

KLAGANDE

Attends AB, 556757-7258

Ombud: Advokat Pernilla Larsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

MOTPART

Västra Götalandsregionen, Regionservice
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 23 april 2014 i mål nr 691-14

SAKEN

Öffentlig upphandling; fråga om prövningstillstånd

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar inte prövningstillstånd. Förvaltningsrättens avgörande står därför fast.

Kammarrättens interimistiska beslut den 5 maj 2014 upphör därmed att gälla.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

För att kammarrätten ska pröva överklagandet krävs prövningstillstånd.

Prövningstillstånd ska meddelas om

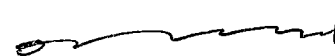
- det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till (ändringsfall),
- det inte går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till utan att prövningstillstånd meddelas (granskningsfall),
- det är viktigt för ledningen av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt (prejudikatfall)
eller
- det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet (extraordinära fall).

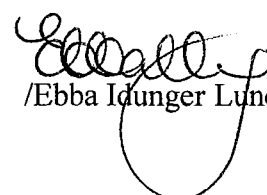
Detta framgår av 34 a § andra stycket förvaltningsprocesslagen (1971:291).

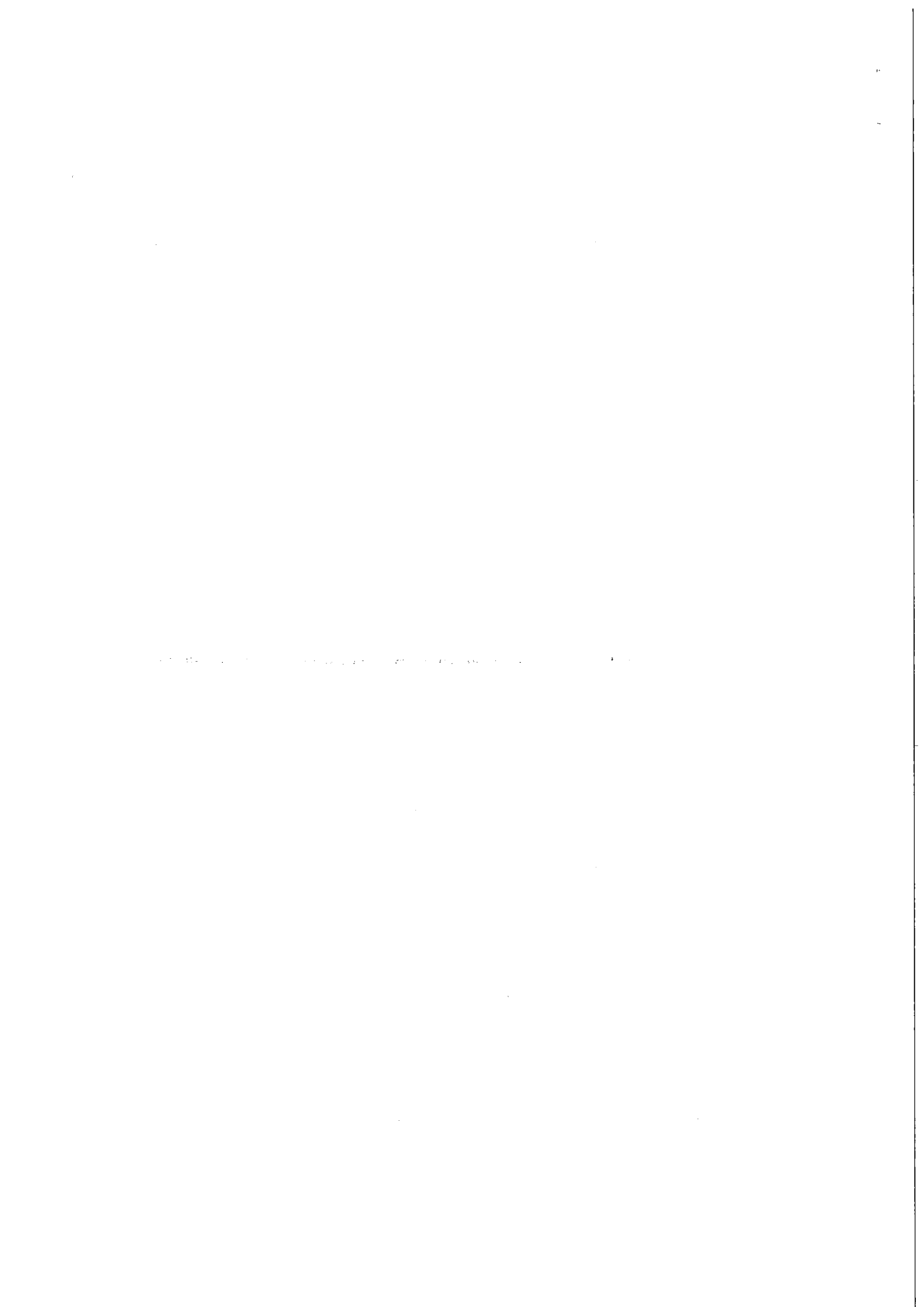
Kammarrätten har gått igenom allt material som finns i målet och kommit fram till att prövningstillstånd inte ska meddelas. Överklagandet kommer därför inte att prövas av kammarrätten.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (formulär 1). Möjligheten till domstolsprövning kan påverkas av händelser som inträffar inom den i bilagan angivna överklagandetiden tre veckor, se 16 kap. LOU.


