



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I GÖTEBORG**

Avd. 2

**DOM**

2017-12-15

Meddelad i Göteborg

Mål nr  
7715-17

**SÖKANDE**

Steripolar AB, 556903-4076  
Förrådsvägen 9  
181 41 Lidingö

**MOTPART**

Västra Götalandsregionen, Regionens Hus  
462 80 Vänersborg

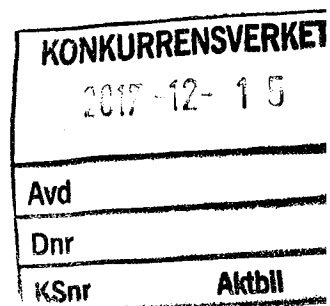
Ombud: Advokaten Göran Andersson, jur.kand. Markus Garfvé och  
jur.kand. Ponthus Andersson  
Hellström Advokatbyrå KB  
Box 7305  
103 90 Stockholm

**SAKEN**

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

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och beslutar att Västra Götalands-  
regionens upphandling av temperaturreglering patient samt tillbehör och  
förbrukning, dnr RS2016-04429, ska göras om.



Dok.Id 509290

**Postadress**  
Box 53197  
400 15 Göteborg

**Besöksadress**  
Sten Sturegatan 14

**Telefon**  
031 - 732 70 00  
**E-post:** forvaltningsrattenigoteborg@dom.se  
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

**Telefax**  
031 - 711 78 59

**Expeditionstid**  
måndag–fredag  
08:00–16:00

## BAKGRUND

Västra Götalandsregionen (regionen) genomför en upphandling av *temperaturreglering patient samt tillbehör och förbrukning, dnr RS2016-04429*. Av tilldelningsbeslut den 22 juni 2017 framgår att andra leverantörer än Steripolar AB (Steripolar) har vunnit upphandlingen.

## YRKANDEN M.M.

**Steripolar** ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen görs om eller att motiveringen i kravspecifikation för kvalitetskriterierna 40.6 och 50.8 stryks ur tilldelningsbeslutet alternativt att upphandlingen tilldelas det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet. Bolaget anför i huvudsak följande till stöd för sin talan.

Upphandlingen har brutit mot transparensprincipen så att likabehandlingsprincipen inte kan iakttas. Anbudsgivarens svar gällande kvalitetskriterium 40.6 i kravspecifikationen för produktgrupp 4 bedöms enligt en poängskala på 0-45 poäng. Minsta godkända poäng är 30. För kvalitetskriterium 50.8 för produktgrupp 5 används poängskalan 0-30 och där är minsta godkända poäng 20. Då bolaget ej har någon insyn i vad som är poänggrundande i de olika delarna samt bara kan göra en jämförelse med vald produkt har det varit svårt att se om bolaget har behandlats på samma sätt som andra anbudsgivare eller om det har uteslutits på fel grunder.

Då HotDog-systemet som bolaget har offererat är marknadsledande globalt med tusentals nöjda kunder så strider uttalandet i bedömningen bolaget har fått gällande kvalitetskriterierna 40.6 och 50.8 emot dessa, vilket kan betyda ekonomisk förlust för bolaget. Bolaget har levt upp till bör-kraven för kriterierna ifråga och bör inte uteslutas från upphandlingen på grund av detta.

Bolaget har angett att det uppfyller kravet om att ha flera storlekar av täcken/madrasser för att uppnå en så flexibel lösning som möjligt. Bolaget uppger också, med anledning av kravet på att täckena/madrasserna ska vara enkla att applicera med sladdar och på patient och gällande möjligheten att styra värmen i varje täcke för sig, att deras produkt har längre sladdar än vunnit anbud och är enkelt att applicera på patient. Detta tas upp som något positivt i vunnit anbud då regionen i omdömena har angett att den offererade produkten är ”mkt mjuk och formbar ihop med tempurmadrass, finns både tjock och tunn madrass, går att styra täcket individuellt”. I bolagets anbud finns det möjlighet att styra upptill två stycken täcken åt gången, d.v.s. dubbelt så mycket som vunnit anbud.

Gällande kravet i kvalitetskriteriet 50.8 om att värmarna och madrasserna bör vara bekväma och tryckavlastande och/eller fungera ihop med befintlig madrass på operationsbordet så visas detta av till överklagan bifogat dokument Pressure Relief Comparison samt oberoende utvärdering.

