



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1

DOM
 2016-06-20
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 13261-15

SÖKANDE

Åderbräcksklinikerna Malmö Filial, 516409-6256
 Malmö Arena
 215 32 Malmö

Ombud: Advokat Susanne Wiklund
 Advokatfirman Kjällgren AB
 Box 1
 451 15 Uddevalla

MOTPART

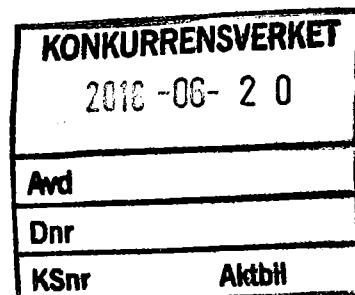
Region Skåne
 291 89 Kristianstad

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Åderbräcksklinikerna Malmö Filials ansökan om ingripande enligt LOU



Dok.Id 318270

Postadress
 Box 4522
 203 20 Malmö

Besöksadress
 Kalendegatan 6

Telefon
 040-35 35 00

E-post: kansli1.fma@dom.se

www.forvaltningsrattenimalmo.domstol.se

Telefax
 040-97 24 90

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-16:00

BAKGRUND

Region Skåne genomför en upphandling benämnd "Specialistverksamhet i öppenvård med inriktning behandling av åderbräck (venös insufficiens)", dnr 1502445. Upphandlingen genomförs med förenklat förfarande enligt LOU. Efter utvärdering av inkomna anbud har Region Skåne beslutat att anta anbudet från Nordic Vascular Specialists AB.

YRKANDEN OCH INSTÄLLNING

Åderbräcksklinikerna Malmö Filial, nedan bolaget, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om. Bolaget anför som grund för sin ansökan i huvudsak följande. Regionen har brutit mot de grundläggande principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet i 1 kap. 9 § LOU genom att i upphandlingens förfrågningsunderlag utforma och tillämpa en utvärderingsmodell för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som inte är ägnad att leda till ett rättvisande resultat och som vid sin tillämpning inte leder till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Utvärderingsmodellen inbjuder till strategisk anbudsutformning som inte speglar den faktiska affären som avses med upphandlingen.

I de administrativa föreskrifterna anges att Endoluminal venoblitererande kirurgi med laser (EVL) eller Radiofrekvensbehandling (RF) ska vara förstahandsmetoder, men att andra metoder kan användas för patienter där detta bedöms som medicinskt lämpligt. I anbudsprisformuläret där anbudsgivaren ska prissätta de olika typerna av ingrepp anges att pris ska lämnas för samtliga åtgärder undantaget huvudmetoderna EVL och RF. Beträffande huvudmetoderna står det anbudsgivaren fritt att enbart lämna anbud på antingen EVL eller RF, eller att lämna anbud på båda metoderna. I själva formuläret med noter framgår under "riktvolym" att riktvolymen 730 åtgärder med EVL och RF avser total volym för båda dessa metoder. Läggs anbud på båda metoderna delas volymen mellan de båda metoderna med hälften för

respektive åtgärd. För uppdraget finns ingen reglering som binder antagen leverantör vid att tillämpa den ena eller den andra av metoderna av EVL eller RF. RF-behandling är en dyrare typ av behandling, medan EVL är en billigare behandlingsform. Av det följer att en leverantör som enbart eller i huvudsak utför ingreppen med EVL-metoden får lägre kostnader för att genomföra en behandling än den leverantör som väljer att helt eller delvis använda RF-metoden.