Mikael Ocklind


Niclas Falkendal
referent


/Ebba Idunger Lundgren



HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

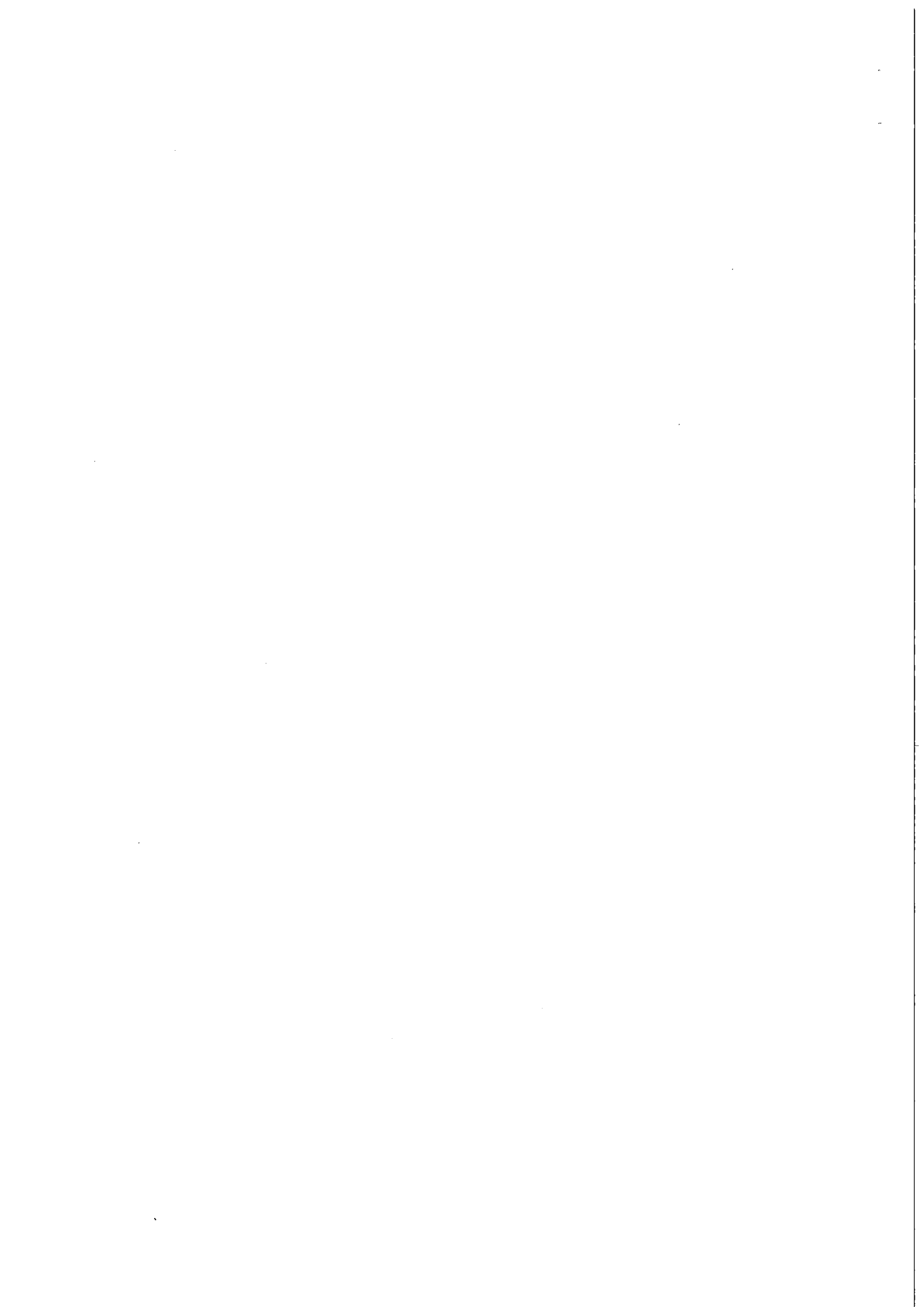
Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen krävs att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas eller om det finns synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att det finns grund för resning eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande ska innehålla följande uppgifter;

1. den klagandes namn, person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. 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 klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen för detta
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.





