samt Medicinteknik som deltagit vid provuppställningarna. Personerna som deltagit vid provuppställningarna täcker samtliga områden som har utvärderats. Gruppen har bestått av en verksamhetschef, en kliniksamordnare, en enhetschef, en läkare, två operationssjuksköterskor, två endoskopisjuksköterskor samt två personer från Medicinsk teknik. Vid alla provuppställningar har minst en person från Medicinsk teknik närvarat. Eftersom provuppställningarna sträckte sig under en period av fem veckor var det inte möjligt att säkerställa att alla personerna kunde delta på samtliga utvärderingar, exempelvis på grund av sjukdom eller arbetsresor. Enstaka personer har således fallit bort vid vissa provuppställningar. Några nya personer har dock aldrig tillkommit till utvärderingsgruppen och samma kompetens har varit representerad vid samtliga provuppställningar. Att, som Bolaget, kräva att exakt samma personer ska vara med vid samtliga provuppställningar som görs inom en tidsperiod om fem veckor är att ålägga en för stor börda på en upphandlande myndighet. Eftersom samma kompetens har varit representerad vid varje provuppställning har LOU:s krav på likabehandling tillgodosetts.

Det är högst oklart på vilket sätt MIT anser att lokalen där provuppställningarna genomfördes strider mot LOU. Samma utrymme användes för alla provuppställningar. Anledningen till att en av dessa fick flyttas till vecka 50 är att det hade skett en dubbelbokning vecka 47. Den framflyttade provuppställningen genomfördes dock under samma förutsättningar som tidigare provuppställningar.

Regionen ställer sig frågande till det som MIT anför avseende att Regionen

inte låtit leverantörerna ta del av något underlag avseende hur genomsnittspoäng har beräknats. Tillsammans med tilldelningsbeslut och upphandlingsprotokoll skickade Regionen, till samtliga anbudslämnare, ut en resultatrapport. Av denna framgår tydligt hur varje anbud har utvärderats inkluderandes vilket resultat varje anbud har fått vid provuppställningen. Således har Regionen uppfyllt LOU:s krav vad gäller tilldelningsbeslut (jfr. 12 kap. 12 § LOU).

Regionen har ingen skyldighet att presentera underlag som visar vilka poäng var och en av testpersonerna lämnat på var och en av frågorna. De underlag som MIT erhållit är helt tillfyllest för att LOU:s krav på transparens ska anses uppfyllas.

Regionens bestämda uppfattning är att Regionens utvärdering inte strider mot LOU. Utvärderingen har genomförts i enlighet med vad som angivits i upphandlingsdokumentet. MIT har inte förmått visa att Regionens bedömning strider mot upphandlingsdokumentet och/eller LOU.

Frågor och svar

Det framgår inte på vilket sätt MIT menar att Regionen genom att inte besvara samtliga inkomna frågor har brutit mot LOU och det framgår heller inte på vilket sätt MIT anser sig ha lidit skada på grund av det.

Potentiella anbudsgivare har möjlighet att ställa frågor under pågående upphandling. En inkommen fråga blir inte synlig för andra leverantörer förrän frågan besvaras publikt av Regionen. Att en fråga blir publik först vid Regionens publika besvarande måste ses mot bakgrund av att en inkommen fråga kan innehålla information som avslöjar frågeställaren. Om den informationen blev publik, innan Regionen omformulerat frågan så att sådan in-

formation inte framgår, skulle den absoluta upphandlingssekretessen äventyras. Såvitt Regionen känner till fungerar andra upphandlingsverktyg på samma sätt och det förefaller mycket märkligt att MIT uppenbarligen saknar kunskap om det. Att en fråga med dess svar blir publikt samtidigt innebär att alla leverantörer får del av samma information vid samma tidpunkt vilket innebär att de grundläggande principerna upprätthålls.

En fråga kan, istället för att besvaras publikt, besvaras privat. Detta torde främst ses mot bakgrund av att en del frågor som inkommer i samband med upphandlingar inte är frågor vars besvarande innebär en komplettering av upphandlingsdokumentet (jämför 12 kap. 11 § LOU). Den typen av frågor kan besvaras privat och det innebär inte något brott mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU.