Anbudsprismodellen, med anbudspriser som automatiskt räknar ut anbudspriset med 50/50 på priset på respektive metoderna EVL och RF men som samtidigt inte innebär någon förpliktelse för leverantören att faktiskt använda båda metoderna ger utrymme för strategisk anbudsgivning i syfte att utnyttja svagheter i förfrågningsunderlaget. Genom den valda modellen kan anbudsgivaren sätta ett mycket lågt pris på den ena metoden och ett relativt högt pris på den andra metoden och härigenom uppnå att den totala anbudssumman för åtgärderna blir mycket lågt. Anbudsgivaren behöver därefter inte leverera avtalad tjänst med metoden med det lägre priset utan kan istället välja att utföra ingreppen med den dyrare metoden, med följd att Regionen får avsevärt mycket mindre vård och färre antal vårdingrepp för samma summa pengar jämfört med om båda metoderna och prisbilden nyttjats. Utvärderingsmodellen innebär också att anbudsgivare som enbart lämnar pris på en metod eller med samma pris på båda metoderna missgynnas framför sådana anbudsgivare som lämnar strategiska anbud med ett lågt pris på den ena metoden, som man inte avser att leverera, men som ger ett lågt utvärderingsvärde eftersom hälften av ingreppen beräknas utifrån ett lågt eller mycket lågt pris.

I Frågor & Svar har Regionen på fråga från leverantör angett att om anbudspris lämnats på både EVL och RF "skall i så fall båda metoderna användas och anbudsgivaren måste visa att kompetens och apparatur finns för både EVL och RF". Av förfrågningsunderlaget i övrigt finns inget som förpliktar leverantören att använda båda metoderna om pris lämnats på båda, inte hel-

ler att viss volym ska utföras med respektive metod osv utan det lämnas helt till leverantören att välja metod. Det finns med denna utformning av förfrågningsunderlaget inget incitament för anbudsgivaren och leverantören att välja och leverera RF behandling i det enskilda patientfallet och inte heller någon möjlighet för regionen att genomdriva att båda metoderna används i den utsträckning som anbudspriserna lämnats och den utsträckning som utvärderingsmodellen bygger på. De priser som lämnats i upphandlingen riskerar att endast bli oförbindande strategiska priser lämnade i syfte att sänka det totala utvärderingspriset.

Bolaget gör gällande att det vinnande anbudets priser på de två metoderna är onormala med hänsyn till kostnaden för respektive metod vilket får till följd att man kan anta att anbudsgivaren inte har för avsikt att faktiskt tillämpa den billigare metoden som dels ger lägre intäkt och samtidigt högre kostnader. Det finns därför skäl att anta att det låga priset på den "dyrare" metoden enbart har satts av anbuksstrategiska skäl, för att man härigenom kan manipulera utvärderingspriset och sätta principen om sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga anbud ur spel. Det är vidare felaktigt att samtliga anbud som inkommit uppvisat likartade och rimliga prisnivåer. Av de anbudsgivare som offererat RF-behandling är Nordic Vascular Specialists (NVS) anbudspris betydligt lägre än övriga anbudsgivares motsvarande pris per RF-behandling. Priserna för EVL-behandling är inte heller i nivå med vinnande anbudets pris för RF-behandling utan betydligt högre. Sammanfattningsvis kan man konstatera att det enda anbudspriset som sticker ut och skiljer sig från mängden är det vinnande anbudets pris per RF-behandling. Det finns inga sakliga eller ekonomiska skäl som kan förklara att vinnande anbudsgivarens pris för just RF-behandling är så mycket lägre, annat än att detta pris lämnats i syfte att i utvärderingen genom modellens utformning få ett avsevärt lägre totalt utvärderingspris utan någon förbindelse att behöva leverera behandlingar med denna metod och till denna kostnad. Vinnande anbudsgivarens pris per RF-behandling är inte heller rimligt med hänsyn till den tyngre kostnadsbild som finns för RF-behandling.

Det är leverantören och av denne anställda eller anlitate läkare som såsom behandlande läkare avgör vilken metod som i det enskilda fallet ska användas för den enskilda patienten. Det är leverantörens behandlande läkare som är medicinskt ansvarig för behandlingen och som avgör vilken metod som ska tillämpas. Efter det att avtalet är undertecknat har regionen inte någon påverkan alls på vilken metod som i det enskilda fallet ska användas och ersättas av regionen.