**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

DOM
2014-04-23
Meddelad i
Göteborg

Ab 15

Sida 1 (10)

Mål nr
691-14
Avdelning 1 Enhet 12

SÖKANDE

Attends AB, 556757-7258
Box 173
578 24 Aneby

Ombud: Advokat Pernilla Larsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

MOTPART

Västra Götalandsregionen, regionservice
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Attends AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västra Götalandsregionen (regionen) har genomfört en upphandling avseende förbrukningsartiklar vid urininkontinens, urinretention och avföringsinkontinens, SN 265-2013. Av tilldelningsbeslut och tillhörande handlingar framgår att anbudsgivaren Attends AB (bolaget) efter utvärderingsfasen placerade sig på plats två avseende produktgrupp 10 och blev utesluten gällande produktgrupp 11. Ett annat bolag (det vinnande bolaget) erbjöds att teckna avtal både avseende produktgrupp 10 och 11.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att de ska tilldelas kontrakten och i andra hand att upphandlingen görs om.

Regionen bestrider bifall till bolagets yrkanden.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget anför huvudsakligen följande. För såväl produktgrupp 10 som 11 utvärderas kvaliteten på offererade produkter. Som utvärderingskriterier, eller bör-krav, har regionen angivit att produkten bör vara komfortabel för användaren, med detta avses utformning, passform under användningstiden, fixering, ytskikt, elastik, spärrskikt och ev. resårer och barriärer. För produktgrupp 11 finns inte fixering med som krav. I produktgrupp 10 har bolaget tilldelats tre poäng avseende ovanstående kvalitetskrav. I produktgrupp 11 har de tilldelats en poäng och anbudet har på grund av detta uteslutits från grupp 11.

Vad gäller produktgrupp 10 ska rättelse ske genom att bolaget tilldelas fem poäng för kvalitetskravet och deras anbud blir därmed det ekonomiskt mest fördelaktiga. De egenskaper som regionen har värderat hos det vinnande bolagets produkt, så som brett och stabilt bälte och bra passform, återfinns även hos deras produkt och regionen har därmed brustit i principen om likabehandling och transparens. Kraven är, enligt förfrågningsunderlagets

punkt 13, hämtade med utgångspunkt från det sortiment som regionen använder för närvarande. Det vinnande bolagets produkt motsvarar alltså referensprodukten men enligt den betygsskala som regionen tillämpat är det vinnande bolagets produkt trots allt bättre än referensprodukten. Det är orimligt att den produkt som regionen utgått från när de skapade förfrågningsunderlaget anses vara bättre än kriteriet. Bolagets produkt har inte använts av regionen tidigare och de har därför i enlighet med kriterierna bifogat ett exemplar av varje offererad produkt till sitt anbud. Eftersom det vinnande bolagets produkt redan används har regionen haft mycket större möjlighet att bedöma funktionen på deras produkt. Bedömningen av bolagets produkt har därför inte gjorts på samma grunder.

Gällande produktgrupp 11 ska rättelse ske genom att bolagets anbud i alla fall tilldelas tre poäng och det blir då inte aktuellt att utesluta dem. Oavsett det ska en poäng aldrig innebära uteslutning så som kravet är utformat. Bolaget har offererat en produkt i flera storlekar med olika absorptionsförmågor. Eftersom det sällan inkommer klagomål på deras produkt, trots att de har en stor marknadsandel, måste kritiken som regionen riktat mot produkten ifrågasättas och bestridas. Exempelvis har bolaget under produktgrupp 3 offererat en produkt som ansetts uppfylla börkravet och fått tre poäng. För produktgrupp 11 har bolaget offererat samma produkt fast i en annan storlek. Trots att börkraven är desamma för produktgrupperna har bedömningen av kravuppfyllelsen gjorts olika. Det visar på att utvärderingen genomförts på ett godtyckligt och icke likabehandlande sätt. Samma produkt ska bedömas lika oavsett produktgrupp om börkraven är desamma. Det är viktigt att testpersonerna använder rätt storlek och rätt fixering för korrekta resultat. Regionens har angivit att bolagets offererade byxblöja hänger när det kommer urin i den. Inte heller dessa produkter har tidigare använts av regionen varför de endast haft de byxblöjor som bolaget bifogat anbudet. Regionens har inte gjort bedömningen av produkten på ett likabehandlande sätt jämfört med det vinnande bolagets produkt.

