



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

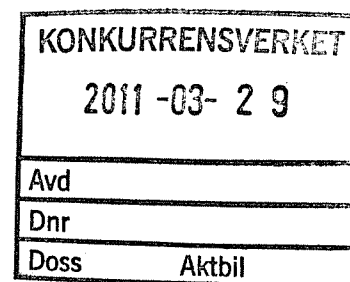
DOM
2011-03-25
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
8026-10 E
Enhet 1

SÖKANDE

Smith & Nephew AB, 556198-8345

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger och jur. kand. Malin Karlsson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg



MOTPART

1. Landstinget i Uppsala län
2. Landstinget i Västmanlands län
3. Landstinget i Örebro län
4. Landstinget i Dalarnas län
5. Landstinget i Södermanlands län

Genom: Varuförsörjningen
Virdings allé 26, Hus 1, Plan 3
751 85 Uppsala

ÖVERPRÖVAD UPPHANDLING

Landstingens i Uppsala, Västmanlands, Örebro, Dalarnas och Södermanlands län (genom Varuförsörjningen) upphandling avseende Polyuretanskumförband, Dnr VF 2010-0008

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Smiths & Nephew AB:s ansökan om överprövning och förordnar att Landstingens i Uppsala, Västmanlands, Örebro, Dalarnas och Södermanlands län, genom Varuförsörjningen, upphandling avseende Polyuretanskumförband, Dnr VF 2010-0008, ska göras om.

Förvaltningsrätternas i Uppsala och Karlstad interimistiska beslut den 6 december 2010 respektive den 7 december 2010 upphör härmed att gälla.

Dok.Id 27370

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 1853	Kungsgatan 49	018-16 73 00	018-16 73 43	måndag – fredag
751 48 Uppsala		E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se		08:30-12:00 13:00-16:30

BAKGRUND

Landstingen i Uppsala, Västmanlands, Örebro, Dalarnas och Södermanlands län, genom Varuförsörjningen, (nedan kallat landstingen) har genomfört en upphandling avseende Polyuretanskumförband, Dnr VF 2010-0008. I tilldelningsbeslut den 26 november 2010 meddelade landstingen beslut att anta anbudet från Mölnlycke Health Care AB (Mölnlycke).

Förvaltningsrätterna i Uppsala och Karlstad har genom interimistiska beslut den 6 december 2010 respektive den 7 december 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas innan förvaltningsrätten beslutat något annat.

YRKANDEN

Smith & Nephew AB (bolaget) begär överprövning av landstingens upphandling. Bolaget yrkar i första hand, vad gäller positionerna 1-3 och 6-7, att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen ska göras om. I andra hand yrkar bolaget, vad gäller positionerna 1-3 och 6-7, att upphandlingen ska göras om.

GRUNDER

Bolaget anför bl.a. följande till stöd för sin ansökan om överprövning.

Bolaget har offererat produkten Allevyn Gentle Border (produkten) på positionerna i 1-3 och 6-7 i upphandlingen. Produkten uppfyller börkravet att förbandet ”bör fästa ända ut mot kanter till förband byts” på ett bättre sätt än den produkt Mölnlycke offererat på dessa positioner, Mepilex Border. I vart fall är produkten inte sämre än Mepilex Border i detta avseende. Om bolagets produkt skulle ha ansetts bättre än Mölnlyckes, eller om de båda anbudsgivarnas produkter skulle ha ansetts som likvärdiga i detta avseende, hade bolagets anbud varit det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet och därmed det anbud som skulle ha antagits. Landstingen har istäl-

