



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2010-06-18
Meddelad i
Växjö

Mål nr
1867-10

SÖKANDE

Salubrious AB, 556592-9717
Näås Fabriker 5021
448 51 Tollered

MOTPARTER

1. Alvesta Kommun
KLK/Inköp
Centralplan 1
342 80 Alvesta

2. Lessebo kommun
Box 13
360 50 Lessebo

3. Ljungby kommun
341 83 Ljungby

4. Markaryds kommun
Box 74
285 22 Markaryd

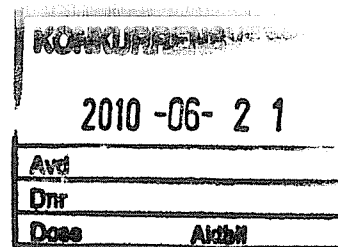
5. Tingsryds kommun
Box 88
362 22 Tingsryd

6. Uppvidinge kommun
Box 59
360 70 Åseda

7. Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

Ombud för 1-7: David Braic
c/o Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

8. Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö



Dok.Id 7316

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-868 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se	0470-869 50	måndag – fredag 08:00-16:30

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Salubrious AB:s ansökan.

Förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 7 april 2010.

BAKGRUND

Upphandlingsenheten vid Växjö kommun har på uppdrag av medverkande myndigheter genomfört en upphandling av Hjälpmedel, dynor. Genom tilldelningsbeslut den 25 mars 2010 beslutade Alvesta kommun, Lessebo kommun, Ljungby kommun, Markaryds kommun, Tingsryds kommun, Uppvidinge kommun, Växjö kommun och Älmhults kommun (kommunerna) var för sig att anta anbud som lämnats av andra leverantörer än Salubrious AB.

Förvaltningsrätten har den 7 april 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att förvaltningsrätten beslutar något annat.

YRKANDEN

Salubrious AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Bolaget anför i huvudsak följande. Kommunerna har genomfört upphandlingen utan att ta hänsyn till de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Upphandlingen är därför inte rättsenlig. Kommunerna har genom att använda bör-krav, som dels är så otydliga att det inte går att utläsa vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen och dels lämnar öppet för ett stort mått av godtycke och fri prövningsrätt, brutit mot principerna om transparens och öppenhet. Utvärderingsmodellen är därmed så otydlig att leverantörerna inte kan förutse hur deras anbud skulle komma att värderas. Avsaknad av vägledning av bör-kraven innebär att leverantörer saknar möjlighet att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Kommunerna har använt sig av en utvärderingsmodell med skall-krav och bör-krav som tilldelats poäng. Utöver detta har produkterna lämnats in för test av en utvärderingsgrupp bestående av förskrivare med lång erfarenhet. Två av bolagets produkter har utvärderats två gånger i två olika grupper. Eftersom grupperna

avser olika typer av brukare är det möjligt att en och samma dyna kan passa olika bra till olika typer av brukare och därmed få olika poäng. Detta kan inte anses vara fallet när det gäller rekonditionering av bolagets dyna Relax Duogel eftersom detta inte påverkas av i vilken grupp dynan erbjuds. Kommunerna har tilldelat mer än dubbelt så hög poäng i den ena gruppen, både vad avser rekonditionering och brukarvänlighet. Detta kan inte anses vara förutsägbart. Förfarandet med testen saknar även transparens då det inte någonstans framgår vad som krävs för att få maxpoäng. Det är omöjligt att i efterhand kontrollera bedömningarna då kommunerna inte sparat några dokument som visar vad som ligger till grund för de olika bedömningarna. Förfrågningsunderlagets bör-krav är i strid mot kravet på transparens då det är omöjligt för anbudsgivarna att förutse vilken poäng som kommer att erhållas för vilka uppgifter. Förfrågningsunderlaget är därför otydligt och står i strid med kravet på transparens och proportionalitet i 1 kap 9 § LOU. Bolaget har därmed lidit eller kommer att lida skada.

