

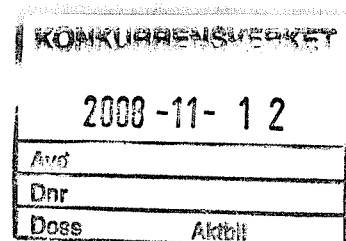


SÖKANDE

Philips AB, 556105-2613

Ombud:

Advokaterna Tomas Kjellgren och Louise Widén
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm



MOTPART

Hälso- och sjukvårdsnämnden i Gotlands kommun

Ombud:

Kommunjurist Patrik Pettersson
Ledningskontoret
621 81 Visby

SAKEN

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

BAKGRUND

Hälso- och sjukvårdsnämnden i Gotlands kommun (nämnden) har, i samarbete med Karolinska Universitetssjukhuset, genom öppet förfarande infordrat anbud avseende magnetresonansutrustning 1,5 T. Anbud lämnades av bl.a. Philips AB (Philips) och Siemens AB (Siemens). I tilldelningsbeslut den 19 juni 2008 beslutade nämnden att anta anbudet från Siemens.

YRKANDEN M.M.

I ansökan om överprövning yrkar **Philips**, såsom bolaget slutligen har bestämt sin talan, att länsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts; upphandlingen ska rättas på så sätt som anges i bolagets utvecklande av sin talan samt på så sätt att nämnden vid sin utvärdering av inkomna anbud ska medta alla offererade funktioner, däribland op-

Dok.Id 14470

| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
|--------------------------|--------------------|--|---------------|---|
| Box 1036 621 21 Visby | Artillerigatan 2 B | 0498-28 14 80 E-post: lansrattenigotland@dom.se | 0498-28 14 99 | måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00 |

tioner, som är nödvändiga för att kravspecifikationen punkten 1.2 och övriga absoluta funktionskrav för efterfrågad magnetresonansutrustning 1,5 T ska vara uppfyllda.

Som grund för sin talan anför Philips följande. Nämnden har inte utvärderat Philips anbud i enlighet med de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget och som följer av LOU. Nämndens agerande står i strid med det krav på likabehandling som framgår av 1 kap. 9 § LOU. De fel som har begåtts är inte av ringa betydelse och har påverkat utgången i upphandlingen. Philips har lidit skada till följd av nämndens agerande, därför att om dess anbud hade utvärderats korrekt hade Philips tilldelats aktuellt kontrakt.

Till utveckling av sin talan anför Philips sammanfattningsvis följande. Enligt förfrågningsunderlaget ska det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Av tilldelningsbeslutet och därtill hörande utvärdering framgår att Philips rankats som nummer två och att bolaget därför inte tilldelats något kontrakt. För att en rättvisande utvärdering ska kunna ske i upphandlingen krävs att inkomna anbud nollställs, dvs. att offererade priser jämförs utifrån vad anbudsgivarna erbjudit i förhållande till den produkt med tillhörande funktioner som nämnden slutligt valt att upphandla. Nämnden har genomgående på detta sätt nollställt anbuden, men har vid genomförandet av sådan nollställning på ett flertal punkter förfarit felaktigt. Gällande position 22 har Philips offererat BOLD specialist för ett pris om 91 400 kr. Siemens har inte prissatt nämnd funktion och det korrekta i denna situation hade varit att inte ta med funktionen vid prisutvärderingen. Ett prisavdrag på Philips anbud om 91 400 kr ska därför göras. Vidare har nämnden tagit med Philips position 10 avseende SmartExam Brain respektive position 12 avseende SmartExam Spine. Dessa funktioner har räknats med i Philips anbud till angivna pris om 115 200 kr respektive 307 300 kr. Vid bedömningen av Siemens anbud har dessa funktioner helt tagits bort. Detta innebär att