De frågor som MIT har ställt och som Regionen inte har besvarat gällde dels en fråga som egentligen var en rekommendation som om den skulle besvaras inte skulle innebära att upphandlingsdokumentet kompletterades på sådant sätt att Regionen har haft en skyldighet att svara, dels frågor vars ändamål förfallit i och med att sårkamera utgick från upphandlingen.

Om förvaltningsrätten skulle finna att det har ålegat Regionen att besvara MIT:s frågor kan MIT under inga omständigheter anses ha lidit, eller riserat att lida, skada härav.

Det åligger inte en upphandlande myndighet att med dokumentation visa hur lång tid varje fråga har behandlats, något som i praktiken förefaller mycket svårt. Olika frågor, beroende på frågornas innehåll, tar olika lång tid att besvara. Detta torde framstå som uppenbart för varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare. Att det tar olika lång tid att besvara frågor innebär inte i sig något brott mot LOU, detta eftersom svaren på frågorna blir tillgängliga för alla potentiella anbudsgivare vid samma tidpunkt.

Utbildning och service

Det stämmer att Regionen i punkt 3.4.1.3 efterfrågat pris för teknisk utbildning. Vidare stämmer det att lämnat pris inte utvärderas. Anledningen till att pris avseende utbildning inte utvärderas är för att det är svårt att jämföra olika anbudsgivares utbildningsinsatser mot varandra i detta avseende. Detta illustreras av punkt 3.1.5.3.3 i upphandlingsdokumentet där det framgår att anbudsgivare har haft att bifoga en beskrivning av sin utbildningsstrategi. Innehållande utbildningstid och målet med den utbildning leverantören erbjuder.

Regionen vill härvid framhålla att det tydligt har framgått av upphandlingsdokumentet vilka priser som utvärderas. I det upphandlingsverktyg som Regionen nyttjar finns en symbolförklaring överst i upphandlingsdokumentet. Härvid återfinns en symbol med ett inringat "i" med förklaringen "Frågan ställs endast upplysningsvis". Såväl punkten om teknisk utbildning (punkt 3.1.5.3.3) samt punkten där pris inforas avseende teknisk utbildning (punkt 3.4.1,3) i upphandlingsdokumentet har denna symbol. Således har det varit tydligt för varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att pris avseende teknisk utbildning inte utvärderas. Upphandlingsdokumentet har således varit transparent avseende att pris för teknisk utbildning inte utvärderas.

MIT synes mena att en anbudsgivare som inte inser detta missgynnas på bekostnad av de anbudsgivare som inser att pris avseende teknisk utbildning inte utvärderas. Härvid är Regionens uppfattning att det faller inom respektive anbudsgivares ansvar att noga läsa igenom upphandlingsdokumentet. Det scenario som MIT målar upp är allt för hypotetiskt för att ett ingripande enligt LOU ska bli aktuellt. MIT har inte på något vis visat på att Bolaget inte förstod att pris för teknisk utbildning inte utvärderas.

Vidare syftar en överprövning enligt LOU inte till att pröva huruvida upphandlande myndighet har gjort en "bra affär" och tillämpat den affärsmässigt "bästa" utvärderingsmodellen. En överprövning syftar till att utreda huruvida den upphandlande myndigheten har brutit mot LOU och huruvida leverantören, för det fall brott mot LOU har förelegat, lidit skada eller risikerat att lida skada härav. Det framgår inte på vilket sätt MIT lidit, eller risikerat att lida skada till följd av det upphandlingsfel som MIT anser föreligger i denna del.