Kommunerna motsätter sig bifall till bolagets ansökan och anför i huvudsak följande. Den upphandlande myndigheten ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas. I förfrågningsunderlaget har kommunerna angett att det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga kommer att antas. Vidare har kommunerna angett vilka omständigheter som tillmäts betydelse och angett dessa omständigheter efter angelägenhetsgrad med den viktigaste först enligt följande. Kravuppfyllnad/Test 50 %, pris 40 % och tjänst 10 %. I förfrågningsunderlaget punkt 3.2 Kravuppfyllnad/Test anges bl.a. att anbudsgivarnas svar på kravspecifikationen (förfrågningsunderlagets bilaga 3 A-D) och produkternas resultat i tester kommer att utvärderas i en samlad utvärdering. Bedömningen av kriteriet Kravuppfyllnad/Test kommer att utföras av en sortimentsgrupp bestående av representanter för varje upphandlande enhet som arbetar som förskrivare och tekniker med stor erfarenhet inom produktområdet. Kravuppfyll-

nad/Test består av två delar. En del där anbudsgivaren ska besvara ställda frågor med Ja eller Nej där Ja ger 4 poäng och Nej ger 0 poäng. Den andra delen består av bedömningskriterier. Bedömning görs ur ett tekniskt perspektiv avseende rekonditionering och reparation. Vissa av bör-kraven avser brukarens upplevelse vid användning av produkten. När representanterna bedömer dessa delar sker det utifrån deras kompetens och erfarenhet inom området. Representanterna bedömer enligt ett utvärderingsunderlag (förfrågningsunderlagets bilaga 3 A-D). I utvärderingsunderlaget framgår poängfördelning. Den totala poängen omräknas sedan till betyg i enlighet med punkt 3.2 i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen är uppdelad i fyra produktgrupper. Vid utvärderingen delades sortimentsgruppen (av effektivitetsskäl) upp i två olika utvärderingsgrupper där respektive grupp utförde utvärdering av två produktgrupper vardera. Utvärderingen har skett på lika grunder inom respektive separat utvärderingsgrupp och den marginella skillnaden i poängsättningen innebär inte att transparensen har åsidosatts eller att bolaget på något sätt har förfördelats i den samlade bedömningen. Bedömningen har skett på lika grunder för samtliga anbudsgivare. Då utvärderingsgrupperna genomfört utvärdering av samtliga dynor inom varje produktgrupp har en rättvis jämförelse av resultatet kunnat ske inom respektive produktgrupp. Med hänsyn till hur och av vilka dynorna ska användas har den valda utvärderingsmodellen för kriteriet Kravuppfyllnad/Test varit relevant och strider inte mot någon av LOU:s principer. Kommunerna bestriider att utvärderingsmodellen har gynnat eller missgynnat någon anbudsgivare.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Av 1 kap 9 § LOU framgår 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.

Enligt 16 kap 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Enligt 16 kap 2 § LOU ska förvaltningsrätten, 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 lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

UTREDNINGEN

Upphandlingen avser sittdynor för manuella rullstolar. Upphandlingen är uppdelad i fyra produktgrupper: Tryckfördelande dynor, Tryckavlastande dynor, Positionerande och tryckfördelande dynor samt Positionerande och tryckavlastande dynor. Avtal kommer att tecknas med en leverantör för varje produktgrupp.

I kommunernas förfrågningsunderlag anges bland annat att det anbud som kommer att antas är det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till nedan angivna kriterier.

1.	Kravuppfyllnad/Test	50 %
2.	Pris	40 %
3.	Tjänst	10 %

I samtliga kriterier med undantag för pris tilldelas inlämnade anbud ett betyg inom skalan 0 – 5 efter hur väl de uppfyller kommunens önskemål.