Genom Regionens överträdelse av LOU har bolaget fråntagits möjligheten att tilldelas uppdraget. Härigenom lider bolaget skada. I vart fall riskerar bolaget att lida skada, då det inte kan uteslutas att bolagets anbud skulle vara det sammantaget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och tilldelas kontraktet om en korrekt utformad utvärderingsmodell hade använts. Vidare så hade, om utvärderingsmodellen varit korrekt, bolaget liksom andra anbudsgivare kunnat lämna mer konkurrenskraftiga anbud och det nu vinnande anbudet hade inte kunnat lägga ett oförbindande och taktiskt anbud.

Region Skåne bestrider bolagets ansökan och anför följande. Den tillämpade utvärderingsmodellen uppfyller högt ställda krav på transparens, likabehandling och proportionalitet. Vad bolaget anför visar heller inte annat. Vad bolaget anför visar heller inte att bolaget lidit, eller kunnat komma lida, skada i upphandlingen. Enligt bolaget skulle den valda modellen i sig inbjuda till strategisk anbudsgivning. Region Skåne kan för sin del konstatera att det följer av gällande rätt att strategisk anbudsgivning och prissättning som utgångspunkt är tillåten. Anbudsgivarnas möjlighet att fritt prissätta sina varor och tjänster är snarast själva kärnan i den konkurrensutsättning som upphandlingsbestämmelserna syftar till. Det finns därför heller ingen bestämmelse i LOU som förhindrar strategisk prissättning. Däremot finns en bestämmelse om onormalt låga anbud. Enligt gällande rättspraxis är det tillämpningen av denna bestämmelse som avgör vad som ska anses utgöra tillåten, eller motsatsvis otillåten (och då osunt strategisk), prissättning. I nu förevarande upphandling är samtliga offererade priser uppenbart rim-

liga. Vidare kan konstateras att samtliga anbudsgivare har förstått den aktuella modellen samt att samtliga anbudsgivare har haft samma förutsättningar att avge anbud. Vad bolaget anför visar inte heller att den i nu aktuell upphandling tillämpade utvärderingsmodellen skulle ha lett till ett icke-rättvisande resultat. Vad bolaget tycks göra gällande är att olika leverantörer skulle kunna utföra uppdraget på olika sätt. Detta är ingalunda något unikt för denna upphandling utan gäller i flertalet upphandlade tjänsteuppdrag. En hantering av ett unikt patientärende kan självfallet genomföras på många olika sätt. Genom gällande hälso- och sjukvårdslagstiftning garanteras dock alltid patienterna en hög kvalitet på den vård som tillhandahålls. Det ges aldrig någon möjlighet för leverantören att vägra utföra sådan vård som denne i sitt anbud har åtagit sig att utföra, utan inkommer remiss från landstingets läkare om viss vård är vårdgivaren skyldig att leverera enligt remissen – allt enligt fastställda riktlinjer för remisshantering. Bolagets påstående om att en leverantör skulle kunna helt fritt välja vilken metod denne önskar tillämpa är alltså direkt fel. I vårdavtal anges vidare ett årligt ekonomiskt maxtak. I vårdavtalen föreskrivs till sist en omfattande rätt för landstinget att genomföra revisioner avseende såväl medicinska som ekonomiska förhållanden. En anbudsgivare väljer alltså själv vilka anbudspriser denne önskar avge för var och en av de olika ersättningsberättigade åtgärderna, varefter det upphandlande landstinget utvärderar inkomna anbud i enlighet med i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingskriterier. Det kan konstateras att för i stort sett samtliga upphandlingar av tjänster där leverantören under uppdragstiden har möjlighet att påverka hur tjänsten i detalj utförs – där har leverantörerna möjlighet att göra strategiska överväganden inför sitt anbudsgivande. Detta i sig är ingen upphandlingsrättslig brist, utan en möjlighet för de olika anbudsgivarna att konkurrera med olika val av utförande. Risker för strategisk prissättning är osedvanligt låga just för upphandling av vårdtjänster – vilket också de inkomna anbuden visar.

