

**LÄNSRÄTTEN I
STOCKHOLMS LÄN**

DOM
2009-06-22
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
12074-09
Rote 227

KONKURRENSPOLIS

2009-06-23

Avt	
Dnr	
Doss	Aktiv

SÖKANDE

Sophiahemmet AB, 556310-1426

Ombud: Caroline Falconer
Setterwalls Advokatbyrå AB,
Box 1050
101 39 Stockholm

Ombud: Advokat Lynda Ondrasek Olofsson
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 1050
101 39 Stockholm

MOTPART

Karolinska Universitetssjukhuset, 232100-0016
Upphandlingssektionen
171 76 Stockholm

Ombud: Advokat Johan Palmgren
Ombud: Jenny Bengtsson
Ramberg Advokater AB
Box 7531
103 93 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Sophiahemmet AB:s ansökan om överprövning enligt LOU.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 11 juni 2009.

Dok.Id 436618

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
115 76 Stockholm	Tegeluddsvägen 1	08-561 680 00	08-561 680 01	måndag – fredag 09:00-15:00
		E-post: lansrattenistockholm@dom.se		

BAKGRUND

Karolinska Universitetssjukhuset (Karolinska) har genomfört en förenklad upphandling avseende hemodialysbehandling, ärende nr 2008-274. Av tilldelningsbeslut den 1 juni 2009 framgår att Karolinska har för avsikt att teckna avtal med Proxima AB (Proxima).

YRKANDEN MED MERA

Sophiahemmet AB (Sophiahemmet) har ansökt om överprövning enligt LOU och yrkar att länsrätten ska besluta att Karolinskas upphandling får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att Proxima AB:s anbud förkastas, ny utvärdering genomförs och nytt tilldelningsbeslut meddelas varvid Sophiahemmet tilldelas avtal. Till stöd för sin talan anför Sophiahemmet bland annat följande. Karolinska har brutit mot det grundläggande upphandlingsrättsliga regelverket och de gemenskapsrättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU genom att anta ett anbud som inte uppfyller samtliga skallkrav samt genom att vid utvärderingen tilldela Sophiahemmet för låg poäng och annan anbudsgivare för hög poäng.

Sophiahemmet anger att ett av skallkraven i förfrågningsunderlaget är att: ”anbudsgivaren beskriver hur tjänsten kommer att övergå från nuvarande leverantör för att säkerställa att driftstart sker utan störningar”. Proxima har i sitt anbud angett följande svar på detta skallkrav.

”Personal anställd av nuvarande leverantör kommer att erbjudas anställning i Proxima för den nystartade dialysverksamheten. De patienter som idag dialyseras av den nuvarande leverantören på uppdrag av Karolinska Universitetssjukhuset kommer att erbjudas fortsatt dialys i den nya verksamheten. Proxima AB kommer att gemensamt med den tidigare leverantören samt med uppdragsgivaren Karolinska Universitetssjukhuset att upprätta en plan för en smidig övergång och för att kunna säkerställa en säker driftstart utan störningar från 2010-01-01.”

Sophiahemmet anför att Proxima inte uppfyller det angivna skall-kravet med sitt svar eftersom Proxima inte kan anses beskriva övergången. Proxima anger att en plan ska upprättas, detta kan enligt Sophiahemmet inte anses som att en beskrivning har gjorts. Sophiahemmet i egenskap av nuvarande leverantör har inte heller haft någon kontakt med Proxima avseende upprättandet av någon plan för övergång.

Sophiahemmet har också anført att utvärderingen av anbuderna inte har varit korrekt. På tre punkter anges att poängsättningen blivit felaktig;

- 1) enkelrum fler än två
- 2) konvektiva behandlingar såsom HDF/HF
- 3) tillgång till gym.

Vad det gäller första punkten anför Sophiahemmet att samtliga anbudsgivare har angett att de kan erbjuda fler enkelrum än två. Därmed borde också Sophiahemmet, liksom Proxima och Diaverum AB (Diaverum), ha erhållit maximala 15 poäng. Istället har Sophiahemmet erhållit 0 poäng vid utvärderingen av denna punkt.