let, på felaktiga grunder, efter egenutförda tester, funnit att bolagets anbud inte uppfyllde detta bör-krav, vilket blivit direkt avgörande för upphandlingens utfall. En rad kliniska och vetenskapliga studier har genomförts avseende produkten, vilka genomgående utvisar att produkten är ett väl fungerande förband med mycket god vidhäftningsförmåga som medför att förbandet sitter på plats. Landstinget påstår att det finns en mängd olika sätt att testa de olika produkterna på, vilket kan vara fallet. Om en vetenskaplig metod används blir dock resultatet avseende vidhäftningsförmåga, enligt bolagets uppfattning, emellertid densamma. Det bestrids att varje anbudsgivare har testresultat eller undersökningar som visar att den egna produkten är bäst, i vart fall om dessa tester och undersökningar genomförts enligt vetenskapliga metoder. Om det skulle vara på det sätt som landstingen nu påstår, att det är möjligt att komma fram till precis det resultat man önskar beroende på vilken test eller undersökningsmetod som används, understryker det bolagets uppfattning att förfrågningsunderlaget inte utformats på ett korrekt och förutsebart sätt. Landstingen anför att Mölnlyckes produkt var något bättre än bolagets och att Mölnlycke därför skulle tilldelas en högre poäng. Påståendet överensstämmer inte med vad som faktiskt skett vid utvärderingen. Landstingen har gjort den felaktiga bedömningen att bolagets offererade produkt inte uppfyller bör-kravet "bör fästa ända ut mot kanter tills förband byts". Detta är inte detsamma som att Mölnlyckes produkt är något bättre eller att Mölnlycke tilldelats en högre poäng. Även om Mölnlyckes produkt skulle ha en bättre vidhäftningsförmåga än bolagets innebär inte detta att bolagets produkter inte uppfyller kravet. Olika produkter kan ha olika god vidhäftningsförmåga och ändå uppfylla bör-kravet. Landstingens agerande står i strid med de grundläggande principerna om likabehandling, transparens och förutsebarhet.

Bör-kravet "bör fästa ända ut mot kanter tills förband byts" är vidare utformat på ett sådant sätt att det omöjliga kan utvärderas på ett korrekt sätt med den aktuella utvärderingsmodellen. Kravet är oklart i och med att för-

band byts med olika intervall beroende på egenskaperna hos det sår som ska behandlas. Rimligen avses med detta bör-krav att förbandet ska sitta på plats under acceptabel tid. Hur lång denna tid är framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget. Landstingen har inte, och har heller inte kunnat, genomföra tester med ett tillräckligt stort antal patienter och sårtyper för att bedömningen ska kunna vara ens i närheten av statistiskt, eller vetenskapligt, säkerställd. Bör-kravet, som landstingen tillämpat avseende underkriteriet funktionalitet, är utformat på ett sådant sätt att landstingen inte har kunnat kontrollera om detta uppfylls på ett sätt som säkerställer ett rättvisande resultat. Detta i kombination med den tillämpade utvärderingsmodellen har medfört att landstingen erhållit ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar och att sannolikheten för att bedömningen ska bli felaktig har varit mycket stor. Utvärderingen av detta bör-krav har blivit direkt avgörande för upphandlingen. Vidare har landstingen utvärderat referenser som ett underkriterium till utvärderingskriteriet kvalitet, vilket står i strid med LOU eftersom kriteriet avser anbudsgivarnas förmåga och kapacitet att utföra uppdraget. Landstingen har inte viktat de utvärderingskriterier och underkriterier som tillämpats i upphandlingen. Den upphandlande enheten får endast låta bli att vikta kriterierna om det är omöjligt att vikta desamma. Att det skulle vara omöjligt kan bolaget svårligen se. Den rangordning som landstingen angett i förfrågningsunderlaget står i strid med den rangordning som faktiskt tillämpats. De utvärderingskriterier och underkriterier som tillämpats är utformade på ett alltför oklart sätt. Upphandlingen har på ovan anförda skäl genomförts i strid med de grundläggande principerna om likabehandling, transparens och förutsebarhet.

På grund av ovanstående brister har bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada. Den utvärderingsmodell som landstingen tillämpat medför att offererat pris blir ensamt avgörande om anbudet bedöms vara likvärdiga vad gäller underkriteriet funktionalitet. Bolagets anbud skulle rätteligen ha bedömts vara likvärdigt eller bättre än Mölnlyckes anbud avseende funk-

tionalitet. Som framgår av tilldelningsbeslutet har bolaget offererat ett lägre pris än Mölnlycke.

Landstingen bestrider bifall till bolagets yrkanden och anför bl.a. följande. Upphandlingen har inte genomförts i strid med de grundläggande principerna om likabehandling, transparens och förutsebarhet. Bolaget har anfört att deras produkt har fått för låg poäng vad gäller bör-kravet ”bör fästa ända ut till kanterna tills förbandet byts”. Det finns en mängd olika metoder för att testa produkterna och det ligger i sakens natur att varje anbudsgivare har testresultat eller undersökningar som visar att deras offererade produkt är bäst. Landstingen har utvärderat nu aktuellt bör-krav kliniskt med kliniskt erfaren och kompetent personal. Efterfrågade bör-krav är kliniskt relevanta för sårförband och bör-kraven har utvärderats på patienter med sår som kräver den typ av avancerade förband som efterfrågas i upphandlingen. Landstingen har bedömt att Mölnlyckes produkt var något bättre än bolagets produkt och därför skulle tilldelas högre poäng i upphandlingen. Bör-kravet måste anses vara tillräckligt tydligt utformat så att varje anbudsgivare med utgångspunkt i texten kunde skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud.