Region Skåne bestrider att en behandling med RF-metoden skulle förorsaka leverantörerna högre kostnader än en behandling med EVL-metoden. Självfallet har olika anbudsgivare helt olika ekonomiska situationer och gör helt olika bedömningar av sina respektive kostnader. Påståendet att RF-metoden skulle vara allmänt sett mer kostsam än EVL-metoden – och att detta enligt bolaget måste avspeglas i anbudsgivarnas offererade priser – utgör därtill en osedvanligt motsägelsefull förklaring till det faktum att bolaget självt har offererat exakt samma pris för båda dessa metoder. Med bolagets resone-mang skulle därmed bolaget ha ägnat sig åt osund strategisk prissättning och med bolagets uppfattning om gällande rätt hade därmed bolagets anbud bort uteslutas från utvärderingen. Region Skåne delar dock inte dessa bolagets uppfattningar, utan anser att bolaget – liksom övriga anbudsgivare – i denna såväl som i andra upphandlingar självständigt avgör vilka priser som ska offereras. Det är först om ett offererat pris är orimligt lågt som upphandlande myndighet har möjlighet att vidta åtgärder med stöd av LOU. I nu aktuell upphandling är fråga om en vanligt förekommande utvärderingsmodell.

Som grundläggande förutsättning för att en domstol ska underkänna en utvärderingsmodell gäller att denna ska ha lett till ett icke-rättvisande resultat. Samtliga avgivna offererade priser är fullt ut rimliga. Region Skåne delar inte uppfattningen att NVSs offererade pris för EVL-metoden skulle vara orimligt högt. Tvärtemot finns i upphandlingen betydligt högre offererade priser för metoden. Det är till och med så att NVS pris är det näst lägsta av samtliga offererade priser för EVL-metoden. Det är endast bolaget som har offererat ett lägre pris för metoden. Vid en jämförelse mellan dessa båda anbud – där i jämförelsen av NVS offererade pris för RF-metoden helt exkluderas och istället ersätts av NVS högre prissatta metod EVL – kan konstateras att NVS anbud hade tilldelats ett betydligt lägre jämförelsevärde än bolagets anbud. Detta eftersom bolagets anbud belastats med ett påslag motsvarande 1 500 000 kr då det inte tilldelats några poäng för kvalitetskriteriet

samverkan. Vad bolaget anför kan därmed omöjliggöra innebära att bolaget lidit, eller kunnat lida, någon skada.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Gällande bestämmelser m.m.

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

Enligt 16 kap. 4 och 6 §§ LOU kan förvaltningsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att förvaltningsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Förfrågningsunderlaget i nu aktuella delar

1.2.11 Utvärderingskriterier

Region Skåne kommer att anta det anbud som uppfyller ställda medicinska och övriga krav på tjänsten och bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till tilldelningskriterierna nedan, se även bilaga Utvärderingsmodell:

- Leverantörens uppdragsbeskrivning
- Pris
- Samverkan

2.5.1 Pris

I priset per åtgärd ska samtliga kostnader förknippade med verksamheten ingå enligt beskrivningar i detta förfrågningsunderlag med undantag för de anestesiformer som specificeras i bilaga Utvärderingsmodell, flik Anbudspris. I priset inräknas de av Region Skåne fastställda patientavgifter. Offererade priser anges och utvärderas i bilaga Utvärderingsmodell. Priset per åtgärd ska anges i svenska kronor (SEK). Region Skåne lämnar inte, i någon del av de i kravspecifikationen ingående delarna, garantier avseende volymer.

Utvärderingsmodell

Endoluminal kirurgi med laser (EVL) eller radiofrekvensbehandling (RF) ska vara förstahandsmetoder. Anbudsgivaren anger pris för respektive åtgärd, observera dock angivna prisbegränsningar för åtgärderna Lokala extirpationer och Scleroterapi. Pris ska anges för

samtliga åtgärder (undantaget huvudmetoderna BVL och RF). Pris anges i SEK samt inklusive eventuell patientavgift som tillfaller Leverantören. I offererade priser ska samtliga kostnader, som är förknippade med verksamheten enligt beskrivningar i detta förfrågningsunderlag, ingå. De offererade priserna är de priser som kommer gälla i tecknat avtal. Ersättningsmodellen räknar fram ett totalt anbud utifrån uppskattad riktvolym. Angivna volymer är en uppskattning och används endast för att möjliggöra utvärdering av priser. Observera att den upphandlade verksamheten har ett ersättningstak på 13 mkr vilket medger fler åtgärder. Riktvolymen 730 åtgärder med EVL och RF avser total volym för båda dessa metoderna. Lägg anbud på båda metoderna delas volymen mellan de båda metoderna med hälften för respektive åtgärd

