



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avdelning 2 Enhet 21

DOM
2015-05-20
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
1239-15

SÖKANDE
JHInova AB, 556694-8880
Flötviksvägen 17
165 72 Hässelby

MOTPART
Västra Götalandsregionen, 232100-0131

Ombud: Regionjuristen Roy Svensson
Västra Götalandsregionen
Regionens hus
462 80 Vänersborg

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

KONKURRENSVERKET	
2015 -05- 2 0	
Avd	
Dnr	
KSnr	AktbH

Dok.Id 334832

Postadress Box 53197 400 15 Göteborg	Besöksadress Sten Sturegatan 14	Telefon 031 - 732 70 00 E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se	Telefax 031 - 711 78 59	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:00
---	---	--	-----------------------------------	---

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför en ramavtalsupphandling avseende Ortopedtekniska produkter, dnr SN 207-2014. Upphandlingen är uppdelad i flera produktkategorier. Anbud kan lämnas på hela eller delar av dessa. Upphandlingen genomförs med ett öppet förfarande och tilldelningsgrunden är lägsta pris.

Av tilldelningsbeslut den 26 januari 2015 framgår att VGR har tilldelat andra leverantörer än JHInova AB avtal avseende produktkategorierna Ne02 och Ne07.

YRKANDEN M.M.

JHInova AB (bolaget)

Bolaget ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas vad gäller kategorierna Ne02 och Ne07 och att bolaget tilldelas avtal i dessa delar. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om.

Bolaget anför bl.a. följande.

Angående utvärderingsmodellen

Förfrågningsunderlaget har varit otydligt eftersom det inte tillräckligt tydligt framgår dels hur expertgruppens bedömning skulle gå till, dels vilka omständigheter expertgruppen skulle bedöma. Det kan också ifrågasättas om VGR kan ställa produktspecifika krav på det sätt som skett, utan att ange objektiva kriterier till stöd för de krav som ställs. Rimligen bör VGR förhålla sig till tekniska specifikationer. Grunden för antagande av anbud

har därför varit det "ekonomiskt mest fördelaktiga" och inte lägsta pris. Detta strider mot förfrågningsunderlaget, som anger lägsta pris som tilldelningsgrund. Kvalitativa krav kan ställas i en upphandling, men VGR har nu använt sig av ett poängsystem för börkraven för att få fram de anbud som får vara med i bedömningen av "lägsta pris". Upphandlingen tar således andra hänsyn i utvärderingen än lägsta pris. Detta är inte förenligt med LOU.

Utvärdering produktkategori Ne02

Bolagets anbud har inte antagits i kategorin Ne02 eftersom anbudet inte fått tillräckligt många poäng. I utvärderingen har därvid felaktigt angetts att bolagets offererade ortos inte är reglerbar i längd samt att den inte är identitetsmärkt för spårbarhet.

Ortos bör vara reglerbar i längd

Bolaget har i anbudet svarat "Ja" vad gäller kravet att ortosen ska vara reglerbar i längd. VGR menar att expertgruppen bedömt att de ortoser som lämnats in inte är reglerbara i längd. Påståendet är felaktigt. Varuprov var medskickat för utprovning. Bolaget har inte heller fått del av expertgruppens bedömning eller fått information om hur bedömningen skulle gå till. Upphandlingen i denna del strider således mot kraven i LOU.

Rekonditionerbar ortos bör vara identitetsmärkt för spårbarhet

Bolaget har i anbudet svarat "Ja" vad gäller kravet att ortosen bör vara identitetsmärkt för spårbarhet. De produkter som lämnats in i upphandlingen har sådan identitetsmärkning för spårbarhet. Märkningen sitter både på förpackningen och på produkten (på insidan av det yttre lårskalet under fodret). I stället för noll poäng borde bolaget ha fått full poäng i denna del.

Därtill har andra anbudsgivare i samma kategori fått poäng då deras produkter har LOT-nummer. Detta har även bolagets produkter. VGR har därför inte heller behandlat alla anbudsgivare i enlighet med likabehandlingsprincipen. Vidare är kravet otydligt eftersom VGR inte anger vad som krävs för att en ortos ska vara identitetsmärkt för spårbarhet.