Vad det gäller den andra punkten anför Sophiahemmet att Proxima och Diaverum felaktigt erhållit maximalt antal poäng (28 poäng) när de i själva verket inte skulle ha erhållit några poäng alls. Frågan rör tillgång till konvektiva behandlingar såsom HDF/HF. Samtliga tre anbudsgivare har uppgivit att de kommer att kunna erbjuda samtliga patienter denna behandling. Sophiahemmet anför att för att kunna ge konvektiva behandlingar såsom HDF eller HF krävs ett tillstånd från Läkemedelsverket. Varken Proxima eller Diaverum har ett sådant tillstånd idag vilket Sophiahemmet däremot har. Sophiahemmet vänder sig emot att anbudsgivare som idag inte kan tillhandahålla konvektiva behandlingar kan erhålla full poäng. Sophiahemmet anför att det, för att uppfylla det aktuella bör-kravet, måste krävas

att anbudsgivaren vid anbudstidens utgång, eller i vart fall senast vid avtalets början, kan tillhandahålla konvektiva behandlingar.

Vad det gäller den tredje punkten, tillgång till gym, anför Sophiahemmet att Proxima inte borde ha erhållit full poäng (10 poäng) eftersom de i sitt anbud erbjudit tillgång till gym i Södertälje centrum (World Class). Sophiahemmet har också erhållit full poäng men dom har erbjudit gym och sjukgymnastik placerad på Sophiahemmet (Capio Artro Clinic) i anslutning till dialysmottagningen.

Till ansökan har Sophiahemmet fogat tilldelningsbeslutet daterat den 1 juni 2009 (inklusive bilaga 1-2), relevanta delar av förfrågningsunderlaget (U1 Administrativa föreskrifter samt U2 Kravspecifikation), Sophiahemmets anbud, Proximas anbud samt Diaverums anbud.

Länsrätten beslutade den 11 juni 2009 att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Karolinska har i yttrande anfört bl.a. följande. Karolinska bestrider Sophiahemmets yrkanden i dess helhet. Karolinska har vid upphandlingen följt gällande regler enligt LOU. Proxima har uppfyllt de skall-krav som Karolinska ställt upp i upphandlingen och vid utvärderingen erhållit den högsta utvärderingspoängen och således bedömts som det ekonomiskt mest fördelaktiga. Sophiahemmets påstående om att poängsättningen skulle vara felaktig är inte korrekt. Värderingen av bör-kraven har skett helt enligt förfrågningsunderlaget och gällande principer i LOU.

Sophiahemmet har beretts tillfälle att yttra sig över Karolinskas yttrande och vidhåller där sin tidigare angivna inställning. Sophiahemmet anför vidare bl.a. följande. Karolinska har i sitt yttrande i vissa sammanhang hänvisat till att Karolinska, med hänsyn till de aktuella kravens utformning,

varit förhindrat att göra en annan bedömning av lämnade anbud. Sophiahemmet noterar härvidlag att det är den upphandlande myndigheten som utformar kraven i en upphandling och därmed också ansvarar för att uppställda krav leder till att en tjänst/produkt med önskvärda egenskaper kommer att tillhandahållas. Sophiahemmet ifrågasätter om Karolinska, med det resultat som upphandlingen fått, uppnått detta. Resultatet i förevärande upphandling har emellertid fått till följd att anbud som inte uppfyller uppställda krav erhållit lika många poäng, och i ett fall fler poäng, än ett anbud som uppfyller uppställda krav. Ett sådant resultat är inte förenligt med det upphandlingsrättsliga regelverket.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Av 1 kap. 9 § LOU följer att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 2 § samma lag anges att 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av andra stycket samma paragraf följer att rätten omedelbart får besluta att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats. Rätten får dock låta bli att fatta ett sådant interimistiskt beslut, om den skada eller olägenhet som åtgärden skulle medföra kan bedömas vara större än skadan för leverantören.

Innebörden av grundläggande principer

Likabehandlingsprincipen förutsätter att alla leverantörer ska behandlas lika och utan ovidkommande hänsyn.