De rättsliga grunderna är att det av 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndigheten ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt att upphandlingar ska genomföras på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska även principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas. En leverantör som enligt 16 kap. 1 § LOU anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada får i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder. Bolaget riskerar att lida skada, enligt 16 kap. 2 § LOU, om upphandlande myndighet tecknar avtal i enlighet med tilldelningsbeslutet.

**Regionen** bestrider bifall till Steripolars ansökan om överprövning och anför i huvudsak följande. Anbudsgivarna har kunnat lämna anbud på ett eller flera olika anbudsområden. Tilldelning har enligt punkten 5.3 i anbuds- inbjudan skett enligt det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Vidare

framgår av punkten 5.3.1 i anbudsinbjudan att vid anbudsvärderingen har varje kriterium kunnat ge ett visst antal poäng. Det framgår även att utvärderingspriset räknas fram genom att regionen för varje poäng som inte uppfylls ger ett prispåslag till offererat pris. Samtliga offererade produkter har således börjat på fullpoäng och sedan fått poängavdrag. Kvalitetskraven har bedömts av en expertgrupp inom regionen via dokumentation, provning av offererade varor och/eller utifrån erfarenhet.

Regionen har den 22 juni 2017 meddelat tilldelningsbeslut varvid annan anbudsgivare än Steripolar tilldelats kontraktet. Då de av Steripolar offererade produkterna för produktgrupp 4 och 5 inte tilldelats minsta godkända poäng har anbudet förkastats.

En överprovning tar inte sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om myndigheten har handlat formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (se HFD 2013 ref. 5). Som huvudprincip krävs att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter denne grundar sin talan på och att domstolens prövning är begränsad till de grunder som parten åberopat (se RÅ 2009 ref. 69).

Steripolar har begärt att regionens motivering rörande hur bolagets anbud bedömts avseende krav 40.6 och 50.8 stryks ur tilldelningsbeslutet. Det är inte möjligt för förvaltningsrätten att via dom eller beslut bestämma att ett tilldelningsbeslut eller utvärderingsprotokoll ska ha en viss motivering. Steripolars talan i denna del kan därför inte bifallas.

Steripolar har vidare gjort gällande att regionens utvärdering avseende krav 40.6 och 50.8 inte har gått rätt till. Beträffande krav 40.6 har regionen bedömt de av Steripolar offererade produkterna som ”stela och otympliga, hårda ej formbara, ej bekväma att ligga på, även om tempurmadrass används

under”, varvid 30 poäng har tilldelats. Beträffande krav 50.8 har regionen bedömt de offererade produkterna som ”stela och otympliga, hårda ej formbara, ej bekväma att ligga på, även om tempurmadrass används under”, varvid 15 poäng tilldelats.

Varken LOU eller EU-rätten innehåller några formkrav på hur ett förfrågningsunderlag eller en utvärdering ska vara konstruerad. Av praxis framgår enbart att förfrågningsunderlag ska vara utformade så att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla leverantörer kan tolka informationen på samma sätt. Detta medför att en upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas och vilken relativ vikt valda tilldelningskriterier ska tillmätas, så länge kriterierna syftar till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet (se bl.a. C-19/00 SIAC Construction och C-448/01 Wienstrom). I nationell praxis har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp lagstiftningen och gemensamhetsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50).

I förevarande fall har domstolen att pröva om anbudsutvärderingen har skett enligt utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget, vilket vidare specificerats i kravbilagan, och om utvärderingsmodellen har varit tillräckligt tydlig. Eftersom poängsättningen sker på det sätt som redogjorts för ovan går det inte att undvika att utvärderingen ges ett viss subjektivt inslag. I praxis har det emellertid slagits fast att det är tillåtet att använda ett visst mått av skön vid utvärderingen av anbudens kvalitet (se t.ex. Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 2130-12).

Regionen har genomfört utvärderingen i enlighet med förfrågningsunderlaget. Inte på något sätt har regionen tagit ovidkommande hänsyn eller

på annat sätt avvikit från kriterierna. Skälen för regionens bedömning finns kommenterade i utvärderingsprotokollet. Bedömningen har gjorts efter att projektgruppen provat offererade produkter. Det är projektgruppens samstämmiga åsikt att produkterna är ”stela och otympliga, hårda ej formbara, ej bekväma att ligga på, även om tempurmadrass används under”. I kravspecifikationen har även tydligt angivits vad regionen skulle fästa vikt vid under utvärderingen. Någon bristande tydlighet kan inte anses föreligga.

