



**SÖKANDE**

Smith & Nephew AB, 556198-8345  
Box 143  
431 22 Mölndal

**Ombud**

1. Advokat Helena Rosén Andersson  
2. Advokat Henrik Seeliger  
Advokatfirman Lindahl KB  
Box 11911  
404 39 Göteborg

**MOTPART**

Varuförsörjningen  
Landstinget i Uppsala län  
Ulleråkersvägen 42 B  
750 17 Uppsala

**ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING**

Upphandling avseende förbandsmaterial VF 2007-0038 produktgrupp 183

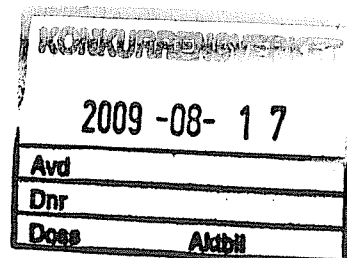
**SAKEN**

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

**LÄNSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Länsrätten avslår ansökan.

Länsrätten upphäver sitt interimistiska beslut från den 18 juni 2009.



## BAKGRUND

Varuförsörjningen är en nämnd, vari ingår representanter från landstingen i Dalarna, Sörmland, Uppsala, Västmanland och Örebro län i syfte att upphandla för samtliga landsting. Nämnden har sitt säte i Uppsala län.

Varuförsörjningen (landstinget) har genom ett öppet förfarande enligt LOU genomfört en upphandling avseende förbandsmaterial och den 11 juni 2009 beslutat att anta Mölnlycke Health Care ABs anbud avseende produktgrupp 183, polyuretanförband.

Länsrätten har genom ett interimistiskt beslut den 18 juni 2009 förordnat att upphandlingen, i den del den avser produktgrupp 183 polyuretanförband, inte får avslutas innan länsrätten beslutar om något annat.

## YRKANDEN M.M.

Smith & Nephew AB (bolaget) begär överprövning av landstingets upphandling. Bolaget yrkar, såvitt nu är i fråga, att länsrätten beslutar att upphandlingen rättas såvitt avser produktgrupp 183 polyuretanförband genom att en ny anbudsutvärdering sker, alternativt att upphandlingen görs om i denna del.

Landstinget bestrider ansökan.

## Bolagets talan

### *Sammanfattning*

Landstinget har felaktigt tilldelat Mölnlycke Health Care upphandlingskontraktet beträffande produktgrupp 183, trots att bolaget har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Anbudsutvärderingen ska, enligt förfrågningsunderlaget, göras enligt "Utvärdering 2". Av punkt 2.4.13 i förfrågningsunderlaget följer att poängsättning sker av bör-kriterier som finns beskrivna i avsnitt 6.99. Enligt förfrågningsunderlaget innebär poängsättningen att ett prispåslag görs på anbudsgivarens offererade totalpris per år för produktgruppen. Den anbudsgivare som får det lägsta jämförel-

sevärdet har lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Om den offererade produkten tilldelas högsta poäng (fyra poäng), görs inget prispåslag. Om den offererade produkten tilldelas en lägre poäng, görs ett prispåslag på mellan en fjärdedel till hela mervärdet för aktuellt kriterium. Det framgår visserligen, enligt punkt 6.99 i förfrågningsunderlaget, vilken individuell procentsats som landstinget tillmäter respektive bör-krav. Det framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget vilket mervärde som landstinget ställer upp för aktuellt kriterium. Det framgår därför inte av förfrågningsunderlaget vilket prispåslag som landstinget kommer att göra beträffande respektive bör-krav enligt 6.99. Av angivna procentsatser kan således inte utläsas vilken vikt kriterierna faktiskt har vid utvärderingen. Genom att först vid anbudsutvärderingen ange upphandlingsvärdet och därmed totalbeloppet för bör-kriterierna för en viss produktgrupp har landstinget full frihet att i efterhand fastställa vilken vikt bör-kriterierna ska ha i förhållande till priskriteriet.

