



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2010-09-21
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
11304-10 E
Enhet 1:2

SÖKANDE

Etac Sverige AB, 556203-2879
Kista Science Tower
164 51 Kista

Ombud: Advokaten Magnus Wennerholm
Hamilton Advokatbyrå Växjö AB
Box 124
351 04 Växjö

MOTPART

Västra Götalands läns landsting
Regionens Hus
405 44 Göteborg

Ombud: Regionjuristen Bodil Svensson
Västra Götalands läns landsting
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

2010-09-21	
Ans	
Dnr	
Doss	Arkiv

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Etac Sverige AB:s ansökan.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 10 maj 2010 upphör därmed att gälla.

BAKGRUND M.M.

Västra Götalands läns landsting (nedan kallat landstinget) har genomfört en upphandling av hygienhjälpmedel för vuxna och barn. Upphandlingen har genomförts i form av öppet förfarande. Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen syftade till att teckna ramavtal med en eller flera leverantörer för inköp enligt avrop under perioden den 1 juni 2010 – 31 maj 2013. En del av upphandlingen har gällt utrustning för förhöjning av toalettstolar avsedd för funktionshindrade (produktgrupp A9). Av tilldelningsbeslutet den 26 april 2010 framgår att regionen för denna produktgrupp har för avsikt att träffa avtal med bl.a. Etac Sverige AB (bolaget) avseende dess produkt "Hi Loo II". Av handlingarna framgår också att beträffande den nyss angivna produktgruppen har även Invacare AB:s (fortsättningsvis Invacare) produkt, "Aquatec 90000", av regionen ansetts uppfylla de uppsatta minikraven enligt förfrågningsunderlaget men har offererat ett lägre pris än bolaget. Dess produkt har därmed vid utvärderingen rangordnats före bolagets produkt.

YRKANDEN M.M.*Bolaget*

Bolaget yrkar i första hand att förvaltningsrätten ska ålägga landstinget att vidta rättelse, innebärande att produkten "Aquatec 90000" vid utvärderingen tillerkänns 0 poäng för bör-kravet rörande klämrisk. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen avseende produktgrupp A9 ska göras om.

Bolaget anför bl.a. följande. Landstinget har gett Invacares produkt "Aquatec 90000" 15 poäng i utvärderingen av bör-kravet beträffande klämrisk trots att det av förfrågningsunderlaget följer att endast 0 eller 25 poäng kan tilldelas. Endast i det fall ingen klämrisk föreligger ska produkten tilldelas poäng. Regionen har i sin utvärdering konstaterat att klämrisk föreligger

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 3
11304-10 E

för produkten "Aquatec 90000" och därmed skulle den produkten rätteligen ha tillerkänts 0 poäng. Genom sitt förfarande har landstinget brutit mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen.

Anbudsgivare har inte kunnat förutse att en mellanpoäng kunde tilldelas då detta inte följer av förfrågningsunderlaget avseende det aktuella bör-kravet. Detta leder till att anbud inte har kunnat lämnas med tillräcklig insikt om vad som kommer att tillmätas betydelse vid den upphandlande myndighetens prövning av anbudet. Anbudsgivaren kan då inte utforma sitt anbud på ett optimalt sätt. Detta strider mot kravet i 1 kap. 9 § LOU på ett öppet förfaringssätt (transparensprincipen). Om landstinget i det aktuella bör-kravet velat ge en poäng mellan minimala 0 poäng och maximala 25 poäng skulle myndigheten ha angett det och också förklarat vad som krävdes för att uppnå denna mellanpoäng och uttryckt detta i förfrågningsunderlaget. Den otydliga utformningen av förfrågningsunderlaget i detta avseende lämnar stort utrymme för godtycklighet.

Landstinget har vid utvärderingen också gett Invacares produkt 15 poäng utan att det framgår vilka omständigheter och produkttegenskaper som haft betydelse vid tilldelningen av just denna poäng. Förfaringssättet blir än mer otydligt vid en jämförelse med hur en annan anbudsgivares, Swereco, produkt utvärderats. Dess produkt "Flush" är oerhört lik Invacares produkt "Aquatec 90000". Det är då svårt att förstå hur landstinget för det aktuella bör-kravet kunnat tilldela produkten "Flush" 0 poäng samtidigt som produkten Aquatec getts 15 poäng.

Likabehandlingsprincipen har inte heller uppfyllts, då regionen särbehandlat den vinnande produkten i produktgrupp A9 genom att ge den 15 poäng när 0 poäng borde ha getts. Ur ett brukarperspektiv måste minsta klämrisk vara att likställa med en uppenbar klämrisk eftersom det är brukarna av produkten som riskerar att skadas om de blir klämda. Det ska tilläggas att

vid andra utvärderingar i samband med offentlig upphandling har bedömts att det föreligger klämrisk för Invacares produkt "Aquatec 90000". Protokoll från två sådana utvärderingar gjorda av landstingen i Uppsala och Stockholms län åberopas. Dessutom har Invacare självt i sin manual för produkten angett symbol för klämrisk.