Beträffande service hänvisar Regionen i allt väsentligt till argumentationen ovan avseende utbildning, dock med följande tillägg. Under punkt 3.1.7.8.1 i upphandlingsdokumentet framgår att service ingår i garantitiden. Garantitiden är två år från godkänd slutbesiktning/leveransgodkännande. Därefter kan service ske enligt olika nivåer vilket framgår av upphandlingsdokumentet. Av punkt 3.4.1.4 framgår att fullserviceavtal ska vara en option för Regionen efter systemets garantitid. I punkt 3.4.1.5 redovisas vad som gäller beträffande förebyggande underhållsavtal. Under punkt 3.4.1.6 regleras samarbetsavtal. Regionen kan inte på förhand ange vilken servicenivå som är aktuell, varför en prisjämförelse i utvärderingen mellan olika anbudsgivare avseende de olika servicenivåerna skulle bli missvisande. Dessa tre punkter avseende pris för service är alla markerade med den symbol som betyder att "Frågan ställs endast upplysningsvis". Således har det varit tydligt för varje rimligt informerad och normalt omsorgsfull anbudsgivare att pris avseende service inte utvärderas.

Flera tilldelningsbeslut

MIT gör har rena spekulationer som rimligtvis bör lämnas utan avseende. Det var formella fel som låg bakom att de två första tilldelningsbesluten återkallades. Dessa formella fel hade systemtekniska orsaker.

Skaderekvisitet

För det fall förvaltningsrätten skulle finna att Regionen i upphandlingen agerat i strid mot LOU vill Regionen framhålla att detta i sig självt inte är tillräckligt för att ett ingripande mot upphandlingen ska kunna göras. MIT har i målet inte förmått visa att de brister som bolaget anser föreligger har resulterat i att MIT lidit eller riskerat att lida skada, vilken är en förutsättning för att ingripande enligt LOU ska vara aktuell. MIT:s redogörelse för skada är enligt Regionens uppfattning allt för allmänt hållen för att ett ingripande enligt LOU ska aktualiseras. Det måste rimligtvis åligga sökanden, för att ett ingripande innebärande att upphandlingen ska göras om ska bli aktuellt, att konkretisera hur dess anbud hade sett annorlunda ut för det fall den upphandlande myndigheten inte gjort sig skyldig till den påstådda överträdelserna i det konkurrensuppsökande skedet.

Regionen vill också framhålla att det av resultatrapporten framgår att MIT kommit först på fjärde plats med ett jämförelsepris för sitt anbud långt över vinnande anbud. Eftersom MIT inte kan anses ha lidit eller riskerat att lida skada ska ansökan avslås redan på denna grund.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet har en långtgående frihet att utforma upphandlingsdokumenten och ställa de krav som den anser behövs för att säkerställa syftet med upphandlingen, förutsatt att kraven inte strider mot LOU eller unionsrättsliga principer. Det åligger den part som gör gällande att en upphandlande myndighet brutit mot bestämmelserna i LOU att visa vilka omständigheter som ligger till grund för talan.

Beträffande påstådda brister i upphandlingsdokumentet (att Regionen inte för samtliga obligatoriska krav krävt att anbudsgivare ska ange om denne

uppfyller kravet; att Regionen begärt in viss information utan att koppla den till beskrivna minimikrav; att Regionen ställt vissa frågor som förutsätter subjektiva svar; att det för vissa frågor varit oklart vad som krävs för att få högsta poäng samt att Regionen valt att inte inkludera kostnaderna för utbildning och service i det som ska utvärderas) kan följande sägas.

Av rättspraxis följer att upphandlande myndighet vid utvärderingen har rätt att själv avgöra vilka aspekter i ett anbud som har särskilt värde för den (se t.ex. RÅ 2010 ref 78). Av EU-domstolens avgörande i mål C-6/15 *TNS Dimarso* framgår vidare bl.a. att en upphandlande myndighet inte är skyldig att i upphandlingsdokumenten upplysa om den bedömningsmetod som tillämpats vid anbudsutvärderingen vid tilldelning av ett tjänstekontrakt när tilldelningsgrunden är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det framgår vidare att myndigheten får tillämpa en skala vid bedömningen av tilldelningskriterierna utan att denna skala har offentliggjorts.