nämnden de facto beslutat att avstå från att köpa dessa funktioner när Siemens anbud antogs. Därför ska vid utvärderingen av Philips anbud inte heller dessa funktioner ingå och således ska Philips anbudspris vid utvärderingen sänkas med 115 200 kr respektive 307 300 kr. Hade nämnden valt att köpa SmartExam Brain respektive SmartExam Spine skulle Siemens anbud ha ökat med sammanlagt 138 000 kr, men så är således inte fallet. Vad gäller ASL Specialist belastar denna funktion Philips utvärderade anbudssumma men inte Siemens. Philips anbudspris ska således sänkas med priset för funktionen om 230 000 kr. I fråga om övervakningsutrustning har nämnden valt att utvärdera priset för Maglife ESCN för Siemens och för Maglife ESCNA för Philips. Den förra är en enklare och därför en billigare produkt än den senare. Prisskillnaden mellan dessa två utföranden i Philips anbud uppgår till 172 000 kr och ett prisavdrag på anbudet med samma belopp ska därför göras. Huruvida optionerna kommer att utnyttjas är inte relevant, eftersom utvärderingen tar hänsyn till kostnader för optioner. Vid en korrekt utvärdering av Philips pris hade dess anbud varit det ekonomiskt mest fördelaktiga i upphandlingen. Prisskillnaden mellan Philips anbud och Siemens anbud är enligt tilldelningsbeslutet knappt 154 000 kr. Det krävs således endast en marginell prisjustering vid nollställningen för att Philips skulle ha tilldelats kontraktet.

Nämnden bestrider bifall till Philips yrkande och anför till stöd för detta sammanfattningsvis följande. Vad Philips har anfört om BOLD specialist föranleder ingen ändring, då det av Siemens anbud position 62 framgår att funktionen ingår. Däremot föranleder SmartExam Brain respektive SmartExam Spine att viss justering måste vidtas men utfall till Philips fördel kan inte vitsordas. Vad gäller ASL Specialist och övervakningsutrustning är det fråga om optioner som inte avses att nyttjas men anbudens förtjänster och priser synes ändå inte ha behandlats konsekvent i utvärderingen. Utvärderingsgruppen i upphandlingen har gjort en ny utvärdering. Även om det kan finnas synpunkter på den utvärdering som ligger till grund för det klandran-

de tilldelningsbeslutet, får det anses utrett att den i vart fall inte försatte Philips i ett sämre läge i förhållande till Siemens anbud. Någon skada i LOU:s mening torde därför inte föreligga. – Nämnden ger in och åberopar den nya utvärderingen.

Philips genmäler bl.a. följande. I punkt 1.1 i de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget anges att upphandlingen avser magnetresonansutrustning enligt beskrivning i avsnitten Kravspecifikation och Mall för upphandlingskontrakt. I kravspecifikationen punkt 1.2 har nämnden specificerat vissa användningsområden för aktuell produkt. Av naturliga skäl har också nämnden i förfrågningsunderlaget, se bl.a. kravspecifikationen punkterna 2.1 och 3.8, uppställt absoluta krav på att offererad produkt ska innehålla de funktioner som säkerställer att det kan användas på avsett sätt. Leverantörer har därför haft grundad anledning att anta att nämnden vid sin utvärdering skulle nollställa inkomna anbud på så sätt att de motsvarade uppställda skall-krav avseende funktion. Vad gäller nämndens nya utvärdering kan, i enlighet med det nedan anförda, fastslås att nämnden, genom att rensa bort alla Siemens optioner, har frångått de grundläggande krav på efterfrågad magnetresonansutrustning som uppställts i förfrågningsunderlaget. Siemens har, till skillnad från Philips, offererat ett grundsystem som inte uppfyller samtliga angivna absoluta krav på funktionalitet utan i stället valt att lägga vissa av dessa funktioner som optioner. För att Siemens grundsystem ska kunna användas för sitt avsedda ändamål vid bröstundersökningar, kontrastförstärkta angiografier av centrala kärl och extremitetskärl samt undersökningar i narkos krävs därför att Siemens produkt i dess offererade grundutförande kompletteras med i anbudet erbjudna optioner. För att uppfylla funktionen bröstundersökning krävs att Siemens option ”bröstspole” á 322 000 kr läggs till anbudet. För att uppfylla funktionen kontrastförstärkta angiografier av centrala kärl och extremitetskärl krävs att Siemens option ”specialspole PA Matrix” á 192 000 kr läggs till anbudet. Slutligen för att uppfylla funktionen undersökning i narkos krävs att Sie-