Utvärderingsmodellen avseende aktuellt bör-krav är utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. En anbudsgivare hade tillfredställande möjligheter att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid prövning av produkten. Bolaget har gjort gällande att landstingen har tillämpat att otillåtet utvärderingskriterium, nämligen referenser. I denna upphandling har referenskriteriet syftat till att identifiera det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Landstingen har under kriteriet referenser utvärderat produkterna genom att en referensgrupp av personer har fått testa produkterna och betygsätta dem. De referensuppgifter har varit tydligt kopplade till föremålet för upphandlingen, produkterna och inte till anbudsgivarna och deras förmåga i egenskap av leverantör.

Det har inte heller varit möjligt att på förhand vikta kriterierna i upphandlingen, därför har de istället angetts i fallande prioritetsordning på ett sätt som tydligt framgår av förfrågningsunderlaget. Landstingen bestrider vidare att utvärderingsmodellen har sådana brister att underlaget strider mot kravet på förutsebarhet. Varken LOU eller gemenskapsrätten innehåller några regler om hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad eller hur anbudsutvärderingen ska gå till. En upphandlande myndighet har stor frihet när det gäller att välja vilken utvärderingsmodell som ska tillämpas i en upphandling.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

I 1 kap. 9 § LOU anges 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.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU, i tillämplig lydelse, anges att en leverantör som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 16 kap. 2 § LOU i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärder enligt sistnämnda paragraf.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU, i tillämplig lydelse, anges att 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.

2.4.13 *Ekonomiskt mest fördelaktiga anbud*

Vid bedömning av inkomna anbud kommer upphandlande myndighet att ta hänsyn till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket innebär att enheten kommer att utvärdera efter de kriterier som är angivna under ru-

briken "Utvärderingskriterier". Utvärderingskriterier är angivna i prioriterad ordning, dvs. kriterie ett (1) tillmäts störst betydelse.

2.4.14 *Utvärderingskriterier*

Prioriterad ordning:

1. Kvalitet
2. Pris

I kriteriet kvalitet ingår parametrarna funktionalitet, miljöpåverkan, leveranstid och referenser.

1. Kvalitet

Parametern funktionalitet utgörs av de krav som ställts i kravspecifikationen. Dessa krav, varav skall-kraven ska besvaras av anbudsgivaren, kommer att utvärderas genom tester. När utvärderingarna görs kommer bedömningsformulären att vara utformade efter kravspecifikationens krav.

2.4.15 *Utvärderingsmodell*

Först kontrolleras om offererade artiklar uppfyller de skall-krav som ställts i kravspecifikationen. De artiklar som inte uppfyller skall-kraven utvärderas inte vidare.

Därefter bedöms om artiklarna uppfyller ställda bör-krav eller ej. Av de artiklar som uppfyller samtliga bör-krav väljs den artikel som är offererad med lägst pris. Om ingen artikel uppfyller samtliga bör-krav väljs den artikel som uppfyller flest bör-krav och är offererad med lägst pris.

Övriga parametrar, dvs. miljöpåverkan, leveranstid och referenser, utvärderas också. Dessa prioriteras som mindre betydelsefulla än parameter funktionalitet men de kan få betydelse för det slutgiltiga valet. Om två anbudsgivare offererat samma pris och bedömts ha samma funktionalitet kan resultatet från utvärderingen av dessa parametrar avgöra vilken artikel som upphandlas.

I kravspecifikationen anges under punkt 33 att produkten "bör fästa ända ut mot kanter tills förband byts."

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om landstingen, i de avseenden bolaget påstått, brutit mot någon bestämmelse i LOU och de bakomliggande gemenskapsrättsliga principerna och om detta föranleder att upphandlingen ska rättas alternativt göras om. För ingripande från förvaltningsrät-

tens sida krävs vidare att bolaget har, eller i vart fall riskerat, att lida skada till följd av förfarandet.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet och förutsebart sätt. Vidare gäller de EU-rättsliga principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Detta innebär att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som funnits med i förfrågningsunderlaget.