Landstinget har skönsmässigt utvärderat bolagets och Mölnlycke Health Cares produkter enligt kriterierna ”bör ha en god absorptionskapacitet” och ”bör ha en god avdunstningskapacitet”. Det framgår inte av anbudsutvärderingen hur landstinget har kommit fram till poängsättningen av dessa kriterier. Den produkt som bolaget offererat har en mycket högre avdunstningskapacitet än den av Mölnlycke Health Care offererade produkten. De båda bolagen har trots detta tilldelats samma poäng beträffande avdunstningskapacitetskriteriet. Absorptionskapacitet och avdunstningskapacitet utgör tillsammans ett mått på produktens totala vätskehanterande förmåga. Bolagets produkt har en mycket högre total vätskehanteringsförmåga än Mölnlycke Health Cares produkt. Detta framgår av bolagets egen undersökning som bolaget bifogade anbudet. Landstinget har muntligen uppgett till bolaget att denna undersökning inte har beaktats vid utvärderingen. Landstinget har vidare uppgett att de vid utvärderingen utgått från att produkter som har likvärdig absorptionskapacitet även har en likvärdig avdunstningskapacitet, vilket alltså är felaktigt. En korrekt genomförd utvärdering skulle ha

medfört att bolagets produkt tilldelades en högre poäng än Mölnlycke Health Cares produkt beträffande såväl kravet på avdunstningskapacitet som sammanlagt beträffande kraven på avdunstningskapacitet och absorptionskapacitet. Landstinget har även beträffande kravet "bör ha godvidhäftningsförmåga och häftförmåga" genomfört en felaktig utvärdering. De har felaktigt kommit fram till att bolagets produkt har en lägre sådan förmåga än Mölnlycke Health Cares produkt. Det saknas grund för en sådan slutsats. Om utvärderingen genomförts korrekt hade bolaget dessutom tilldelats ytterligare en poäng, och därmed lika många poäng som Mölnlycke Health Care, beträffande vidhäftningskriteriet. Tilldelningsbeslutet strider därför mot 12 kap. 1 § LOU. Medicintekniskt är det relevant att bedöma produktens totala vätskehanterande kapacitet, inte absorptionskapacitet och avdunstningskapacitet var för sig. Denna uppdelning kan, såsom skett i detta fall, leda till att en anbudsgivares produkt får en så hög poäng beträffande absorptionskapacitet att bolaget tilldelas en alltför hög poäng beträffande produktens vätskehanterande kapacitet. Eftersom landstinget har delat upp en produkts totala vätskehanterande kapacitet i två delar och det riskerar att ge ett missvisande medicintekniskt resultat och därmed ett felaktigt utfall är förfrågningsunderlaget felaktigt utformat. Bolaget lider eller riskerar därför att lida skada av att förfrågningsunderlaget utformats otydligt beträffande produktgrupp 183. Om det inte är tillräckligt att upphandlingen rättas ska den därför göras om beträffande denna produktgrupp.

Förfrågningsunderlaget är oklart i det avseendet att det inte framgår vilket prispåslag som kommer att göras beträffande respektive bör-krav i punkt 6.99. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget vilket totalbelopp som ska fördelas på de olika bör-kraven. Först genom anbudsutvärderingen framgår totalbeloppet som fördelas procentuellt mellan bör-kraven för produktgrupp 183. Eftersom landstinget inte beträffande produktgrupp 183 angett i förfrågningsunderlaget totalbeloppet som ska fördelas mellan bör-kraven går det inte att förutse vad vikten 25 % respektive tio % innebär i