Det finns även skäl att göra om upphandlingen då förfrågningsunderlaget varit otydligt. Skulle förvaltningsrätten finna att bolagets anbud bedömts i enlighet med förfrågningsunderlaget har utformningen av det aktuella kvalitetskravet varit så otydligt att bolaget inte kunnat förutse hur poängsättningen ska ske. Enligt punkt 13 i förfrågningsunderlaget, under rubriken utvärdering av anbud, avgör projektgruppen vad som är inom en acceptabel gräns och förbehåller sig rätten att bedöma om produkten är godkänd eller inte. Detta visar tydligt att anbudsgivarna inte i förväg kan förutsäga hur deras anbud kommer att bedömas utan det avgörs i efterhand utifrån projektgruppens bedömning. Utvärderingen ger således utrymme för subjektiva och godtyckliga bedömningar. Regionen har visserligen angett att de kommer att titta på utformning, passform m.m. och det verkar som att tre poäng motsvarar vad regionens projektgrupp anser vara normala kvalitetskrav. Det går dock inte att utläsa vad referensgruppen anser vara normal kvalitet eller hur en produkt ska vara utformad rörande passform osv. för att få höga eller låga poäng. Kravet att produkten ska vara komfortabel för användaren blir godtyckligt och ger regionen utrymme för en så fri prövningsrätt att upphandlingen strider mot principen om förutsägbarhet och transparens.

Sammanfattningsvis framgår att bolagets anbud hade placerats som nummer ett i både produktgrupp 10 och 11 om regionen genomfört utvärderingen på ett likabehandlande och tydligt sätt. Bedömningen av de ingivna produkterna har inte varit lika för alla anbudsgivare. Utvärderingsmodellen så som den tillämpats av regionen gynnar därför befintliga leverantörer, dvs. det vinnande bolaget, och strider mot principen om likabehandling. Under alla förhållanden har otydligheten i förfrågningsunderlaget förhindrat bolaget från att kunna förutse hanteringen av utvärderingen. Eftersom bristerna under sådana förhållanden tar sikte på det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen göras om och bolaget får därmed möjlighet att lämna in ett nytt, konkurrenskraftigt anbud. Regionen har fråntagit bolaget

möjligheten att tilldelas de båda kontrakten och bolaget har därmed lidit eller i vart fall riskerat att lida skada.

Regionen anför huvudsakligen följande. Av förfrågningsunderlaget framgår bl.a. att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet skulle komma att antas med hänsyn tagen till kriterierna funktion/kvalitet och pris. De produktspecifika kraven framgår av olika bilagor.

Gällande produktgrupp 10 har såväl bolaget som det vinnande bolaget tilldelats fem poäng avseende kvalitetskraven att produkten ska vara enkel att hantera och att det bör ingå minst fyra storlekar i produktgruppen. Vad gäller kvalitetskravet avseende att produkten bör vara komfortabel har bolaget fått tre poäng vilket innebär att kriteriet uppfylls på ett normalt sätt och att det är en bra produkt. Även om bolagets produktgrupp är bra bedöms det vinnande bolagets produkter vara bättre än bra och har därför fått fem poäng. Projektgruppen består av sjuksköterskor/distriktsköterskor och uroterapeuter från öppen- och slutenvården och det har inte framkommit något som skulle föranleda att de skulle frångå sin tidigare bedömning. Regionen har inte brutit mot principen om likabehandling eller transparens och det saknas förutsättningar att rätta upphandlingen. Regionen använder inte någon form av referensprodukt och det står inte under punkt 13 i förfrågningsunderlaget att kraven är hämtade från det sortiment som regionen använder idag. Det som står är att samtliga i bilagorna redovisade storlekar och mått är angivna med utgångspunkt i det sortiment som används idag. Det är därför inte möjligt att tala om att något skulle vara bättre eller sämre än en referensprodukt. Regionen har inte gjort någon bedömning av det tidigare upphandlade sortimentet utan har bedömt de produkter som anbudsgivarna har bifogat till anbudet. Förhållandet har varit lika för alla anbudsgivare. Orsaken till poängskillnaden är att det vinnande bolagets produkt bedömts ha väl godkända bör-krav. Det har inte framkommit några skäl att frångå det mervärde som det vinnande bolagets produkt erhållit.