Vid genomförande av ett upphandlingsförfarande gäller att den upphandlande myndigheten i förfrågningsunderlaget ska redovisa de krav som ställs på anbudsgivarna och redogöra för hur utvärderingen av anbuden ska gå till. I det allmänna kravet på transparens ligger att anbudsgivarna ska kunna utforma sina anbud på ett sådant sätt att de är så konkurrenskraftiga som möjligt utifrån de i förfrågningsunderlaget givna förutsättningarna. För varje krav som ställs i förfrågningsunderlaget ska den upphandlande myndigheten redogöra för hur anbudsgivarna ska visa att de uppfyller kraven.

I aktuellt förfrågningsunderlag anges bl.a. bör-kravet att förband ”bör fästa ända ut mot kanter tills förband byts”, vilket ingår i kriteriet kvalitet inom parametern funktionalitet. Parametern funktionalitet utgörs av de krav som ställs i kravspecifikationen. Enligt förfrågningsunderlaget ska de offererade artiklar som uppfyller ställda skall-krav bedömas huruvida de uppfyller ställda bör-krav. Dessa krav kommer då att utvärderas genom tester.

Bolaget har bl.a. anfört att landstingens utvärdering av det uppställda börkravet är felaktig och att kravet är utformat på ett sådant sätt att landsting-

en inte har kunnat kontrollera om detta uppfylls på ett sätt som säkerställer ett rättvisande resultat. Bolaget har även anfört att förfrågningsunderlaget är behäftat med flera andra fel.

Landstinget har anfört att utvärdering av aktuellt bör-krav har gjorts kliniskt och med klinisk erfaren och kompetent personal. Landstinget har vidare anfört att utifrån den gjorda utvärderingen var Mölnlyckes produkt något bättre än bolagets och därför skulle Mölnlyckes produkt tilldelas en högre poäng i upphandlingen

I bör-kravet anges att förband ”bör fästa ända ut mot kanter tills förband byts”. Det har inte angetts något närmare vad som avses med kravet, såsom inom vilken tid byte ska ske eller på annat sätt preciserats när byte ska ske. Förvaltningsrätten finner därför mot bakgrund härav och vad som i övrigt framkommit att kravet får anses vara alltför oprecist utformat för att uppfylla de krav som kan ställas vad gäller förutsebarhet. Vidare har det avseende tillvägagångssättet vid utvärderingen endast angetts att det ska ske genom test, någon närmare information om hur utvärderingen skulle genomföras har inte lämnats. Det har av utredningen i målet dock inte framkommit mer ingående hur utvärderingen faktiskt har gått till väga. Enligt förfrågningsunderlaget ska bedömning göras om artiklarna uppfyller bör-kravet eller inte, det framgår inte på något sätt att artiklarna kommer att poängsättas. Enligt förvaltningsrättens mening ger förfrågningsunderlaget inte tillräcklig ledning för hur utvärderingen skulle gå till väga.

Förvaltningsrätten finner således att den bristfälliga informationen om vad som avses med bör-kravet ”bör fästas ända ut mot kanter tills förband byts” och hur utvärdering skulle komma att ske, och hur det faktiskt har gått till, lämnar ett så stort utrymme för godtycklighet att anbudsgivarna saknat möjlighet att förutse vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid anbudens prövning. En sådan bristfälligt formulerad utvärderingsmodell mäs-

te anses strida mot principen om transparens, vilket innebär att landstingens förfarande i detta avseende strider mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU.

Förvaltningsrätten finner vidare att bolaget får anses ha visat att de har lidit skada eller kunnat komma att lida skada på grund av hur upphandlingen har genomförts. Mot bakgrund av att bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede kan bristerna inte rättas på annat sätt än att upphandlingen görs om. Bolagets överklagande ska därför bifallas på så sätt att upphandlingen ska göras om. Vid denna utgång saknas anledning att pröva vad bolaget anfört om att utvärderingen ska göras om och vad bolaget i övrigt anfört som grund för ansökan om överprövning.

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



Karin Åsberg
rådman

Målet har handlagts av Maria Karlsson.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 var till 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 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.