I ansökan om överprövning har Steripolar uppgett att de offererade produkterna har flera storlekar av täcken/madrasser, att dessa är enkla att applicera både med sladdar och på patient och att det finns möjlighet att styra två stycken täcken åt gången. För dessa delar har också regionen tilldelat Steripolars anbud poäng i respektive produktgrupp. Som nämnts ovan har Steripolars anbud tilldelats lägre poäng på grund av vad som framgår av utvärderingsprotokollet. Vidare har Steripolar gett in en handling benämnd Pressure Relief Comparison. Då handlingen getts in först i samband med överprövningsprocessen saknas möjlighet för regionen att beakta den vid anbudsutvärderingen. Därutöver noterar regionen att handlingen tillsynes verkar vara upprättad av tillverkaren av den offererade produkten. Den framstår därmed knappast som varken oberoende eller opartisk.

Sammantaget har inget framkommit i målet där det kan visas att regionen har handlat i strid med de gemenskapsrättsliga principerna eller någon annan bestämmelse i LOU. Steripolar har heller inte konkretiserat hur regionens påstådda brister medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada (Se HFD 2013 ref. 53). Att bara ange att avtal kan komma att tecknas med vinnande anbudsgivare är inte tillräckligt. Steripolars ansökan om överprövning ska därför avslås.

## SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

### Tillämpliga bestämmelser

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 bedömning

Frågan i målet är om regionen har brutit mot de allmänna principerna för offentlig upphandling i 1 kap. 9 § LOU, främst kravet på transparens, och om det har medfört att Steripolar har lidit eller kan komma att lida skada. Frågan är vidare om en eventuell brist leder till att upphandlingen måste göras om eller om det är tillräckligt med rättelse.

### *Skaderekvisitet*

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 omständig-

heter denne grundar sin talan och att domstolens prövning bör begränsas till de grunder som parten åberopar (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

För att grund för ingripande mot upphandlingen ska finnas är det inte tillräckligt att sökanden anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada, utan sökanden ska visa att denne har lidit eller kan komma att lida skada av den eller de brister som påtalats (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande HFD 2013 ref. 53).

Regionen har anfört att Steripolar inte har konkretiserat hur regionens påstådda brister medför att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada. Av ingivet tilldelningsbeslut framgår att Steripolar avseende produktgrupp 4 hade det lägsta utvärderingspriset men att anbudet förkastades till följd av för låg tilldelad poäng avseende kravet i punkt 40.6. För produktgrupp 5 var Steripolars anbud det enda inkomna varför bolaget här torde kunna tilldelas kontrakt om de hade fått en högre poäng för kravet i punkten 50.8. Till följd av den poängtilldelning som regionen gjort har Steripolars anbud förkastats för båda dessa produktgrupper och delar i upphandlingen. Med hänsyn till detta är det enligt förvaltningsrättens mening visat att regionens påstådda överträdelse av LOU skulle kunna medföra att Steripolar har lidit eller riskerat att lida skada (se Kammarrätten i Stockholms dom den 25 juni 2014, mål nr 1685-14). Något skäl för att avvisa ansökan om överprövning på denna grund finns därför inte varför målet ska prövas i sak utifrån de av parterna anförda grunderna.

#### *Utredningen i målet*

Av avsnitt 5.3 Utvärdering i Anbudsinbjudan framgår att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet/anbuderna kommer att antas med hänsyn till pris och utvärderingskriterier angivna i kravspecifikationen. I avsnitt 5.3.1



Bedömning anges att varje kriterium kan ge ett visst antal poäng och att poäng kommer att sättas inom ett angivet intervall beroende på hur väl produkten uppfyller kriteriet. Uppnås inte full poäng ges ett prispåslag. Det anges att ”poängsättning kommer att ske i intervall från 0 poäng (ingen funktion alt. mycket dålig funktion) till angivet maxvärde (total uppfyllelse) samt att ”Poäng måste uppnå ´minsta antal poäng för godkänt´ men också per krav om så är angivet”. Det framgår också att ”offererade produkter kommer, av en expertgrupp inom VGR att bedömas via dokumentation, provning och/eller utifrån erfarenhet”.