Gällande produktgrupp 11 framgår det av förfrågningsunderlaget att varje produktgrupp utvärderas för sig och regionen utvärderar inte produktgrupper i förhållande till varandra. Bolaget har inte heller offererat samma produkter under produktgrupp 3 och 11, det handlar om olika storlekar och olika design. Bolaget har offererat flera produkter i produktgrupp 11 och det är gruppen som utvärderas vilket innebär att de enskilda produkterna kan ha olika kvalitet. Hela produktgruppen har av regionen bedömts uppfylla det ställda bör-kravet mindre bra och därmed erhållit en poäng. Regionens instämmer naturligtvis med bolaget i att det är väsentligt med rätt storlek. Det ska dock inte vara fråga om någon ytterligare fixering då det ska ingå i produkten. Det finns inte några skäl att frångå tidigare bedömning av produkten. Regionens har inte heller här gjort någon bedömning av det tidigare upphandlade sortimentet utan har bedömt de produkter som anbudsgivarna har bifogat till anbudet. Förhållandet har varit lika för alla anbudsgivare. Det framgår av förfrågningsunderlaget att en produktgrupp vid utvärderingen måste uppfylla 60 procent av de ställda bör-kraven för att inte bli utesluten. Förhållandet är transparent och lika för alla anbudsgivare. Regionens har inte brutit mot principen om likabehandling och det saknas därför skäl att rätta produktgrupp 11.

I de produktspecifika kraven som är en del av förfrågningsunderlaget redogör regionens för vad som avses med komfortabel. Det står där att "produkten bör vara komfortabel för användaren, med detta avses utformning, passform under användningstiden, ytskikt, elastik, spärrskikt resårer och barriärer". Vad som avses med normal framgår av poängskalan och måste läsas ihop med det aktuella kriteriet. Utmärkt - mycket bättre än kriteriet (fem poäng), bra - kriteriet uppfylls på ett normalt sätt (tre poäng), dåligt - mycket sämre än kriteriet (en poäng) och mycket dåligt - kriteriet uppfylls inte alls (noll poäng). Utvärderingen av kravet komfortabel är transparent och förutsebart. Regionens har inte brutit mot någon av de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse. Bolaget kan

därmed inte heller ha lidit eller kan komma att lida sådan skada som avses i LOU.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

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 (1 kap. 9 § LOU).

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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förfrågningsunderlaget

Under handläggningen har bolaget och regionen kommit in med olika versioner av förfrågningsunderlaget. De skiljer sig bl.a. åt i skrivningen under punkt 13. I den version som bolaget gett in står exempelvis "redovisade storlekar, mått, etc. är angivna med utgångspunkt från det sortiment som används idag" medan det i den version som regionen gett in står "redovisade storlekar och mått är angivna med utgångspunkt från det sortiment som används idag". Under punkt 8 i förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivare bör hämta förfrågningsunderlaget från den aktuella hemsidan för att säkerställa information om eventuella frågor och svar under anbuds-tiden. Regionen har därmed informerat anbudsgivarna om att de bör hålla sig uppdaterade om förfrågningsunderlaget under anbudstiden och nämnda ändring har därför varit tillgänglig även för bolaget. Förvaltningsrätten konstaterar att denna förändring av förfrågningsunderlaget inte har ändrat

förutsättningarna för upphandlingen på ett sådant sätt att det strider mot de grundläggande kraven i LOU.

Bolaget anser att regionen har åsidosatt principerna om likabehandling och förutsebarhet genom ett bristfälligt förfrågningsunderlag. Bolaget har bl.a. på grund av otydligheterna inte kunnat förutse hur utvärderingen skulle ske. Regionen menar att förfrågningsunderlaget är transparent och att alla anbudsgivare har behandlats lika.

Av förfrågningsunderlaget, punkt 11 och 12, och dess bilagor, produktspecifika krav pos.nr. 10-1090, framgår vilka skall-krav som finns avseende produktgrupp 10 och 11. Av förfrågningsunderlaget framgår även hur utvärderingen av de offererade produkterna kommer att ske. De inlämnade anbud som har uppfyllt skall-kraven har gått vidare till utvärdering. Bolagets anbud har i såväl produktgrupp 10 som 11 uppfyllt skall-kraven och gått vidare till utvärdering.