mens ”Maglife övervakningsutrustning” á 375 000 kr läggs till anbudet. När dessa nödvändiga optioner läggs till Siemens erbjudna produkt höjs anbudspriset med sammanlagt 889 000 kr. Sådant nödvändigt pristillägg gjordes även vid nämndens ursprungliga utvärdering. Philips anbudspris påverkas däremot inte alls av att nämnda funktioner tagits bort vid utvärderingen av anbudet, eftersom Philips offererade produkts grundutförande innehåller alla dessa funktioner. Den nya utvärderingen står av denna anledning i strid men likabehandlingsprincipen som följer av LOU. Det förhållandet att den utrustning som nämnden nu har godtagit inte uppfyller de skall-krav som ställts på utrustningen får till resultat att utvärderingen som nu har gjorts godtagit Siemens anbud trots att detta inte uppfyller ställda skall-krav. Om nämnden vidhåller att anbudet ska utvärderas på sätt som nu påstås ska Siemens anbud i konsekvens härmed förkastas. För att likabehandlings- och transparensprinciperna ska vara uppfyllda krävs att anbudet jämförs i enlighet med efterfrågad produkt som angetts i förfrågningsunderlaget och däri fastställd utvärderingsmodell. Av detta följer att den nya utvärderingen inte på något sätt visar att Philips inte lidit skada till följd av nämndens agerande. – Philips ger in och åberopar kravspecifikation avseende magnetresonansutrustning för Visby samt Siemens prismall avseende magnetresonansutrustning för Visby.

Nämnden genmäler bl.a. följande. Upphandlingen genomförs i samarbete med Karolinska Universitetssjukhuset i Stockholms läns landsting. Landstinget har därvid i allt väsentligt utformat förfrågningsunderlaget men vissa anpassningar har gjorts efter gotländska förhållanden. Det har medfört att förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat med avseende på vad som efterfrågats. Ställda skall-krav uppfylls dock av samtliga anbud i dess grundutförande. Däremot skiljer de sig i grundutförandet åt vad avser bedömd diagnostisk potential (kvalitet). Frågan i detta skede är vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas; antingen (A) den modell som utgår från grundanbud med bortseende från optioner eller (B) den modell som speglar

det köp som möjliggörs utifrån lämnade anbud. Den förstnämnda modellen är den som kan anses följa av förfrågningsunderlaget och motsvarar den nya utvärderingen som visar att Philips inte har lidit någon skada. Den sistnämnda modellen är i och för sig rimlig, eftersom den närmast liknar faktisk avtalsvilja i så måtto att den åsyftar en optimering av anskaffningen under uppkomna omständigheter. Den liknar också den utvärdering som föregick det ifrågasatta tilldelningsbeslutet men följer inte lika omedelbart av förfrågningsunderlaget. Modellen förutsätter även att det efterfrågade mera precist har uttryckts i förfrågningsunderlaget. Att först efteråt – utifrån lämnade anbud – söka skapa upphandlingsföremålet genom nollställning medför ett mindre transparent förfarande. Det inbjuder till vidare tvister om vilka tillägg som skall göras på respektive anbudsgivares anbud. Ett tillägg av kvalitet och pris i visst avseende på ena anbudet, kan anses skada den leverantören eller någon annan leverantör etcetera. Någon anbudsgivare kan tänkas ha avstått med hänsyn till att upphandlingsföremålet inte varit på förhand avgränsat. Eftersom andra anbudsgivare inte är parter i målet och därför inte heller kan omfattas av någon rättskraft, blir en ståndaktig rättelse i enlighet med Philips talan svår att åstadkomma. Om det är modell B som skall anses gälla, trots vad som anförts i förfrågningsunderlaget, har Philips liksom alla icke antagna leverantörer lidit skada, då de inte kunnat göra sig en bild utifrån förfrågningsunderlaget. Om modell B således anses gälla, bör det föranleda en omgörning av upphandlingen.

Philips genmäler bl.a. följande. Nämnden synes anse att man har viss mån av skönsmässigt utrymme att använda den utvärderingsmodell som enligt nämndens tycke är mest ändamålsenlig. Någon sådan valmöjlighet att tillskapa nya förutsättningar för utvärderingen i efterhand föreligger dock inte utan utvärderingen måste alltid strikt följa vad som angetts i förfrågningsunderlaget. Det förhållandet att nämnden anser sig ha utrymme att tillämpa olika utvärderingsmodeller ger dock anledning att ifrågasätta om upphandlingsunderlaget uppfyller tillräckliga krav på transparens.

Länsrätten har i interimistiskt beslut den 27 juni 2008 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

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 enligt samma lagrum principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 12 kap. 1 § LOU stadgas följande. En upphandlande myndighet ska 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, ska 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. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontrakt som kommer att tillämpas.

