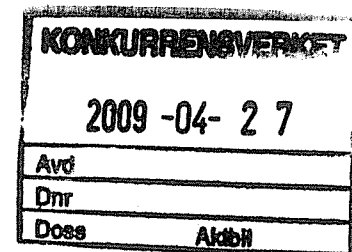




**LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN**
Avdelning 1
Lena Palmér

DOM
2009-04-24
Meddelad i
Malmö

Mål nr
1888-09E

**SÖKANDE**

MedCore AB, 556592-3710
Box 6065
164 06 Kista

Ombud: Advokat Henrik Leffler
Advokatfirman Lindberg & Saxon AB
Cardellgatan 1
114 36 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

Ombud: Advokaterna Roland Adrell
och Carin Gustavsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Länsrätten bifaller ansökan på så sätt att Region Skåne får avsluta den aktuella upphandlingen först sedan rättelse har skett på så sätt att MedCore AB:s anbud har utvärderats i enlighet med förfrågningsunderlagets lydelse vad avser kriterium 4.5.

Dok.Id 217853

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: lansratteniskane@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför en upphandling avseende diabetesstickor inklusive mätare (dnr 0802445). Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för upphandlingar över tröskelvärdet och genomförs enligt öppet förfarande.

MedCore AB (nedan kallat bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen. Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen skall rättas på så vis att bolaget tilldelas det aktuella kontraktet som leverantör i position 1 och 2. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen skall rättas genom att ärendet återförvisas till Region Skåne för förnyad prövning. I tredje hand yrkar bolaget att upphandlingen skall göras om. Till grund för talan anförs bl.a. följande. Bolaget gör gällande att utvärderingen av bolagets anbud varit felaktig. Ett av kriterierna (p 4.5) var följande: *"Det bör finnas kostnadsfritt informationsmaterial/råd om ex att leva med diabetes i olika situationer tillgängligt för patienten. Bedöms på innehållets karaktär, mångfald och lättfattlighet. Bör bifogas anbudet (om det inte bifogas tilldelas 0 poäng).* Fullständig uppfyllelse av detta kriterium skulle ha ökat bolagets totalpoäng vid utvärdering med 10 poäng, vilket sedan skulle ha viktats och resulterat i ett jämförelsetal på 3,23. Bolaget har bifogat materiel, men tilldelats 0 poäng med följande motivering från Region Skåne: *"Har inget eget material. Medskickat diabetesförbundets broschyrer, dess finns tillgängliga för oss genom diabetesförbundet. Delger informationsmaterial som efterfrågas till diabetessjuksköterskan. Tillgängligheten för patienten uppfylls inte."* Region Skåne saknar grund för att ge bolaget noll poäng. Bolaget borde ha tilldelats 10 poäng. Att materialet skulle vara "eget", vilket får förstås som att det skulle vara skrivet av anbudsgivaren själv, har inte angetts som ett kriterium i förfrågningsunderlaget. Inte heller kan det tolkningsvis förstås att detta var ett villkor. "Eget" kriteriet saknar för övrigt sakligt stöd. Inget säger att Diabetesförbundets material skulle vara sämre än ett som produceras av ett företag som säljer medicinska hjälpme-

del. Att vägra tilldela bolaget poäng på grund av Region Skåne själv har haft till gång till Diabetesförbundets material saknar stöd i förfrågningsunderlaget. Det sätt som Region Skåne har tolkat kriteriet har inte varit förutsebart för bolaget. Således har Region Skåne genom tilldelningsbeslutet brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Felet har lett till att bolaget har lidit eller kan komma att lida skada.