Icke-diskrimineringsprincipen innebär ett förbud mot att diskriminera leverantörer på grund av nationalitet. Den upphandlande myndigheten får inte ställa krav som enbart svenska företag känner till eller kan klara.

Transparensprincipen innebär att upphandlingar ska präglas av öppenhet och förutsägbarhet och ett krav på att den upphandlande myndigheten håller sig till det utformade förfrågningsunderlaget.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Ställda krav måste vara effektiva, det vill säga möjliga att kontrollera och lämpliga och nödvändiga för att uppnå syftet med upphandlingen.

Länsrättens bedömning

Sophiahemmet har invänt mot att Karolinska avser att teckna avtal med Proxima som enligt Sophiahemmet inte uppfyller ett av skall-kraven. Sophiahemmet har också ett flertal invändningar avseende den utvärdering av bör-kraven som har gjorts av Karolinska.

Vad det gäller utvärderingen av anbuden anges i tilldelningsbeslutet att utvärdering har skett enligt de i förfrågningsunderlaget angivna kriterierna. I förfrågningsunderlaget anges att prövning av anbuden sker i flera olika steg. Först görs en kvalificering av anbudsgivarna, därefter prövas om de olika anbudsgivarna uppfyller de obligatoriska kraven. Först därefter sker en utvärdering av anbuden och då uppställs vissa kriterier för att ett anbud inte ska uteslutas. Det pris som kommer att utvärderas är pris per behandling och i vilken grad anbudsgivaren har uppfyllt bör-kraven i förfrågningsunderlaget. Totalpoäng är således bör-krav poäng plus pris-poäng där det anbud som uppnår högst totalpoäng kommer att antas.

LOU ger inte närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat utöver vad som kommer till uttryck i den allmänt hållna bestämmelsen i 1 kap. 9 §. I Regeringsrättens dom (RÅ 2002 ref. 50) anges att

även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som uppstår LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Det tvistiga skall-kravet gäller en beskrivning som anbudsgivaren enligt förfrågningsunderlaget ska göra för hur tjänsten kommer att övergå från nuvarande leverantör för att säkerställa att driftstart sker utan störningar. Sophiahemmet har bl.a. anfört att det inte kan ses som en beskrivning då Proxima har angett att en plan ska upprättas för att en smidig övergång ska kunna säkerställas. Länsrätten anser att förfrågningsunderlaget ger utrymme för det svar som har lämnats av Proxima utan att för den skull vara i strid med någon av de principer som uppställs i 1 kap. 9 § LOU.

Sophiahemmet har också invänt att utvärderingen av bör-kravet ”erbjudande av fler enkelrum än två”, har blivit felaktig. I förfrågningsunderlaget stod följande:

”Med hänsyn till den ökande frekvensen multiresistenta bakteriestammar skall dialysmottagningen vara utrustad med minst två enkelrum. Dialysmottagningen bör ha fler enkelrum.”

I Sophiahemmets anbud (s. 4) kan följande svar på detta bör-krav utläsas.

”Dialysavdelningen har möjlighet att ytterligare öka antalet enkelrum för att ta emot de patienter som har behov av detta. Dialysavdelningen känner till och följer SLL’s smittskyddskrav.”

Länsrätten anser att den utvärdering som har skett är en bedömning av Karolinska som har varit möjlig med hänvisning till hur förfrågningsunderlaget är formulerat. Här anser länsrätten att förfrågningsunderlaget visserligen inte är optimalt utformat men att det ändå får godtas då det inte kan anses vara i strid med någon av de principer som uppställs i 1 kap. 9 § LOU.

Vid utvärdering av bör-kravet: ”tillgång till konvektiva behandlingar såsom HDF/HF” har Sophiahemmet vänt sig mot att även anbudsgivare utan tillstånd från Läkemedelsverket har erhållit maximala 28 poäng. Samtliga tre anbudsgivare har uppgett att de kommer att kunna erbjuda samtliga patienter denna behandling.

Sophiahemmet har i sitt anbud (s. 2) angett att kravet uppfylls och att alla patienter kan erbjudas HDF eller HF on-line.