Av 16 kap. 1 § LOU framgår att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen. I 16 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida

skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Utredningen i målet

I de administrativa föreskrifterna anges under punkt 1.1 **Upphandlingens omfattning och innehåll** bl.a. att upphandlingen avser magnetresonansutrustning enligt beskrivning i avsnitten Kravspecifikation och Mall för upphandlingskontrakt. Under punkt 2.1 **Obligatoriska krav** anges bl.a. följande. Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns skall. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser såväl krav på anbudsgivaren och anbudet som på efterfrågad vara och eventuell tillhörande tjänst. Under punkt 2.2 **Utvärderingskriterier** anges att förfrågningsunderlaget innehåller ett antal utvärderingskriterier som benämns bör samt information som begärs under rubriker ”ange följande” och att dessa kommer att bedömas vid utvärderingen av anbud.

Vidare anges i de administrativa föreskrifterna under punkt 3.6 **Utvärdering Visby Lasarett** bl.a. att det anbud kommer att antas som är det för sjukhuset ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris och ett antal uppräknade poängsatta utvärderingskriterier, vilka är hårdvara, mjukvara, service och utbildning, datakommunikation, dokumentation, användarvänlighet, miljökrav, bildkvalitet, installation och pris. Under punkt 3.6.10 **Pris** anges följande. Det pris vi kommer att använda vid utvärderingen omfattar utrustning inklusive fem års serviceavtal och fem års energiförbrukning. För priset på den totala utrustningen förbehåller vi oss rätten att utvärdera och beställa valfria paket anpassade till avdelningens behov och medel.

I kravspecifikationen avseende magnetresonansutrustning för Visby anges i punkt 1.2 att den efterfrågade utrustningen bl.a. skall användas till bröstundersökningar, kontrastförstärkta angiografier av centrala kärl och extremitetskärl samt undersökningar i narkos. I punkt 2.1 anges att offererad utrustning **skall** fungera för sitt avsedda ändamål i för svenska sjukhus normal driftmiljö och i punkt 3.8.1.1 anges att spolar för ovan angivna undersökningsområden **skall** ingå och specificeras i prismall.

I Siemens prismall avseende magnetresonansutrustning för Visby anges bl.a. att spolar för bröstundersökningar och kontrastförstärkta angiografier av centrala kärl och extremitetskärl är optioner.

Länsrättens bedömning

Till stöd för sin ansökan har Philips inledningsvis gjort gällande att nämnden vid sin utvärdering av inkomna anbud i vissa fall inte har nollställt anbuden på ett korrekt sätt. Philips har hävdade att för att åstadkomma en korrekt utvärdering i enlighet med de förutsättningar som framgår av förfrågningsunderlaget ska ett sammanlagt prisavdrag om 915 900 kr på bolagets anbud göras. Nämnden har medgett att det föreligger brister, dock inte på exakt samma sätt som Philips har påstått, i den utvärdering som ligger till grund för tilldelningsbeslutet den 19 juni 2008, enligt vilket Siemens anbud är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Nämnden har emellertid gjort gällande att den bristfälliga utvärderingen inte försatte Philips anbud i ett sämre läge i förhållande till Siemens anbud och att någon skada i LOU:s mening därför inte torde föreligga. Som stöd för denna inställning har nämnden åberopat en ny utvärdering som har gjorts i tiden efter att Philips ansökt om överprövning. Enligt den nya utvärderingen är Siemens anbud likväl det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Philips har emellertid invänt att i den nya utvärderingen uppfyller Siemens anbud inte de obligatoriska krav som ställs i förfrågningsunderlaget på efterfrågad produkt och därför kan den nya utvärderingen inte tas till intäkt för att Philips inte har lidit någon skada till följd av nämndens agerande. Nämnden har å sin sida gjort gällande att ställda skall-krav uppfylls av samtliga anbud i dess grundutförande men att de skiljer sig åt beträffande bedömd kvalitet.

Länsrätten instämmer i parternas uppfattning att den utvärdering som faktiskt legat till grund för tilldelningsbeslutet är bristfällig.