Region Skåne bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Avsikten med kravet på informationsbroschyr var bl.a. att få information om de olika anbudsgivarnas kompetens och syn på hur diabetes bäst ska behandlas. MedCore AB har köpt Diabetesförbundets broschyr och bifogat denna till anbudet. Eftersom denna broschyr inte ger någon specifik information om MedCore AB:s kompetens i aktuella hänseende tilldelades bolaget 0 poäng. Det får ligga i sakens natur att avsikten är att bedöma en anbudsgivares material och inte material som någon annan upprättat. Om alla anbudsgivare hade bifogat Diabetesförbundets broschyr hade informationen inte varit till något värde för Regionen. Broschyren finns dessutom tillgänglig på nätet mot viss kostnad. Kravet är enligt Regionen tillräckligt klart och tydligt utformat för ett en leverantör ska kunna avgöra vad som tillmäts betydelse vid upphandling. De antagna leverantörerna uppfyller väl de krav som ställts på produkten varför upphandlingen måste anses genomförd på ett tillfredsställande sätt. Därutöver kan det nämnas att Diabetesförbundets broschyr brister vad gäller mångfalden. För det fall att Regionen rent hypotetiskt hade prövat informationsmaterialet hade MedCore AB inte tilldelats full poäng så som anges i ansökan. Således hade inte informationsbroschyren medfört tillräckligt höga poäng för att anbudet skulle anses var det mest ekonomiskt fördelaktiga. Mot bakgrund av detta kan bolaget inte anses ha lidit någon skada.

MedCore AB anför i yttrande bl.a. följande. Att kriteriet syftat till att ge Region Skåne information om anbudsgivarnas kompetens framgår inte av

förfrågningsunderlaget ens tolkningsvis utan är en efterhandskonstruktion. Region Skåne synes antyda att kriteriet om ”eget” material skall användas för att utvärdera anbudsgivaren och inte produkten. Kriteriet återfinns dock under ”Dokumentation” som handlar om diabetesstickorna i sig och inte om anbudsgivarnas kvalifikationer. Region Skånes påstående att av bolaget ingiven broschyr skulle brista vad gäller mångfalden går utanför prövningsramen. Region Skåne har inte i upphandlingsbeslut dömt ut materialets mångfald och har inte heller angett på vilket sätt informationsmaterialet brister i mångfald. Kriteriet mångfald är inte preciserat i förfrågningsunderlaget. Ett så oprecist kriterium kan föranleda beslut om att upphandlingen ska göras om. Kriteriet är så oklart att bolaget saknar möjlighet att bedöma vad som efterfrågas. Kriteriet ger vidare ett stort utrymme för godtycklighet. Det innehåller ett stort mått av subjektivitet och i princip fri prövningsrätt för Region Skåne. Bolaget har givit in flera av Diabetesförbundets broschyrer och inte endast en.

Region Skåne anför i yttrande bl.a. följande. Bl.a. den omständigheten att materialet skall poängsättas talar för att det var av leverantören egentillverkat material som skulle ges in. Utvärderingen av teststickor tillsammans med efterfrågat material måste ses som en enhet. Eftersom bolaget inte levererat efterfrågat informationsmaterial kan bolaget inte anses ha levererat den vara som upphandlingen avsåg, varför deras anbud inte har kunnat antas. Bolaget har inte lidit någon skada eftersom, även om kravet på egentillverkat övergivits inte skulle ha tilldelats tillräckliga poäng på grund av materialets bristande mångfald. Med begreppet mångfald åsyftas att leverantören skulle erbjuda flera olika broschyrer. De leverantörer som erhållit högsta poäng har tillhandahållit ett tiotal broschyrer med diverse information om diabetes exempelvis ”Diabetes och träning”, ”Mat och diabetes” etc. Kravet på likabehandling har efterlevts. Det är riktigt att Regionen inte i utvärderingsprotokollet angivit att materialet hade brister vad avser

mångfald. Skälet härför var att informationsmaterialet inte utvärderats på den grunden att det inte var egentillverkat.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 3 mars 2009 förordnat att Region Skåne inte får avsluta den aktuella upphandlingen.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan länsrätten pröva om en upphandlande enhet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller får avslutas först sedan rättelse gjorts. - Därvid gäller att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Länsrättens bedömning i nu förevarande mål

MedCore AB gör i länsrätten gällande såväl brister i förfrågningsunderlagets tydlighet vad avser kriterium 4.5 som brister i Region Skånes utvärdering av bolagets anbud för nämnda kriterium.

I det aktuella förfrågningsunderlaget återfinns under punkten 4.5 följande börkrav. *"Det bör finnas kostnadsfritt informationsmaterial/råd om ex att leva med diabetes i olika situationer tillgängligt för patienten. Bedöms på innehållets karaktär, mångfald och lättfattlighet. Bör bifogas anbudet (om det inte bifogas tilldelas 0 poäng)."* Begreppet mångfald är visserligen i sig vagt, men i ljuset av vad som i övrigt sägs ges ändå tillräcklig ledning för vad som efterfrågas. Sammantaget anser länsrätten att det aktuella börkravet sett i sin helhet inte är så otydligt formulerat eller av så utpräglad subjektiv karaktär att de gemenskapsrättsliga principerna träds förnär.

MedCore AB har till anbudet bifogat broschyrer från Diabetesförbundet och hänvisat till sin hemsida samt till att bolaget tillhandahåller individuellt utformat informationsmaterial i fysisk form som finns tillgängligt till alla och som kunderna får gratis genom företaget. Region Skåne har vid utvärdering ändå ansett att MedCore AB inte alls uppfyllt det aktuella börkravet och därför tilldelat bolaget 0 poäng. Bedömningen har i utvärderingsprotokollet motiverats som följer: *"Har inget eget material. Medskickat diabetesförbundets broschyrer, dess finns tillgängliga för oss genom diabetesförbundet. Delger informationsmaterial som efterfrågas till diabetessjuksköterskan. Tillgängligheten för patienten uppfylls inte."* Region Skåne har i länsrätten förtydligat att av bolaget ingivet informationsmaterial inte utvärderats alls på den grunden att det inte var egentillverkat. Länsrätten kan inte annat än att instämma i bolagets uppfattning att Region Skåne vid utvärderingen av anbudet frångått kriterium 4.5 så som det formulerats i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget uppställer inget krav på att materialet skall vara egenproducerat dvs. framtaget av leverantören själv. Att så skulle vara fallet kan inte heller, så som Region Skåne hävdar, anses "ligga i sakens natur". Att syftet med kravet på informationsmaterial skulle ha varit bl.a. att få information anbudsgivarnas allmänna kompetens angående diabetes framgår på intet sätt av förfrågningsunderlaget. Det sätt som Region Skåne har tolkat och tillämpat kriteriet har inte varit förutsebart för bolaget och strider således mot transparensprincipen. Länsrätten finner mot bakgrund härav det visat att Region Skåne vid utvärdering av MedCore AB:s anbud brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Frågan i målet är därefter om bolaget till följd av detta förfarande har lidit eller kan komma att lida skada.

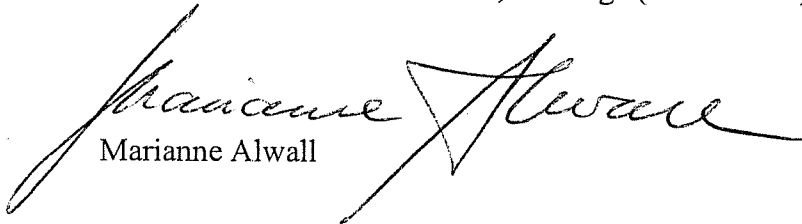
Regionen hävdar att bolaget även om kriterium 4.5 utvärderats hade anbudet inte varit det ekonomiskt mest fördelaktiga. För att bolaget skall anses ha lidit skada eller kan komma att lida skada krävs dock inte att det görs sannolikt att bolaget skulle ha kommit ifråga som leverantör om den an-

givna bristen inte hade förelegat. Av utredningen i målet har framkommit att Region Skåne utan saklig grund underlåtit att utvärdera bolagets anbud för kriteriet 4.5. Därmed föreligger skada eller risk för skada i den mening som ger grund för ingripande enligt LOU. Länsrätten anser att ingripandet skall bestämmas till att rättelse skall ske på så sätt att MedCore AB:s anbud skall utvärderats i enlighet med förfrågningsunderlagets lydelse vad avser kriterium 4.5.

Särskilda upplysningar

Länsrättens interimistiska beslut av den 3 mars 2009 upphör därmed att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan angivna besvärstiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)


Marianne Alwall



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg.

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.