Utvärdering produktkategori Ne07

Bolagets anbud har inte heller antagits i kategori Ne07 eftersom produkten ansetts inte uppfylla samtliga skallkrav. Vid utvärderingen har felaktigt bedömts att offererade ortoser inte kan fås i storlekarna 35-47 samt att avrullningen inte är tillräcklig för avlastningen av fotproblem.

Ortoser ska finnas i olika storlekar

Bolagets ortoser finns tillgängliga i storlekar mellan 35-47 (och även större). Bolaget har svarat "Ja" på skallkravet att ortoser finns tillgängliga i storlek minst 37-47. Vidare har bolaget lämnat in information som visar att ortosen finns i storlekar över storlek 44. Baserat på denna information har VGR inte grund för att anse att bolaget inte uppfyller skallkravet. En tolkning av dessa två fakta tillsammans som medför att skallkravet anses uppfyllt kan aldrig anses vara en extensiv tolkning av storlekarna. Något krav på att ange maximal storlek finns inte heller.

Ortoser ska uppfylla vedertagna biomekaniska krav och har egenskaper för det ändamål som det är avsett

Bolaget uppfyller även kravet rörande vedertagna biomekaniska krav och att ha egenskaper för det ändamål som det är avsett. VGR anger att "Expertgruppen har utvärderat anbudsprovet utifrån kunskap och beprövad erfarenhet och bedömt att avrullningen inte är tillräcklig för avlastningen av fotproblem. Ingenstans i förfrågningsunderlaget framgår vilka kriterier expertgruppen utgått ifrån eller vad som anses som tillräcklig avrullning.

De studier och bedömningsgrunder som VGR nu anger har inte angetts i förfrågningsunderlaget. VGR har inte kunnat förklara hur bedömningen har gått till eller varför avrullningen anses inte tillräcklig. VGR har alltså lagt subjektiva hänsyn till grund för sin bedömning och dessa har inte framgått av förfrågningsunderlaget. Detta strider mot principerna i LOU.

Skada

Bolaget har lidit eller kan komma att lida skada på grund av bristerna i upphandlingen och hade om bolagets anbud bedömts på ett korrekt sätt tilldelats kontrakt.

VGR

VGR anser att ansökan ska avslås och anför bl.a. följande.

VGR har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. Bolaget kan därmed inte heller ha lidit eller kan komma att lida sådan skada som avses i LOU.

I anbudsinbjudan framgår att offererat produktsortiment kommer att bedömas av en expertgrupp som har en hög kompetens samt klinisk och beprövad erfarenhet. Expertgruppen har utvärderat anbudsproverna utifrån kravspecifikationen.

Ne02

Ortos bör vara reglerbar i längd

Vid utvärderingen har expertgruppen bedömt anbudsproverna och funnit att inte någon av ortoserna var reglerbar i längd. Det framgår inte heller av

anbudet eller av någon dokumentation som bifogats anbudet, dvs. vare sig i den anbudsspecifikation som bolaget hänvisar till eller till den ingivna storleksspecifikationen, att ortoserna är reglerbara i längd.

Rekonditionerbar ortos bör vara identitetsmärkt för spårbarhet

Vid utvärderingstillfället fann expertgruppen inte någon identitetsmärkning för spårbarhet. Någon möjlighet att tilldela bolaget poäng fanns därför inte. De av bolaget angivna leverantörerna har erhållit poäng eftersom deras produkter hade märkning för spårbarhet.

Vad som krävs för att kravet ska vara uppfyllt kan inte anses vara otydligt. Ortosen ska vara identitetsmärkt och detta för att den ska vara spårbar. Hjälpmedelsinstitutet har tillsammans med bl.a. tillverkare/leverantörer arbetat fram en rapport år 2010 som heter "Hjälpmedel för spårbarhet".

