



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2012-02-13
Meddelad i
Växjö

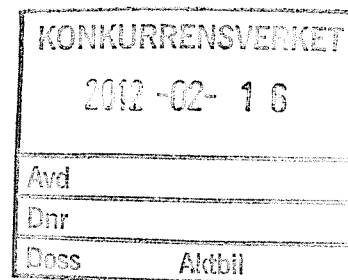
Mål nr
4244-11, 4309--4315-11

SÖKANDE

Sjöbergsdynan AB, 556806-9131
Fruktvägen 6
131 33 Nacka

MOTPARTER

1. Alvesta kommun
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 2-7:
Växjö kommuns upphandlingsenhet
Box 1222
351 12 Växjö
8. Växjö kommuns upphandlingsenhet
Box 1222
351 12 Växjö



Dok.Id 43652

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

SAKEN

Överprövningen enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Alvesta kommun, Lessebo kommun, Ljungby kommun, Markaryds kommun, Tingsryds kommun, Uppvidinge kommun, Älmhults kommun och Växjö kommun (kommunerna) har i samverkan genomfört en upphandling av hjälpmedel, AD-madrasser. Samordning har skett genom Växjö kommun. Enligt tilldelningsbeslut den 9 december 2011 beslutade kommunerna gällande produktgrupperna madrass grund antidecubitus och madrass bädd antidecubitus att anta de anbud som lämnats av Care of Sweden AB och Optimal Cura respektive Care of Sweden AB och Optimal 5zon.

Sjöbergsdynan AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att utvärderingen görs om med samma kriterier men av en annan bedömningsgrupp. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om. Bolaget anför bl.a. följande. Det är felaktigt att bolagets produkter fått betydligt lägre bedömningspoäng på de fyra bedömningskriterierna än en konkurrents produkt och att bolaget därför kunnat förlora mot denna produkt trots att konkurrentens produkter har ett 30 procent för badmadrassen och 21 procent för toppmadrassen högre pris. Det finns fyra bedömningskriterier vid utvärderingen av madrasserna. Poängsättningen är inte rättvis vad gäller kriterierna om produkten är brukarvänlig, användarvänlig och lätt att rekonditionera. Bolagets madrass i produktgruppen grund antidecubitus består av 14 cm kallskum och ett hygienöverdrag. Konkurrentens madrass består av en kombination av kallskum och viscoelastiskt skum samt hygienöverdrag. Bolagets madrass i produktgruppen madrass bädd antidecubitus består av viscoelastiskt skum och ett hygienöverdrag. Konkurrentens madrass består av kallskum med hygienöverdrag. Dessa produkter är så pass lika i hänseende till de specifika utvärderingskriterierna. Poängsättningen reflekterar inte reella skillnader i produkterna utan att poängsättningen istället använts till att välja den produkt som personerna i bedömningskommittén är vana vid och vill arbeta med. Bedömningsgruppens

konstaterande att en kallskumsmadrass är hård men ändå kan vara svårare att ta sig ur än en mjuk madrass med viscoelastiskt skum är helt felaktigt. Konkurrentens alternativ har en mjukare basmadrass och en toppmadrass med 6 cm kallskum, dvs utan något mjukt tryckfördelande material på toppen. Upphandlingen har inte genomförts i enlighet med 1 kap. 9 § LOU på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Bedömningskriterierna är inte alls specifika och därför blir de inte transparenta.

Kommunerna bestrider bolagets ansökan och anför följande. Bedömningen av kriteriet Kravuppfyllnad/Test har utförts av en sortimentsgrupp bestående av representanter för varje upphandlande enhet och att representanterna arbetar som förskrivare och tekniker med stor erfarenhet inom produktområdet. Representanterna som utfört utvärderingen är legitimerade sjuksköterskor och legitimerade arbetsterapeuter samt hjälpmedelstekniker med lång erfarenhet inom produktområdet och med utbildning på Hälsohögskolan i Jönköping och Borlänge. Dessa har också tagit fram kraven i kravspecifikationerna och kriterierna. När representanterna bedömer dessa delar sker det utifrån deras kompetens och erfarenhet inom området. Representanternas samlade skriftliga bedömningar har lett till poängsättningen i redogörelsen i tilldelningsbeslutet. Utvärderingen har skett på lika villkor och skillnaden i poängsättning innebär inte att transparensen har åsidosatts eller att bolaget på något sätt har förfördelats i den samlade bedömningen. LOU ger inte närmare besked om hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Den får dock inte strida mot de unionsrättsliga principerna. Med hänsyn till av vilka madrasserna ska användas anser kommunerna att den valda utvärderingsmodellen för kriteriet Kravuppfyllnad/Test har varit relevant och inte stridande mot någon av LOU:s principer.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

LOU ändrades den 1 november 2011 men äldre bestämmelser gäller fortfarande för upphandlingar som har påbörjats före ikraftträdandet. I detta mål är bestämmelserna i lydelse före nämnda datum tillämpliga.

Enligt 16 kap. 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada ansöka om åtgärd enligt 5 eller 15 §. Enligt 5 § ska rätten, 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 har lidit eller kan komma att lida skada, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är således principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Regeringsrätten har i RÅ 2002 ref. 50 uttalat att de skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet kan göra att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade få godtas

under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Av domen följer också att det förhållandet att en upphandlande enhet använder sig av ytterligare mätverktyg vid utvärderingen kan godtas under förutsättning att dessa håller sig inom ramen förfrågningsunderlaget.

Av utredningen i målet framgår bl.a. följande. Upphandlingen avser köp av AD-madrasser samt vissa till dessa knutna produkter och tillbehör. Upphandlingen är uppdelad i fyra produktgrupper, varav produktgrupperna madrass grund antidecubitus och madrass bädd antidecubitus nu är ifråga.

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 | 60 % |
| 2. | Pris | 40 % |

I kriteriet Kravuppfyllnad/Test 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 |

I kriteriet Kravuppfyllnad/Test kommer anbudsgivarnas svar på kravspecifikationen och produktens resultat i tester att utvärderas i en samlad utvärdering. I kravspecifikationen anges bör-kraven, som ger maximalt 16 po-

äng. Bedömningskriterierna för ifrågavarande produktgrupper är om bruksanvisningen bedöms användarvänlig, om produkten bedöms brukarvänlig, om produkten bedöms användarvänlig och om produkten bedöms enkel att rekonditionera. Anbudsgivarna ska utan kostnad för de upphandlande enheterna erbjuda testprodukter för genomförande av utvärdering. 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. 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. Den totala poängen omräknas sedan till betyg.

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: $\text{lägst pris} / \text{aktuellt pris} \times 5 = \text{betyg}$. 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.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning.


I alla upphandlingar förekommer värderingar av anbuden som görs av den upphandlande myndigheten. Av kommunernas förfrågningsunderlag framgår vilka kriterier som hänsyn ska tas till vid utvärderingen och hur dessa ska viktas. Det framgår vidare bör-kravens poängsättning samt sortimentsgruppens bedömningskriterier och poängsättning. Förfrågningsunderlaget får anses vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kunnat avgöra vad kommunerna tillmäter betydelse vid upphandling-

en och därigenom även skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Det finns 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 (jfr. t.ex. Kammarrätten i Jönköpings dom den 25 november 2010 i mål nr 1941-10). 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 bedömningskriterier 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 uppställs i LOU. Bolagets ansökan ska således avslås.

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



Bertil Idarsson



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 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 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 nå 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 3109/1D LOU