För varje icke uppfyllt kriterium belastas anbudsgivarens offererade normalarvode med 1 500 000 kr. Den anbudsgivare som uppfyller samtliga krav och har lägst jämförelsevärde kommer att tilldelas avtalet

Förvaltningsrättens bedömning

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att leverantören utifrån vad som anges i underlaget kan lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Vidare ska en utvärderingsmodell vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av EU-rättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. HFD har vidare uttalat att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref 50).

Bolaget har i målet anfört att Region Skåne i förfrågningsunderlaget utformat och tillämpat en utvärderingsmodell för att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet som inte är ägnad att leda till ett rättvisande resultat och som vid sin tillämpning inte leder till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

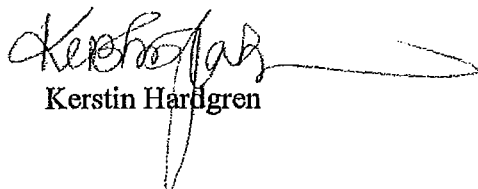
Förvaltningsrätten kan först konstatera att det av aktuellt förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell med tillräcklig tydlighet framgår vad som efterfrågas, hur anbudspriser ska lämnas och hur utvärderingen kommer att

ske. Det finns även anledning att beakta att upphandlingen avser ett område där det slutliga utfallet när det gäller efterfrågan på de olika åtgärder som omfattas är svår att förutse.

När det gäller utformningen av utvärderingsmodellen och då särskilt angivande av pris avseende metoderna Endoluminal kirurgi med laser (EVL) och Radiofrekvensbehandling (RF) framgår av underlaget att anbudsgivarna har möjlighet att offerera anbudspris antingen på båda metoderna eller enbart på en av dem. Förvaltningsrätten kan härvid konstatera att det vid offentlig upphandling råder fri prissättning och att LOU inte innehåller någon bestämmelse som i sig hindrar att en anbudsgivare ägnar sig åt s.k. strategisk anbudsgivning så länge det inte rör sig om onormalt låga anbudspriser. Av utredningen i målet framgår att ingen av anbudsgivarna har offererat s.k. noll-anbud och det är enligt förvaltningsrättens mening inte heller visat att något av de offererade anbudspriserna, vare sig gällande EVL-metoden eller gällande RF-metoden, kan anses vara onormalt låga. Sökanden har inte heller visat att anbudet inte skulle vara allvarligt menade eller att den vinnande anbudsgivaren inte skulle ha för avsikt att leverera offererade metoder till angivna priser. Förvaltningsrätten kan vidare konstatera att det av utredningen i målet framgår att, även om anbudsgivarna i viss mån kan välja vilken metod som ska användas, har de inte har möjlighet att vägra att tillämpa en behandlingsmetod som denne i sitt anbud har ådragit sig att utföra, t.ex. vid remisser, och de har även en skyldighet att följa de kvalitetskrav som gäller inom specialiteten samt enligt vetenskap och beprövad erfarenhet.

Sammantaget finner förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget och den aktuella utvärderingsmodellen, med hänsyn till vad bolaget har anfört i målet, inte kan anses vara så bristfälliga att de strider mot någon av de EU-rättsliga principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Skäl för ingripande enligt LOU på de av bolaget anförda grunderna föreligger således inte. Bolagets ansökan ska därför avslås.

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


Kerstin Hårdgren

Sune Wennerberg har föredragit målet.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas från den dag beslutet meddelades.

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

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.