Förvaltningsrätten finner inte att vad bolaget anfört utgör sådana brister i förfrågningsunderlaget att upphandlingen bör göras om. De beskrivna utvärderingskriterierna, avseende antal produkter, enkelhet att hantera produkten och bedömning av funktion/kvalitet, får anses vara tillräckligt tydliga för att den gjorda utvärderingen ska uppfylla de krav som finns avseende förutsebarhet, transparens och likabehandling. Det finns därför inte skäl att rätta eller göra om upphandlingen på denna grund.

Utvärderingsmodell

Bolaget anser att den tillämpade utvärderingsmodellen gynnar befintliga leverantörer och att det strider mot likabehandlingsprincipen. Principerna för poängsättningen blir för godtyckliga och ger regionen utrymme för en så fri prövningsrätt att upphandlingen strider mot principen om förutsäg-

barhet och transparens. Dessutom ska inte en poäng i produktgrupp 11 innebära uteslutning så som kravet är utformat.

Av förfrågningsunderlagets punkt 13 framgår att produkten bedöms efter hur väl den uppfyller respektive utvärderingskriterier och att bedömning av utvärderingskriterier görs av regionen utsedda representanter som tillsammans besitter hög kompetens, klinisk erfarenhet och beprövad erfarenhet på hur väl produkterna fungerar för ändamålet. Det framgår även att ett anbud måste uppfylla minst 60 procent av ställda bör-krav på produktgruppen för att tilldelas kontrakt. Av de produktspecifika kraven framgår hur viktningspoäng delas ut. För produktgrupp 10 och 11 ges poäng med hänsyn till hur många storlekar som ingår i produktgruppen. Poäng ges även med hänsyn till hur komfortabel produkten är för användaren. Exempelvis ges en poäng om kriteriet uppfylls sämre, tre poäng om kriteriet uppfylls på ett normalt sätt och fem poäng om produkten är mycket bättre än kriteriet. För produktgrupp 10 ges dessutom poäng med hänsyn till att produkten bör vara enkel att hantera för användaren.

Ett förfrågningsunderlag får inte vara utformat så att det ger den upphandlande myndigheten en i princip fri prövningsrätt. Det ligger dock i sakens natur att vissa utvärderingskriterier, som t.ex. komfort och passform, innebär att det finns ett visst utrymme för godtyckliga bedömningar. Förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att det inte strider mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten (jfr RÅ 2002 ref. 50).

Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt hur viktningspoäng ska delas ut beroende på antal storlekar i produktgruppen och det har inte funnits utrymme för godtyckliga bedömningar avseende denna del. Bolaget har anfört att det inte närmare framgår vad som är "normalt" avseende kravet på komfort utan att regionen har fri prövningsrätt i detta avseende. Eftersom

det i förfrågningsunderlaget inte finns någon närmare beskrivning av begreppet normalt instämmer förvaltningsrätten i detta påstående.

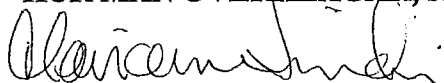
Förvaltningsrätten finner dock att det inte heller skulle vara möjligt att på ett objektivt sätt ställa upp kriterier för vad som skulle vara "normalt" utan att utgå från någonting konkret, så som till exempel en referensprodukt. Regionen har angett att de inte har genomfört utvärderingen med någon sådan referensprodukt i åtanke. De offererade produkternas egenskaper har bedömts av en erfaren projektgrupp bestående av sjuksköterskor och uroterapeuter. Det får därmed förutsättas att alla produkter, både i produktgrupp 10 och 11, bedömts utifrån projektgruppens samlade erfarenhet av vad en normal produkt är. De offererade produkterna inom varje produktgrupp har därmed behandlats likvärdigt vid utvärderingen av komfort. Detta gäller oavsett om det varit en för projektgruppen ny produkt eller en produkt de känner till sedan tidigare.

Genom att bolaget i produktgrupp 11 tilldelades en poäng avseende kvalitetskriteriet komfort nådde bolaget inte upp till 60 procent av de ställda börkraven och blev därför uteslutet. Detta får anses vara i överensstämmelse med hur utvärderingsmodellen beskrivs i förfrågningsunderlaget.

Sammanfattningsvis

Förvaltningsrätten anser att bolaget inte visat att regionen brutit mot någon bestämmelse i LOU. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt LOU och bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Marianne Lindén

Rådman

Föredragande i målet har varit Linnea Färnstrand.