Bolaget har drabbats av skada. Om regionen korrekt tillämpat den poängskala som angetts i förfrågningsunderlaget hade den vinnande produkten, "Aquatec 90 000", tilldelats 0 poäng. Bolagets produkt "Hi-Loo II" hade då vunnit utvärderingen avseende produktgrupp A9 och bolaget hade rangordnats som nummer ett i denna produktgrupp, vilket medfört att bolaget kunnat räkna med betydligt större försäljningsvolym. Regionen har handlat i strid med LOU och dess bestämmelser i 1 kap. 9 § och 12 kap. 1 §. Bolaget har lidit eller kan komma att lida ekonomisk skada med anledning härav.

Landstinget

Landstinget bestrider bolagets yrkande om rättelse och hemställer att förvaltningsrätten avslår bolagets ansökan om överprövning och i samband därmed upphäver det interimistiska beslutet. Landstinget bestrider bolagets påståenden om att utvärderingen av produktgrupp A9 strider mot principerna om transparens och likabehandling och därmed mot LOU. Landstinget har i flera yttranden utförligt kommenterat de omständigheter som bolaget åberopat.

Förvaltningsrätten

Förvaltningsrätten har den 10 maj 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan rätten slutligen prövar upphandlingen eller beslutar något annat.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

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

I 16 kap. 2 § LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada, ska ifrågasvarande förvaltningsdomstol besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget

I landstingets anbudsinvitan/förfrågningsunderlag till eventuella anbudsgivare anges bl.a. nedanstående.

För bl.a. produktgrupp A9 avser beställaren att teckna avtal med flera leverantörer, tillräckligt många för att täcka verksamhetens behov. Antagna leverantörer kommer att rangordnas efter lägsta pris inom varje produktgrupp. Avrop kommer att göras efter rangordning förutom i de fall där en särskild fördelningsnyckel används, vilket innebär att brukarens behov kommer att styra avropen.

Anbudsprövningen sker i två steg: 1. Kvalificering av anbudsgivare. 2. Anbudsutvärdering.

Under förutsättning att inkomna anbud avseende produktgrupperna A1-A24 uppfyller kvalificeringskraven och uppnår den lägst acceptabla angivna poängen (minipoäng) kommer det/de anbud att antas som lämnat lägsta pris. De produktrelaterade kraven poängsätts individuellt efter hur väl anbudet/produkten uppfyller kravet. Angiven minimipoäng per kravspecifikation/produktgrupp måste uppnås för att gå vidare till prisutvärdering.

I kravspecifikationen för produktgrupp A9 anges bl.a. följande. Minipoängen för att gå vidare är 120 poäng. Enligt kravposition 11 "bör armstöden kunna fällas upp och ner utan att klämrisk föreligger". Maxpoäng: 25. Utvärderingsskala: 0 – uppenbar klämrisk föreligger, 25 – ingen klämrisk föreligger.

För vissa andra kravpositioner har i kravspecifikationen, utöver 0 och maxpoäng, även angetts en poäng däremellan som förutsätter att bör-kravet på ett angivet sätt delvis är uppfyllt.

Landstingets utvärdering

Av handlingarna framgår bl.a. nedanstående.

Landstinget har under utvärderingen haft de offererade produkterna tillgängliga. I landstingets projektgrupp för upphandlingen har, utöver köspersonal, ingått en produktkonsulent, en hygiensjuksköterska och två arbetsterapeuter.

Enligt tilldelningsbeslutet var samtliga leverantörer kvalificerade för utvärdering. Beträffande produktgrupp A9 erhöll bolagets produkt "Hi-Loo II" 140 poäng medan Invacares produkt "Aquatec 90000" fick 130 poäng. Bolagets produkt tilldelades maximala 25 poäng för bör-kravet rörande klämrisk medan Invacares produkt erhöll 15 poäng. Övriga offererade produkter nådde inte upp till minipoängen för bör-kraven och deltog inte i

prisetvärderingen. Vid prisutvärderingen var jämförelsepriset 876 kr för Invacares produkt mot 1 218 kr för bolagets, vilket medförde att de rangordnades som nummer ett respektive nummer två.

Förvaltningsrättens bedömning

Inledningsvis kan konstateras att det är ostridigt och klarlagt i målet att bolaget kan komma att lida skada om upphandlingen slutförs i enlighet med landstingets tilldelningsbeslut i jämförelse med om bolagets produkt i produktgruppen A9 hade rangordnats som nummer ett vid utvärderingen. Om bostadsbolaget kan anses ha brutit mot bestämmelserna i LOU ska förvaltningsrätten då besluta om att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först efter rättelse.

Frågan om vilka krav som vid en offentlig upphandling kan ställas på förfrågningsunderlag och utvärderingsmodell har varit föremål för Regeringsrättens prövning i målet RÅ 2002 ref. 50. Regeringsrätten har bl.a. uttalat följande. I det uppställda 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 enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör dock 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.