Ne07

Ortoser ska finnas i olika storlekar

Av den dokumentation som bifogats anbudet framgår att Novawalk finns i storlek mindre än 39 och större än 44. Den extensiva tolkning som bolaget gör är inte förenlig med likabehandlingsprincipen.

Ortoser ska uppfylla vedertagna biomekaniska krav och ha egenskaper för det ändamål som det är avsett

De behandlingsprogram som Ortopedtekniska avdelningen i Västra Götaland tillämpar bygger på vetenskapliga studier inom det biomekaniska området som beskriver avrullningen. Expertgruppen har utvärderat anbudsprovet utifrån kunskap och beprövad erfarenhet och bedömt att avrullningen inte är tillräcklig för avlastningen av fotproblemet för att kunna användas i behandling i VGR. Det som kommit fram nu medför inte någon annan bedömning.

Förfrågningsunderlag

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att tilldelningskriteriet är lägsta pris och hur anbudsprövningen kommer att gå till. Att använda sig av lägsta pris innebär inte att andra faktorer såsom kvalitet saknar betydelse.

Genom att ställa obligatoriska kvalitetskrav, som att en viss poäng måste erhållas för att gå vidare till utvärdering, säkerställer VGR att de offererade varorna håller hög kvalitet även eftersom endast priset blir föremål för utvärdering. VGR har utvärderat i enlighet med förfrågningsunderlaget. VGR har inte angett några produktspecifika krav, utan angett funktionskrav.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen på grund av att den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna eller andra bestämmelser i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i den lagen.

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt ska ange på vilka omständigheter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

Utredningen

VGR genomför en ramavtalsupphandling av ortopedtekniska produkter inom ett flertal olika kategorier, bl.a. Ne02 och Ne07. Till anbudet ska fogas information om erbjudna produkter. Vinnande anbud ska uppfylla de krav som anges för varan eller tjänsten i kravspecifikationen samt följa avtalsvillkor och övriga villkor i förfrågningsunderlaget. Ortopedtekniks expertgrupp (i VGR) har fastställt två produktkorgar innehållande varor med utvalda egenskaper/funktioner för respektive kategori. Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller de obligatoriska kraven samt kraven i kravspecifikationen kommer det/de anbud antas som har lämnat lägst pris per undergrupp och fastställd produktkorg.

Per undergrupp listas produktrelaterade obligatoriska krav och kvalificerande kvalitets/funktions produktrelaterade kriterier. De produktrelaterade kriterierna poängsätts individuellt efter hur väl anbudet/produkten uppfyller kravet. Poäng kan sättas fritt inom angivet intervall. För varje undergrupps kravspecifikation anges lägst poäng för godkänd produkt och i vissa fall anges även krav på poäng på lägst poäng per kriterium.

Offererat produktsortiment kommer att bedömas av en expertgrupp som tillsammans har hög kompetens, klinisk och beprövad erfarenhet. Offererat produktsortiment kommer att bedömas på ett kontrollerat, dokumenterat och affärsmässigt sätt. Expertgruppen kommer att utvärdera de produkter som har efterfrågad egenskap/funktion och utgå från den med lägst pris som uppfyller ställda krav. Produkter som offereras i den publicerade produktkorgen är också de som ska lämnas in för utvärdering.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis prövar domstolen om upphandlingen har genomförts i enlighet med den i förfrågningsunderlaget angivna tilldelningsgrunden lägsta pris och om utvärderingsmodellen i övrigt står i överensstämmelse med LOU.

Förfrågningsunderlaget

Den upphandlande myndigheten har friheten att formulera utvärderingsmodeller och utvärderingskriterier utifrån sina behov, så länge dessa är transparenta och inte strider mot de grundläggande principerna i LOU.

Det är ett absolut krav att förfrågningsunderlaget ska vara klart och tydligt utformat och innehålla samtliga krav på det som ska upphandlas, så att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen.

Bolaget gör gällande att VGR i upphandlingen har tillämpat tilldelningsgrunden det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet och inte lägsta pris som anges i förfrågningsunderlaget samt att det i vissa delar inte närmare anges vad som krävs för att uppfylla vissa kriterier.