mervärde per kriterium. Den enda produktgrupp vars värde har utannonserats är produktgrupp 179 och det har skett genom att den produktgruppen har tagits in som exempel i förfrågningsunderlaget. Om totalbeloppet för produktgrupp 183 exempelvis varit 543 250 kr skulle vidhäftningskriteriet uppgå till 54 325 kr. Ett prispåslag med tre poäng skulle då leda till ett prispåslag om 13 581 kr, istället för nu 27 163 kr. Eftersom bolaget har offererat ett produktpris som är 14 156 kr lägre än Mölnlycke Health Care hade bolagets utvärderingspris blivit lägre. Detta gäller även om man skulle godta den poängsättning som landstinget gjort beträffande bolagens anbud beträffande absorptionskriteriet och avdunsningskriteriet. Totalpriset för bör-kraven som landstinget fastställer vid anbudsutvärderingen styr således vilket värde bör-kraven får i förhållande till priset. En anbudsutvärderingsmodell som möjliggör en sådan skönsmässig utvärdering av anbudet strider mot det grundläggande kravet på transparens i 1 kap. 9 § LOU och mot kravet på att anbudskriteriernas inbördes vikt ska framgå av förfrågningsunderlaget i 12 kap. 2 § LOU. Totalpriset för hela upphandlingen saknar betydelse eftersom det inte utifrån detta värde går att avgöra vad totalpriset för bör-kraven för en viss produktgrupp är. Om anbudsgivarna hade känt till vilket prispåslag som skulle ha kunnat tilldelas anbudet för en viss poäng hade de kunnat lämna ett konkurrenskraftigare anbud. För bolaget hade det varit tillräckligt att prispåslaget avseende absorptions-, avdunsnings- eller vidhäftningskriteriet hade varit 13 000 kr lägre för att det skulle ha lämnat det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Förfrågningsunderlaget är således skönsmässigt utformat och strider därför mot skyldigheten att ange den inbördes viktningen av kriterierna enligt 12 kap. 2 § LOU. Det strider även mot de grundläggande kraven på transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Av EG-domstolens avgörande den 24 januari 2008 i mål C-532/06, Lianakis, framgår att det strider mot principen om likabehandling av leverantörer och transparenskravet att fastställa viktningsskriterier först vid anbudsutvärderingen. Se även EG-domstolens domar i mål C-87/94 (Kommissionen mot Belgien), C-470/99

(Universale-Bau), C-331/04 (Viaggi di Maio) och C-380/98 (begäran om förhandsavgörande från High Court of Justice (England & Wales), Queen's Bench Division (Divisional Court))

Genom det felaktiga tilldelningsbeslutet har bolaget gått miste om kontraktet beträffande leverans av produktgrupp 183. Bolaget lider därför skada eller riskerar i vart fall att lida skada av beslutet. Om upphandlingen rättas så att bolaget tilldelas kontraktet, är det tillräckligt för att åtgärda felet. På grund härav ska anbudsutvärderingen göras om såvitt avser produktgrupp 183. Genom en ny anbudsutvärdering ska bolaget tilldelas kontraktet.

### **Landstingets talan**

Landstinget anför i yttrande och i senare skriftväxling i huvudsak följande. Bestämmelserna i LOU har inte åsidosatts. Gällande det prispåslag som ska göras enligt modellen är det korrekt, såsom bolaget hävdar, att priset per produktgrupp inte är angivet i förfrågningsunderlaget. Hur modellen i sig är uppbyggd framgår av punkten 2.4.13 i förfrågningsunderlaget. I förfrågningsunderlaget finns även bilagt ett konkret exempel på hur modellen fungerar. Att hela upphandlingen omfattar 135 produktgrupper och att det totala värdet för upphandlingen är 38 miljoner kronor finns angivet i punkten 1.2.3. Bolaget hävdar att om det vetat ett exakt mervärde för aktuell produktgrupp hade det kunnat justera sitt pris med hänsyn till påslaget. Invändningen är inte trovärdig, eftersom den bygger på att man i efterhand känner till vilken poängsättning som gjorts av utvärderingskriterierna och som fått den effekt på priset som bolaget redogör för. Produktgrupp 183 innehåller sju utvärderingskriterier där nu aktuella två har viktats till 25 % vardera. Någon sammanvägning av dessa två kriterier har inte gjorts och är heller inte angiven i förfrågningsunderlaget. Eftersom det saknas gränsvärden för de aktuella kraven blir en utvärdering ofrånkomligen något oprecis i så måtto att exempelvis en marginellt högre absorptionsförmåga inte genererar en högre poäng. Landstinget kan in avstå från att bedöma dessa utifrån gällande förutsättningar eftersom kraven i sig är viktiga. För