5	Mycket god/bra, stort mervärde e.dyl.
4	God/bra, visst mervärde, något bättre än förväntningar
3	Godkänd, acceptabel, motsvarar förväntningar

2	Mindre god/bra, uppvisar vissa brister, något sämre än förväntningar
1	Kvalitetsbrister, klart sämre än förväntningar
0	Inget svar

Betyg för priskriteriet tilldelas enligt följande metod; lägst pris ges betyg 5 och övriga anbud ges betyg efter relationen mellan respektive pris och lägst pris. Följande betygsformel gäller: lägst pris / aktuellt pris * 5 = betyg. Betygen räknas sedan om till poäng. Poäng tilldelad för varje kriterium viktas med i förfrågningsunderlaget angiven vikt. Den viktade poängen för varje kriterium summeras till en summa poäng. Det anbud som har den högsta poängen utses till vinnare.

I kriteriet Kravuppfyllnad/Test kommer anbudsgivarnas svar på kravspecifikationen och produktens resultat i tester att utvärderas i en samlad utvärdering. I kravspecifikationen, bilaga 3 A-D, anges kraven. Anbudsgivarna ska utan kostnad för de upphandlande enheterna erbjuda testprodukter för genomförande av utvärdering, och därvid erbjudits möjlighet att förevisa sina produkter. Testerna och bedömningen utförs av en sortimentsgrupp bestående av representanter för varje upphandlande enhet. Representanterna i sortimentsgruppen arbetar som förskrivare och tekniker med stor erfarenhet inom produktområdet. Bedömning kommer att göras av produkterna ur ett tekniskt perspektiv avseende rekonditionering och reparation. Vissa av bör-kraven avser brukarens upplevelse vid användning av produkten. När representanterna bedömer dessa delar sker det utifrån deras kompetens och erfarenhet inom området. Representanterna bedömer enligt ett utvärderingsunderlag av vilket poängfördelningen framgår. Sortimentsgruppens upplevelser av produktens användarvänlighet/funktionalitet har poängsatts efter en fallande skala mellan 12 och 0 poäng. För att erhålla 12 poäng ska upplevelsen av produkten ha varit mycket bra medan 0 poäng inneburit att sortimentsgruppen upplevt att produkten brister i kvalitet. Den totala po-

ängen omräknas sedan till betyg. Av tilldelningsbeslutet framgår att omräkningen av poängen har gjorts enligt modellen, summa poäng/maxpoäng * 5 = betyg.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

En upphandlande myndighet får anses ha ett relativt stort utrymme vid utformningen av förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

Det föreligger inte något hinder för en myndighet att vid en upphandling av nu aktuellt slag använda sig av utvärderingsmodeller som baserar sig på en sortimentsgrupps bedömningar av sina upplevelser av produkterna i olika avseenden. Representanterna i sortimentsgruppen har i det här fallet bestått av förskrivare och tekniker för de upphandlande kommunerna med bred erfarenhet inom produktområdet. De subjektiva utvärderingskriterierna i form av sortimentsgruppens upplevelser av produkterna i fråga kan inte i sig anses vara av sådan omfattning att förfarandet strider mot de krav som uppställs i LOU.

Av förfrågningsunderlaget framgår att representanterna i sortimentsgruppen haft att utföra tester och bedöma produkterna enligt ett utvärderingsunderlag som upptar ett antal individuella underkriterier samt en poängfördelning. Den totala poängsättningen har därefter omräknats till ett betyg. Det föreligger inte stöd för bedömningen att sortimentsgruppen vid sin poängsättning av produkterna tagit ovidkommande hänsyn. Bolaget har inte heller i övrigt visat att kommunerna vid utformningen av förfrågningsunderlaget eller vid utvärderingen av anbuden brutit mot de krav som upp-

ställs i LOU. Bolagets ansökan ska således avslås. Till följd härav ska förvaltningsrättens beslut den 7 april 2010 inte längre gälla.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1D)

Bengt Lindh





SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.