I upphandlingen ställs ett antal obligatoriska skallkrav som ska vara uppfyllda. Därtill finns ett antal kvalitetskriterier som poängsätts inom vissa angivna intervall. I aktuella produktkategorier ska ett visst lägsta poängantal uppnås för att anbudet ska gå vidare till en utvärdering av priset. Denna granskning genomförs av en expertgrupp hos VGR och vad som prövas är om offererade och inlämnade produkter i särskilt efterfrågade produktkorgar uppfyller ställda skallkrav och hur väl de uppfyller givna kvalitets-/funktionskriterier. Fråga är sålunda om kvalificering för utvärdering. Att ställa upp krav på en viss lägstanivå när det gäller kvalitet strider inte mot de grundläggande principerna i LOU. Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att detta är det praktiska tillvägagångssätt som kommer att tillämpas i upphandlingen. När anbuderna väl kvalificerat sig för utvärdering har kvaliteten på produkterna inte haft någon betydelse. Det anges visserligen inte närmare i alla delar vad som är av vikt vid utvärderingen av kvaliteten mer än att det nämns vilka faktorer som bedöms. Sätillvida kan den valda utvärderingsmodellen anses brista i klarhet och tydlighet på ett sätt som skulle kunna innebära att den strider mot LOU. För en normalt informerad och omsorgsfull anbudsgivare torde det emellertid inte vara nödvändigt att i klartext ange att de vedertagna biomekaniska krav som tillämpas vid utvärderingen avseende bl.a. avrullning vilar på vetenskapliga studier och beprövad erfarenhet. Detsamma torde gälla även för kravet på identitetsmärkning, där riktlinjer har tagits fram i samarbete med branschen. Därmed får den valda utvärderingsmodellen jämte uppställda kvalitets-/funktionskriterier, där anbud med lägsta pris antas och som nu tillämpas, vara korrekt i så måtto att de grundläggande principerna i LOU och unionsrätten inte träds för när, trots mindre brister i utformningen av förfrågningsunderlaget.

Fråga om utvärdering av produktkategorierna Ne02 och Ne07

Bolaget måste rimligen ha förstått att de varuprover som lämnats in för utvärdering skulle komma att granskas gentemot de skallkrav och kvalitets-/funktionskriterier som ställts upp i förfrågningsunderlaget. Det har därför ålegat bolaget att se till att både anbudet och de varuprover som lämnas in för granskning uppfyller de krav som ställs. Brister i skallkrav eller kvalitet/funktion vid granskningen av varuproven kan inte vägas upp av att leverantören i sitt anbud anger att kravet är uppfyllt eller genom att leverantören i efterhand ger in kompletterande dokumentation. Vid utvärderingen har VGR funnit att bolagets varuprover gällande Ne02 brustit vad gäller kravet på att vara reglerbar i längd samt vara identitetsmärkt för spårbarhet. Avseende varuprover gällande Ne07 har VGR funnit att bolagets anbud inte uppfyller kravet på att ortosen ska finnas tillgänglig i vissa storlekar samt att varuprovet inte uppfyller kravet på avrullning. I bolagets anbud redovisas inte på ett tillräckligt klargörande sätt att efterfrågade storlekar kan erbjudas. Bolaget har inte gjort gällande att den biomekaniska bedömningen avseende avrullning vilar på annat än vetenskaplig grund och beprövad erfarenhet. Med hänsyn härtill och då det saknas skäl för antagandet att VGR har brustit i noggrannhet vid granskningen av inlämnade varuprover och då utvärderingen inte heller i dessa avseenden har genomförts i strid med förfrågningsunderlaget har bolaget inte visat att utvärderingen inte står i överensstämmelse med regelverket i LOU.

Sammanfattningsvis har bolaget inte visat att upphandlingen innehåller sådana allvarliga brister att det finns att skäl att ingripa mot den. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Urban Karlsson

Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Michaël Koch.



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.