utvärderingskriterierna gäller generellt att dessa bedöms efter en fyrgradig skala. Bedömningsgrunderna för respektive poäng framgår av en bedömningsmall. Utvärderingen har genomförts gemensamt för de fem upphandlande landstingen. I utvärderingsgruppen som totalt uppgår till ca 50 personer finns sårsköterskor, operationssjuksköterskor, undersköterskor och materialkonsulenter med. Landstinget har i sin utvärdering följt de förutsättningar som angivits i förfrågningsunderlaget. Alla anbudsgivare har behandlats lika och inga ovidkommande hänsyn har tagits. Förfrågningsunderlaget anger hur viktningen av kriterierna har gjorts och hur utvärderingsmodellen fungerar. Upphandlingen uppfyller därmed de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.

## SKÄL

### **Tillämpliga bestämmelser**

I 1 kap. 9 § LOU stadgas följande.

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 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 kontraktet som kommer att tillämpas.

I 12 kap. 2 § LOU stadgas följande.

Den upphandlande myndigheten ska ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket

anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, ska dessa anges i fallande prioritetsordning.

Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning ska anges i

1. annonsen om upphandlingen,
2. förfrågningsunderlaget, eller i
3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU stadgas följande.

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

### Utredningen i målet

I *förfrågningsunderlaget* anges bl.a. följande.

1.2.3 Upphandlingens värde för en tolv månaders period uppskattas till 38 MSEK.

#### 2.4.13 Utvärdering 2

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt punkterna "Kvalificering av anbudsgivare" och "Kvalificering av obligatorisk krav" kommer produkten att utvärderas efter i förfrågningsunderlaget angivna kriterier. Vissa kriterier kan komma att utvärderas i samband med provning av offererad produkt.

Därefter kommer det/de anbud att antas som är det/de ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till viktade utvärderingskriterier och även sortimentsbredd (uppfyllelse 60 % eller mer). Utvärderingskriterierna framgår av "Kravspecifikation" kapitel sex i detta dokument och övriga utvärderingsdata för respektive produktgrupp/-er enligt exempel "Utv.1", Bilaga 2. Anbudsgivaren kan själv simulera sitt eget svar i modellen. Vid utvärderingen poängsätts varje kriterium utifrån en skal på 0–4, beroende på hur väl respektive anbud uppfyller det aktuella kriteriet. Därefter beräknas ett pålägg i förhållande till hur stor del av maximal poäng för kriteriet som inte uppnåtts och det aktuella kriteriets mervärde enligt följande:

4 poäng = inget pålägg

3 poäng = mervärdet för aktuellt kriterium multiplicerat med  $\frac{1}{4}$

2 poäng = mervärdet för aktuellt kriterium multiplicerat med  $\frac{1}{4}$

1 poäng = mervärdet för aktuellt kriterium multiplicerat med  $\frac{3}{4}$

0 poäng = fullt pålägg



Pålägget för samtliga kriterier summeras och adderas till respektive anbuds beräknade totalkostnad per år för aktuell produktgrupp. Anbudet som får det lägsta jämförelsevärdet är det för köparen ekonomiskt mest fördelaktiga.

6.99 Förband sår polyuretanskum m. Silikonbeläggning och häftkant – produktgrupp 183  
25 % Bör ha en god absorptionskapacitet  
25 % Bör ha en god avdunstningskapacitet  
10 % Bör inte ge upphov till maceration  
10 % Bör vara mjuk och följsam  
10 % Bör ha god häftförmåga och god vidhäftningsförmåga  
10 % Bör vara duschbar  
10 % Bör vara lätt att applicera

Av resultatet av landstingets utvärdering framgår bl.a. följande. Såväl bolaget som Mölnlycke Health Care har tilldelats tre poäng för kriterierna ”bör ha god absorptionskapacitet”, ”bör ha en god avdunstningskapacitet” och ”bör inte ge upphov till maceration”. De båda bolagen har tilldelats fyra poäng avseende kriterierna ”bör vara mjukt och följsamt”, ”bör vara duschbart” och ”bör vara lätt att applicera”. Vad gäller kriteriet ”bör ha god häftförmåga och vidhäftningsförmåga” har bolaget tilldelats tre poäng medan Mölnlycke Health Care har tilldelats fyra poäng. Totalvärdet för kriterierna uppgår till 1 086 500 kr. Upphandlingsvärde per år, baserat på förbrukning under år 2007, uppgår till ca 2 173 000 kr.