Länsrätten konstaterar vidare att det framgår av kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget att den efterfrågade magnetresonansutrustningen bl.a. ska användas till bröstundersökningar, kontrastförstärkta angiografier av centrala kärl och extremitetskärl samt undersökningar i narkos. Det anges vidare i kravspecifikationen att utrustningen **skall** fungera för sitt avsedda ändamål i för svenska sjukhus normal driftmiljö och att spolar för ovan angivna undersökningsområden **skall** ingå och specificeras i prismall. I Siemens prismall anges att spolar för bröstundersökningar och kontrastförstärkta angiografier av centrala kärl är optioner. Med anledning härav finner länsrätten, på sätt som Philips har gjort gällande, att Siemens offererade magnetresonansutrustning endast uppfyller nu nämnda skall-krav om utrustningen kompletteras med aktuella spolar. Den nya utvärderingen som har gjorts är därmed också bristfällig och kan enligt länsrättens mening inte tas till intäkt för att Philips inte har lidit någon skada till följd av nämndens först gjorda utvärdering.

Enligt de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget ska det anbud antas som är det för sjukhuset ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till pris och ett antal uppräknade poängsatta utvärderingskriterier. Philips har, som tidigare angetts, gjort gällande att nämnden vid sin utvärde-

ring av inkomna anbud i vissa fall inte har nollställt anbuden på ett korrekt sätt. Nämnden har å sin sida anfört att en sådan utvärderingsmodell, som speglar det köp som möjliggörs utifrån lämnade anbud, föregick det ifrågasatta tilldelningsbeslutet men följer inte omedelbart av förfrågningsunderlaget. Nämnden har i stället gjort gällande att den utvärderingsmodell som kan anses följa av förfrågningsunderlaget är den som tillämpats vid den nya utvärderingen och som utgår från grundanbud med bortseende från optioner. Härvid har Philips ifrågasatt om förfrågningsunderlaget uppfyller tillräckliga krav på transparens med hänsyn till att nämnden anser sig ha utrymme att tillämpa olika utvärderingsmodeller.

Kravet på transparens som följer av 1 kap. 9 § LOU innebär en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna information om upphandlingen och det praktiska tillvägagångssättet vid denna. Förfrågningsunderlaget ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Länsrätten konstaterar att det inte klart framgår av förfrågningsunderlaget på vilket sätt offererade priser ska jämföras, dvs. om inkomna anbud ska nollställas eller inte. Denna otydlighet påvisas även av att nämnden utifrån upphandlingens förfrågningsunderlag har gjort två utvärderingar som baserar sig på olika utvärderingsmodeller. Vid sådant förhållande finner länsrätten att förfrågningsunderlaget inte kan anses uppfylla kravet på transparens och att upphandlingen därför i detta avseende strider mot LOU.

Fråga uppkommer så, om den brist som har konstaterats ovan medfört att Philips har lidit eller kan komma att lida skada. Vid sådan bedömning finner länsrätten att den oförutsebarhet som bristen i förfrågningsunderlaget enligt ovan innebär, har medfört att anbud inte har kunnat avges med tillräcklig insikt om hur utvärderingen skulle ske. (Jämför Kammarrättens i Göteborg dom den 26 april 2004 i mål nr 622-04). Det framstår därmed inte

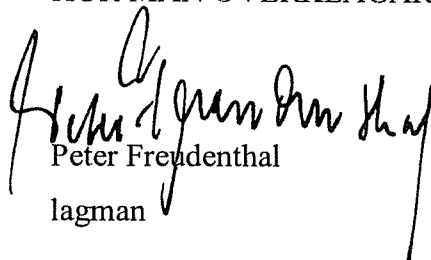
som osannolikt att anbudens kund ha varit annorlunda om bristen inte funnits. Med hänsyn härtill anser länsrätten att sådan risk för skada föreligger för Philips att ingripande enligt 16 kap. 2 § ska ske.

Länsrätten, som konstaterar att domstolen inte är bunden av sökandens yrkande utan kan välja mellan att förordna om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse vidtagits (jämför RÅ 2005 ref. 47), finner att rättelse på sätt Philips har yrkat inte är tillfyllest i den nu uppkomna situationen utan att upphandlingen i stället, för att kravet på transparens ska kunna upprätthållas, ska göras om.

DOMSLUT

Länsrätten förordnar att Hälso- och sjukvårdsnämndens i Gotlands kommun upphandling av magnetresonansutrustning 1,5 T ska göras om.

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


Peter Freudenthal
lagman