Proxima har i sitt anbud bl.a. angett (s.3) att verksamheten kommer att organiseras så att konvektiv behandling såsom HDF eller HF kommer att kunna erbjudas samtliga patienter som är i behov av sådan behandling.

Diaverum har i sitt anbud bl.a. angett (s. 1f) att dialysmonitorer förberedda för onlinebehandling kommer att installeras och att bolaget på det viset kommer att kunna erbjuda alla patienter on-linebehandling, både HDF och HF, beroende på patientens behov. Vidare har Diaverum angett att ett tillstånd för on-linebehandling kommer att innehas mycket snart efter start samt att bolaget vid anläggningen i Malmö redan en månad efter start kunde börja med on-linebehandling med interimstillstånd från läkemedelsverket.

Sophiahemmet vänder sig emot att anbudsgivare som idag inte kan tillhandahålla konvektiva behandlingar kan erhålla full poäng. Länsrätten anser att det inte framgår av bör-kravet att anbudsgivaren måste inneha ett tillstånd från Läkemedelsverket. I förfrågningsunderlaget (avsnitt 3 i kravspecifikationen) anges att:

”verksamheten bör tillhandahålla konvektiva behandlingar såsom hemodiafiltration (HDF) eller hemofiltration (HF)”.

Länsrätten anser vidare att det inte heller i förfrågningsunderlaget finns något uppställt krav på när dessa behandlingar ska kunna erbjudas i verksamheten. Länsrätten finner därmed att samtliga angivna svar är möjliga att godta utifrån det föreliggande förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner

inte annat än att förfrågningsunderlaget vad avser det aktuella bör-kravet uppfyller de grundläggande principer som framgår av 1 kap. 9 § LOU.

Vid utvärdering av bör-kravet: "tillgång till gym" har Sophiahemmet vänt sig emot att Proxima erhållit full poäng. I förfrågningsunderlaget kan följande läsas om detta bör-krav:

"Patientbemötande, omvårdnad och lokaler, måste utformas med hänsyn till långa behandlingsperioder med målsättning att uppnå god rehabilitering och livskvalitet. Tillgång till gym kan ge maximala 10 poäng."

Länsrätten finner inte annat än att förfrågningsunderlaget är tydligt med att ange att enbart tillgång till gym kan ge maximala 10 poäng. Det har i förfrågningsunderlaget inte angivits var det erbjudna gym:et ska ligga och det har heller inte preciserats vilket sorts gym som ska erbjudas. Länsrätten anser att Karolinska även i denna del av utvärderingen väl tillgodoser proportionalitetsprincipen samt övriga gemenskapsrättsliga principer.

En upphandling enligt LOU ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Leverantörerna ska behandlas på ett likvärdigt och ickediskriminerande sätt. För att anbudsgivarna ska ges samma förutsättningar för anbudsgivning måste förfrågningsunderlaget vara tydligt. I det föreliggande förfrågningsunderlaget har poäng för varje bör-krav tydligt angivits och det har också redogjorts för hur utvärdering, poängsättning och viktning kommer ske. Det är dock inte länsrättens uppgift att vid en överprövning av en upphandling göra en kontrollberäkning av den utvärdering som gjorts. Länsrätten finner att förfrågningsunderlaget får anses uppvisa tillräcklig tydlighet och förutsebarhet avseende hur utvärderingen skulle genomföras.

Således finner länsrätten sammantaget att både skall-krav och bör-krav har utvärderats i enlighet med de riktlinjer som uppställts i förfrågningsunderlaget. Länsrätten finner därmed inte att förfrågningsunderlaget är i strid

med LOU eller någon gemenskapsrättslig princip. Inte heller i övrigt har det visats att Karolinska i upphandlingen brutit mot de gemenskapsrättsliga principer som kommer i uttryck i 1 kap. 9 § LOU. Det saknas således grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU på grund av anförda skäl. Ansökan ska därför avslås och det interimistiska beslutet ska upphävas.

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


Eva Pedersen
Rådman

Föredragande har varit länsrättsnotarie Åsa Nilsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Stockholm.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall 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 vartill länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