Landstingets utvärderingsmodell bygger på att av de offererade produkter inom en produktgrupp som håller en viss minimistandard ska den produkt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**Sida 8
11304-10 E

som erbjuds till lägst pris ges företräde för kontrakt och vid rangordning för avrop. Det har inte framkommit annat än att modellen – förutsatt att kvalitetsbedömningen kan godtas – leder till att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt antas. De frågor förvaltningsrätten i första hand har att ta ställning till är om landstingets förfrågningsunderlag var tillräckligt tydligt beträffande utvärderingsmetoden gällande risken för klämskador i produktgrupp A9 samt om själva utvärderingen genomförts på ett godtagbart sätt.

Som allmän princip för utvärderingen har i förfrågningsunderlaget angetts att de produktrelaterade kraven poängsätts individuellt efter hur väl anbudet/produkten uppfyller kravet. Principen torde ge utrymme för såväl en skala med fixerade poäng för ett angivet antal klart definierade kvalitetsnivåer som för bedömning utifrån en mer glidande skala mellan två angivna extremnivåer. I landstingets kvalitetsutvärdering i produktgrupp A9 har också båda modellerna använts.

I förfrågningsunderlaget har som framgått angetts att vid utvärderingen av klämrisken när en produkt inom den aktuella kravgruppen används ges 0 poäng om uppenbar klämrisk föreligger och 25 poäng om ingen klämrisk föreligger. Enligt förvaltningsrättens uppfattning ligger det närmast till hands att tolka den beskrivna skalan som glidande. Skalan begränsas av två extremvärden som representerar "uppenbar klämrisk" och "ingen klämrisk". Om den över huvud taget ska kunna användas för klämrisk som inte bedöms vara uppenbar, och som således varken ger 0 poäng eller berättigar till 25 poäng, måste den ses som en glidande skala där även andra poäng kan bli aktuella. En tolkning som däremot leder till att utvärderingsinstrumentet i många fall skulle bli oanvändbart framstår varken som närliggande eller rimlig. Förvaltningsrätten har även svårt att se att de olika tolkningsmöjligheterna skulle medföra svårigheter för leverantörerna att på ett ändamålsenligt sätt välja vilka produkter som ska offereras och att i övrigt

utforma sina anbud på ett konkurrenskraftigt vis. Även om landstinget kunnat presentera den aktuella utvärderingsskalan på ett tydligare och mer pedagogiskt sätt kan upphandlingen i det nu diskuterade avseendet därmed inte anses ha brutit i transparens och förutsägbarhet.

Frågan blir då om det visats att landstinget vid den aktuella utvärderingen inte behandlat bolaget och dess anbud på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt och därigenom brutit mot bestämmelserna i LOU.

Bolaget har anfört att landstinget förfarit godtyckligt när Invacares produkt vid utvärderingen av klämrisken tilldelats 15 poäng och därigenom brutit mot likabehandlingsprincipen. Vidare synes bolaget hävda att landstingets poängsättning varit felaktig eftersom Invacare i manualen för produkten "Aquatec 9000" redovisar en symbol för klämrisk. Slutligen anför bolaget att det förhållandet att landstingen i Uppsala och Stockholms län vid tidigare upphandling värderat klämrisken för Invacares produkt på annat sätt än landstinget gjort talar för att landstinget poängsatt produkten för högt.

Av tilldelningsbeslutet framgår att i den projektgrupp som deltagit i landstingets utvärdering ingår flera specialister på hjälpmedel för funktionshindrade och deras användning. Det får antas poängsättningen rörande det aktuella börkravet bygger på dessa specialisters professionella bedömning. En sådan bedömning kan enligt förvaltningsrättens mening inte utan vidare betraktas som godtycklig. En annan sak är att bedömningen och poängsättningen inte till fullo kan förutses. Att det i manualen för "Aquatec 90000" redovisas symbol för klämrisk som kan föreligga under särskilda omständigheter visar inte heller att landstingets poängsättning varit felaktig eftersom det tilldelade poängen inte utesluter viss återstående klämrisk. Det saknar också betydelse för bedömningen om andra upphandlande myndigheter i tidigare upphandlingar, vars förutsättningar dessutom är okända, gjort andra bedömningar vid utvärderingen av olika kvalitetskrav.

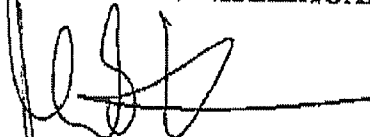
FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 1

DOM

Sida 10
11304-10 E

Sammantaget anser förvaltningsrätten således att det inte visats att landstinget vid den aktuella upphandlingen brutit vare sig mot principen om transparens eller principen om likabehandling. Bolagets ansökan om överprövning kan då inte bifallas.

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



Mats Ihlbom

Föredragande i målet har varit Per Olofsson.



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. 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 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 förekommet 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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 uppgive sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU