



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM
2012-05-29
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
2203-12 E
Enhet 1:1

SÖKANDE

Mediplast AB, 556140-9011
Box 9504
200 39 Malmö

Ombud: Advokaten Martin Levinsohn
Setterwalls Advokatbyrå AB
Box 4501
203 20 Malmö

MOTPART

Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

KONKURRENSVERKET	
2012-05-29	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen Injektion/infusion/transfusion/punktion, dnr Ls100186, ska göras om avseende position 4A, Infusionsaggregat med och utan luftning.

Dok.Id 137762

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 53197	Sten Sturegatan 14	031 - 732 70 00	031 - 711 78 59	måndag - fredag
400 15 Göteborg		E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se		09:00-15:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM****BAKGRUND**

Region Halland (Regionen) har genomfört en upphandling av Injektion/infusion/transfusion/punktion, dnr Ls100186. Upphandlingen har genomförts med öppet förfarande. Tilldelningsbeslutet är daterat den 3 februari 2012.

YRKANDEN M.M.

Mediplast AB (Mediplast) begär överprövning av upphandlingen, avseende position 4A, Infusionsaggregat med och utan luftning, och yrkar att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen görs om och Mediplast tilldelas samma poäng som övriga anbudsgivare under börkrav 4A7. I andra hand bör rättelse ske på så sätt att utvärderingen görs om efter att adekvata tester utförts av offererade produkter. I andra hand yrkas att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för sin talan anför Mediplast i huvudsak följande. Upphandlingen har skett i strid med LOU genom att Regionen utformat och viktat det enda utvärderingskriteriet på ett sätt som strider mot transparensprincipen och som i praktiken ger Regionen fri prövningsrätt. I vart fall har Regionen brutit mot LOU och punkt 2.7 i förfrågningsunderlaget genom att utvärdera Mediplasts produkt utan att ha testat den samt genom att ha baserat poängsättningen under börkrav 4A7 på felaktiga antaganden om deras produkt. Detta har medfört att Mediplast lidit eller kan komma att lida skada i den mening som avses i LOU.

Börkravet 4A7 anger endast att produkterna "bör vara användarvänliga". Användarvänlighet kan betyda en rad olika saker. Regionen har inte på något sätt redogjort för vad användarvänlighet betyder i detta sammanhang eller vilka egenskaper hos produkterna som kommer att premieras. Börkravet är dessutom det enda utvärderingskriteriet vid sidan av pris. Det har

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

viktats mycket högt, 60 %. Kombinationen opreciserat börkrav och hög viktning medför i praktiken att Regionen har tillförsäkrat sig en möjlighet att fritt bestämma vilket anbud som ska antas. Som en följd av den höga viktningen har börkravet i praktiken haft samma funktion som ett skakrav. Om det i förfrågningsunderlaget hade redogjorts för vad som avses med användarvänlighet så hade anbudsgivarna givits möjlighet att offerera produkter som svarade mot Regionens önskemål eller på annat sätt anpassat sina anbud. Med den utformning som börkravet har givits är det inte möjligt för en rimligt informerad anbudsgivare att utforma ett konkurrenskraftigt anbud. Ett visst mått av subjektivitet måste ibland godtas vid utvärderingar som har med tycke och smak att göra, som t.ex. användarvänlighet. Det måste dock krävas av en upphandlande myndighet att den så utförligt som möjligt redogör för vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. I det aktuella fallet hade det varit både möjligt och rimligt att precisera vad som avsågs med användarvänlighet. Exempelvis hade Regionen kunnat ange att långa och smala spikes premieras. Utformningen av börkravet strider således mot 1 kap. 9 § LOU och den grundläggande transparensprincipen.

Mediplast har låtit mäta såväl spiken på sitt eget infusionsaggregat som spiken på den vinnande anbudsgivarens (Codan) infusionsaggregat med skjutmått. Mediplasts spike är längre än Codans spike. Trots detta har de erhållit en längre poäng med motiveringen att deras spike är kort och bred. Om storleken på spiken var det enda som var av betydelse för Regionen borde det givetvis ha framgått av förfrågningsunderlaget. Det är inte möjligt att dra slutsatser gällande aggregatens användarvänlighet endast baserat på storlek. Användarvänlighet påverkas av en rad olika egenskaper, vilka inte kan utvärderas om aggregaten inte testas. Regionens utvärdering strider således mot punkt 2.7 i förfrågningsunderlagen, 1 kap. 9 § LOU och de grundläggande principerna om transparens och förutsebarhet.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

Regionen bestrider Mediplasts yrkanden och anför sammanfattningsvis följande. Upphandlingen har gjorts i enlighet med principerna om likabehandling, ickediskriminering, transparens, ömsesidigt erkännande och proportionalitet. Regionens tidigare skriftväxling med Mediplast visar att bolaget har fått en korrekt motivering till hur anbudet bedömts då det framgår att utvärderingen har skett i enlighet med de förutsättningar som har givits i förfrågningsunderlagets punkt 2.7. Mediplasts aggregat har inte fått underbetyg men ej heller bedömts besitta något mervärde sett till hur kriteriet har formulerats i förfrågningsunderlaget och kravspecifikationen. Mediplasts påstående om att det krävs omfattande tester för att utvärdera storleken på respektive aggregats spike bestrids. Regionens utvärdering kunnat ta hänsyn till konkurrentens längre och smalare spike eftersom det är Regionens uppfattning, baserad på lång och samlad erfarenhet, att en längre och smalare spik är lättare att föra in i en infusionspåse och det gör ett mindre hål i gummimembranet. Regionens fann att Mediplasts nål är tjockare och därför orsakar ett större hål, vilket i sin tur inte är optimalt sett till användarvänligheten. Regionens beklagar felskrivningen men Mediplasts mätning av nålarnas tjocklek medels skjutmått vederlägger inte Regionens bedömning av nålens tjocklek. Regionens har granskat inkomna arbetsprover och utfört adekvata granskningar i den omfattning som får anses vara rimligt. Det måste beaktas att aktuellt aggregat är en av de mest använda produkterna inom svensk sjukvård. Att genomföra vetenskapliga tester är inte motiverat då en anbudsutvärdering stödd av arbetsgruppens mångåriga erfarenheter och professionalism av ingivet anbudsprov samt granskning av produktblad är fullt tillräckligt. LOU stadgar inte hur ett förfrågningsunderlag ska se ut, än mindre hur vetenskapligt man ska förfara vid utvärderingen av bulkvaror (jfr Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 3079-11). Även om rätten skulle komma fram till att utvärderingskriteriet användarvänlighet brister i transparens vill regionen hävda att bolaget ändå inte är att betrakta som skadelidande då utvärderingskriteriet inte haft någon negativ inverkan för Mediplast. Ingenstans i

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1

DOM

Sida 5
2203-12 E

deras inlagor framgår det att de hade kunnat offerera ett mer konkurrenskraftigt aggregat i enlighet med förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell och påföljande anbudsutvärdering. Viss brist i transparens är inte tillräckligt för ingripande enligt LOU, utan en konkret skada i lagens mening måste vara för handen.

Mediplast har här efter anfört följande. De har inte bara mätt längden på offererade nålar, utan även tjockleken. Den genomsnittliga tjockleken av deras spike var 0,005 mm större än den genomsnittliga tjockleken hos Codans spike. Detta motsvarar en procentuell skillnad på 0,09 %. Så små skillnader är inte synliga för det mänskliga ögat. Det är således inte rimligt att Regionens arbetsgrupp har kunnat sluta sig till att Mediplasts spike var tjockare genom att granska produkterna. Så små skillnader innebär ingen som helst skillnad avseende användarvänlighet. Vidare har Regionen klargjort att spikelängden är av betydelse för användarvänligheten. Som framgått av mätningarna är Mediplast spike 0,22 mm längre än Codans spike. Detta motsvarar en procentuell skillnad på 0,8 %. Under alla omständigheter borde den större skillnaden i längd kompensera för den mindre skillnaden i tjocklek. Det finns således ingen grund för att ge Mediplast och Codans aggregat olika poäng med hänvisning till skillnader i längd eller tjocklek hos aggregatens spike. Härvid bör understrykas att utvärderingsmodellen har utformats på ett sätt som gör att minsta möjliga poängskillnad under börkravet 4A7 blir helt avgörande för utfallet av utvärderingen. Mediplasts offererade produkt har nyligen genomgått en produktutveckling. Regionen har inte haft någon erfarenhet av denna produkt. Om regionen hade testat de faktiskt offererade produkterna, i stället för att basera sin utvärdering på erfarenheter av andra produkter så hade de misstag som redovisats ovan kunnat undvikas. Mediplast är övertygade om att sådana tester hade medfört att deras aggregat hade erhållit samma poäng som övriga.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

Det strider mot 1 kap. 9 § LOU och särskilt transparensprincipen att använda utvärderingskriteriet "användarvänlighet" utan att precisera vad som menas. I vart fall strider det mot LOU att använda ett sådant kriterium som enda utvärderingskriterium särskilt då det viktas så högt att det blir avgörande för utgången av upphandlingen. Om utformningen av spiken var av så stor betydelse för regionen så borde det ha framgått av förfrågningsunderlaget.

Vid en korrekt utvärdering av börkravet hade Mediplast tilldelats kontraktet. Vidare är Mediplast övertygat om att bolaget hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud om förfrågningsunderlaget utformats på ett sätt som inte strider mot LOU. Ett korrekt utformat förfrågningsunderlag skulle inte reducerat börkrav till ett krav avseende aggregatens spiketjocklek. Det är givetvis omöjligt att förutsäga vem som hade vunnit en sådan hypotetisk upphandling men Mediplast hade haft en realistisk möjlighet att vinna.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 5 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

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

handlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttagas.

Utredningen

I förfrågningsunderlagets Upphandlingsföreskrifter anges bl.a. följande.

2.7 Kriterier för anbudsprövning

Region Halland kommer att anta det anbud som uppfyller ställda krav och som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga där utvärderingskriterierna Kvalitet/Funktion motsvarar 60 % av poängen och Pris motsvarar 40 % av poängen.

...

Utvärderingsmetod

Varje position utvärderas var för sig, förutom pos 14 och 15 som utvärderas som produktgrupp 1 samt pos 26-31 som utvärderas som produktgrupp 2, se kravspecifikation bilaga 3. Varje börkrav tilldelas poäng (0, 6 eller 9 poäng, där 9 är bäst) efter hur väl börkravet uppfylls, se nedan. Denna poäng multipliceras med kravets vikt, se kolumn E i kravspecifikationen, bilaga 3:

5 = mycket viktigt krav

3 = viktigt krav

1 = mindre viktigt krav

Betygsskala:

0-betyg – börkravet uppfylls ej

6-betyg – börkravet uppfylls på ett normalt och förväntat sätt

9-betyg – börkravet uppfylls på ett utmärkt sätt

...

Kvalitet/Funktion (60%)

Bedömningen kommer att göras av ställda börkrav, utvärderingskriterier, enligt bilaga 3 (bilagan ska fyllas i av anbudsgivare).

...

Pris (40%)

Här bedöms produktens offererade totalkostnad per position.

Totalt

Anbud som erhåller maximal poäng per position får 60 % avdrag på aktuell totalkostnad (per position).

För anbud som inte erhåller maximal poäng, reduceras ovanstående avdrag med erhållen poäng i förhållande till total poäng.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

Det anbud, som efter avdragen ovan, erhåller lägst reducerad totalkostnad, kommer att antas.

...

Tester/bedömningar

Där behov bedöms finnas kommer ytterligare tester att genomföras under upphandlingsperioden. Testprotokollen är baserade på kraven i kravspecifikationen. Genomförda tester och testprotokoll kommer att ligga till grund för utvärderingen. Tester kommer ej att utföras då aktuell produkt är upphandlad/känd och Region Halland anser sig ha kännedom om produkten.

...

I förfrågningsunderlagets Produktspecifika krav anges bl.a. följande.

Position 4A Infusionsaggregat med och utan luftning
4A7 Bör vara användarvänlig.

Förvaltningsrättens bedömning

En förutsättning för att förvaltningsrätten ska besluta om åtgärder enligt LOU är att den upphandlande myndigheten har brutit mot någon bestämmelse i lagstiftningen och att en leverantör till följd av detta lidit eller kan komma att lida skada.

LOU ger inget närmare besked om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad, utöver vad som kan sägas komma till uttryck i de allmänt hållna bestämmelserna i lagen samt gemenskapsrättens krav på likabehandling, proportionalitet, förutsebarhet och transparens. Ett förfrågningsunderlag ska dock 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 utvärderingsmodellen är så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 1**DOM**

Regionen har som enda utvärderingskriterium angivit att produkten "bör vara användarvänlig", utan att ange vilka egenskaper som i detta sammanhang kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Därutöver har kriteriet viktats högt vid en utvärdering som i sin tur endast baserats på Regionens "långa och samlade erfarenhet". Genom detta förfaringssätt får Regionen anses ha lämnat ett så stort utrymme för godtycke att den skapat en i princip fri prövningsrätt, och därigenom gjort det omöjligt för en rimligt informerad anbudsgivare att lämna ett konkurrenskraftigt anbud.

Upphandlingen får därför anses ha genomförts i strid med de upphandlingsrättsliga principerna om förutsebarhet och transparens, varför det föreligger risk för att Mediplast har lidit skada. Eftersom de brister som föreligger i målet hänför sig till utformningen av förfrågningsunderlaget anser förvaltningsrätten att upphandlingen, avseende position 4A, Infusionsaggregat med och utan luftning, bör göras om.

Vid denna utgång finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva de i övrigt anförda omständigheterna.

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



Lars Dahlström

Rådman

Föredragande i målet har varit Josefine Nilsson.



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 art 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 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