#### **Länsrättens bedömning**

Länsrätten har att ta ställning till huruvida landstinget, i de avseenden som bolaget påstått, brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och i sådant fall om detta har medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

#### *Förfrågningsunderlaget*

Bolaget har invänt att förfrågningsunderlaget är oklart i den mening att det inte gått att förutse vad vikten 25 % respektive 10 % innebär i mervärde för varje krav och att bolagets utvärderingspris hade blivit lägre än Mölnlycke

Health Cares för det fall totalpriset varit lägre. Förfrågningsunderlaget är således, enligt bolaget, skönsmässigt utformat och strider därför mot skyldigheten att ange den inbördes viktningen av kriterierna enligt 12 kap. 2 § LOU.

Frågan om vilka krav som kan ställas på ett förfrågningsunderlag har varit föremål för Regeringsrättens prövning (se RÅ 2002 ref. 50) Regeringsrätten uttalade bland annat följande. I kravet på affärsmässighet får anses ligga att 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 en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, det vill säga att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. 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.

Med transparens förstås främst skyldigheten för den upphandlande enheten att lämna information om upphandlingar och det praktiska tillvägagångssättet vid dessa samt rättigheten för leverantörer att få tillgång till denna information så att de i förväg känner till vilka rättigheter och skyldigheter som föreligger. Av principen om affärsmässighet följer att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

Länsrätten konstaterar att modellens upplägg inte är optimal. Vad bolaget har anfört visar dock inte att totalbeloppet valts på skönsmässiga grunder eller att de i förfrågningsunderlaget angivna viktningsskriterier har frångåtts. Information om totalbeloppet för produktgrupp 183 redan i förfrågningsunderlaget hade måhända kunnat påverka anbudsgivarnas anbud. Anbudsgivarna har emellertid förfogat över samma information i detta av-

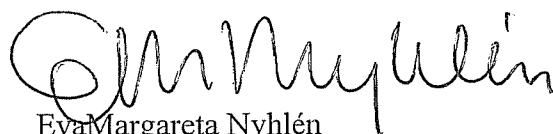
seende, varför ingen har haft någon fördel jämfört med någon annan. Mot denna bakgrund finner länsrätten att den av bolaget påtalade bristen i förfrågningsunderlaget inte står i strid med de grundläggande principer som gäller för offentliga upphandlingar.

#### *Utvärderingen*

I förfrågningsunderlaget anges klart och tydligt att produkterna bl.a. bör ha en god absorptionskapacitet, en god avdunstningskapacitet samt en god häftförmåga och god vidhäftningsförmåga. Vad bolaget anfört angående vikten av att bedöma en produkts samlade vätskehanteringsförmåga medför inte att förfrågningsunderlaget är oklart i den mening som krävs för åtgärder enligt 16 kap. 2 § LOU. I förfrågningsunderlaget anges vidare att vissa kriterier kommer kan komma att utvärderas i samband med provning av offererad produkt. I alla upphandlingar förekommer värderingar av anbud som görs av den upphandlande enheten. Det framkommer dock inte annat än att landstinget vid utvärderingen följt de regler som uppställts i förfrågningsunderlaget. Att bolaget i sin egen rapport kommit fram till en annan slutsats än landstinget beträffande kvaliteten hos sina produkter kan därför inte, enligt länsrättens mening, anses visa att landstingets värdering är felaktig.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att vad bolaget anfört inte ger stöd för att upphandlingen, i den del den avser produktgrupp 183, skett i strid med reglerna i LOU eller de för upphandling grundläggande gemenskapsrättsliga principer. Det saknas därför förutsättningar för att med stöd av 16 kap. 2 § LOU förordna att upphandlingen ska rättas eller göras om. Bolagets ansökan ska därför avslås.

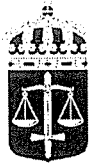
**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV 3109/1A)



Eva Margareta Nyhlén

rådman/CT





## 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.