I bilagan Kravspecifikation anges för varje produktgrupp i upphandlingen ett antal krav och utvärderingskriterier, varav de sista poängsätts utifrån hur väl regionen anser att anbudsgivaren uppfyller kravet. Gällande utvärderingskriteriet i punkt 40.6, anges att den offererade produkten ”bör ha flera storlekar av täcken/madrasser för så flexibel lösning som möjligt, som är enkla att applicera både med sladdar och på patient, med möjlighet att styra värmen i varje täcke för sig, bör vara bekväma och vara tryckavlastande och/eller fungera ihop med befintlig madrass på op.-bordet.” Det anges att poängskalan går från 0 till 45 poäng och att minst 35 poäng krävs för att anbudet ska godkännas. För utvärderingskriteriet 50.8 gällande produktgrupp 5 anges att produkten ”bör ha flera storlekar av täcken/madrasser för så flexibel lösning som möjligt, som är enkla att applicera både med sladdar och på patient, bör vara bekväma och vara tryckavlastande och/eller fungera ihop med befintlig madrass på op.-bordet”. Poängskalan som används vid utvärderingen går från 0 till 30 och minst 20 poäng krävs för att anbudet ska godtas.

#### *Kravet på transparens*

Kravet på transparens innebär enligt EU-domstolen en skyldighet för den upphandlande myndigheten att lämna insyn i upphandlingsförfarandet och

förfarandet ska öppna för konkurrens och myndighetens opartiskhet ska kunna kontrolleras, se mål C-458/03 Parking Brixen. Se även mål C-87/94 Wallonska bussarna och C-275/98 Unitron. Potentiella anbudsgivare ska underrättas om samtliga de uppgifter som kommer att beaktas för att den upphandlande myndigheten ska kunna välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Det ska också framgå hur anbuderna har viktats i förhållande till varandra, se mål C-532/06 Lianakis.

Transparensprincipen innebär även att såväl förfrågningsunderlaget som utvärderingsmodellen ska vara tydliga och klara och dess krav uttryckligen framgå (se Kammarrätten i Göteborg, mål nr 5823-12, mål nr 6642-13, Kammarrätten i Jönköping, mål nr 1867-13, Kammarrätten i Stockholm, mål nr 4777-13 samt Kammarrätten i Sundsvall, mål nr 1225-12.). Ges inte i förfrågningsunderlaget någon närmare ledning för poängsättningen kan utvärderingsmodellen anses ge den upphandlande myndigheten en fri prövningsrätt, vilket inte är tillåtet (jfr t.ex. EU-domstolens dom i mål C-513/99 Concordia).

*Är poängsättningen i utvärderingen tillräckligt transparent och förutsebar?*

I anbudsinvändningen och i kravbilagan till respektive produktgrupp i upphandlingen anges vilka kvalitetskriterier som poängtilldelningen i utvärderingen utgår ifrån. Det anges att kvalitetskriterierna kommer att bedömas och poängsättas av en utvärderingsgrupp som gör en samlad bedömning av de offererade produkterna från respektive anbudsgivare. Den enda ledning som ges för vad som rimligen kommer att premieras vid poängsättningen är den kortfattade information som anges för respektive kvalitetskriterium, såsom angetts ovan för punkt 40.6 respektive punkt 50.8. Det saknas dock tydlig ledning för vad anbudsgivaren har att uppfylla för att få en viss poäng och vad som tillmätts betydelse.

Vad anbudsgivaren ska uppfylla för att nå gränsen för godkänt eller för att få en högre poäng framgår inte. Ingen förklaring av de olika stegen i poängskalan ges. Enligt förvaltningsrättens mening framgår det därför inte tillräckligt tydligt av förfrågningsunderlaget vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingsgruppens samlade bedömning (jfr Kammarrätten i Stockholms avgörande, mål nr 7362-12 samt Kammarrätten i Jönköpings avgöranden, mål nr 860-13, mål nr 3418-14, mål nr 2645-15 samt mål nr 751-16). Det är vidare svårt att utläsa av motiven till bedömningen varför vissa anbudsgivare tilldelats en maxpoäng eller har tilldelats en lägre poäng för ett visst kvalitetskriterium. Förvaltningsrätten anser därför att förfrågningsunderlaget har öppnat för en alltför godtycklig bedömning som inte har kunnat förutses av presumtiva leverantörer.

Förvaltningsrättens bedömning är därmed att förfrågningsunderlagets utformning strider mot principerna om förutsebarhet och transparens. Då bristen hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen är det inte tillräckligt med rättelse utan upphandlingen måste göras om. Överklagandet ska därför bifallas.

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

Ann Rittri  
Rådman

Föredragande i målet har varit föredragande juristen Emelie Lindh.



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

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

### Prövningstillstånd i kammarrätten

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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

### Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

*Forts. nästa sida*

## Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

## Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