Förvaltningsrätten konstaterar att det av upphandlingsdokumentet klart och tydligt framgår vilka obligatoriska och icke obligatoriska krav som Regionen ställer i upphandlingen, vilka utvärderingskriterierna är för de krav som ingår i utvärderingen, poängskalan för vart och ett av dessa samt vad som föranleder var och en av poängen i skalan 0-4, vilka priser som utvärderas samt vilken information Regionen efterfrågar som inte är kopplad till anbudsutvärderingen. Med beaktande av uppgifterna som lämnats och det handlingsutrymme som Regionen haft vid utformningen av upphandlingsdokumentet enligt ovan angiven rättspraxis, kan således vad MIT anført rörande upphandlingsdokumentet i ifrågasatta delar inte anses stå i strid med LOU eller de unionsrättsliga principerna.

Vid sedan beträffar av MIT påstådda brister vid anbudsutvärderingen i samband med provuppställning konstaterar förvaltningsrätten att en överprövningsprocess inte syftar till att överpröva upphandlingens

materiella resultat, utan utgör ett rättsmedel för att kontrollera huruvida den upphandlande myndigheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit LOU med dess allmänna principer under upphandlingsprocessen (jfr HFD 2013 ref. 5). Det ankommer således inte på domstolen att göra en ny detaljerad utvärdering i upphandlingen. Vid en sådan prövning är den naturliga utgångspunkten att den upphandlande myndigheten har bäst förutsättningar att bedöma vilken kvalitet som anbuden innehåller. Vid upphandling av produkter och tjänster där utvärderingen väsentligen måste vila på skönsmässiga bedömningar får den upphandlande myndighetens utvärdering enligt rättspraxis godtas, om det inte finns uppenbara skäl för en annan bedömning (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom i mål nr 5-09). Mot den bakgrunden finner förvaltningsrätten att vad MIT anfört om anbudsutvärderingen inte utgör tillräcklig grund att ifrågasätta Regionens poängsättning utifrån satta utvärderingskriterier. Det har heller inte framkommit att Beställarna avvikit från bedömningskriterierna eller på annat sätt tagit ovidkommande hänsyn vid anbudsutvärderingen.

Förvaltningsrätten konstaterar vidare att MIT inte har gjort gällande att MIT:s anbud utvärderats på felaktigt sätt och inte heller styrkt vissa av sina påståenden, t.ex. att ingen tagit tid eller räknat antal klick, att olika personer deltagit vid provuppställningarna etc. Att den genomförda utvärderingen, utifrån de omständigheter MIT gjort gällande i målet, brister i transparens och likabehandling är således inte visat i målet.

Förvaltningsrätten kan inte heller finna annat än att Regionen har tillämpat den beskrivna utvärderingsmodellen samt att alla anbudsgivare utifrån utformningen och tillämpningen av denna modell har behandlats lika och att dessa har getts lika förutsättningar inför anbudslämnandet och under utvärderingsfasen. MIT har inte heller i övrigt förmått visa att det finns skäl att ifrågasätta Regionens utvärdering och poängsättning av anbuden.

Vad slutligen beträffar det som MIT anfört avseende Regionens hantering av frågor i upphandlingen konstaterar förvaltningsrätten att det varken av LOU eller vid tillämpning av de unionsrättsliga principerna framgår något krav på att upphandlande myndigheter ska svara på ställda frågor i viss ordning, redovisa frågorna så fort de ställs eller redogöra för varför frågor inte besvaras och i vilken ordning de besvaras. MIT har inte heller på något tillräckligt konkret sätt förmått visa att bolaget på grund av det som påstås har lidit eller riskerar att lida skada kopplat till utvärderingen av sitt anbud.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att det utifrån vad MIT åberopat inte är visat att Regionen brutit mot LOU på sådant sätt att det finns grund för ingripande enligt 20 kap. 6 § LOU. Ansökan om överprövning ska därmed avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Information om hur man överklagar finns i bilaga 1 (FR-05).

Tomas Kjellgren
Rådman

Målet har föredragits av föredragande juristen Stefka Bokmark.



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Observera att överklagandet måste ha kommit in till domstolen när tiden går ut.

Vilken dag går tiden ut?

Sista dagen för överklagande är samma veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.
Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.
Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.
- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorn, 20 kap.