



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN**  
**I HÄRNÖSAND**  
 Förvaltningsrättsnotarien  
 L Rosin

**DOM**  
 2012-09-12  
 Meddelad i  
 Härnösand

Mål nr  
 1361-12 E

**SÖKANDE**

NordiCare Ortopedi & Rehab AB, 556493-4304  
 Hamnplanen 24  
 263 61 Viken

Ombud: Magnus Dillcrona och Johanna Sterte  
 Stenfalken Juridik AB  
 Box 3034  
 250 03 Helsingborg

**MOTPART**

Landstinget Västernorrland  
 871 85 Härnösand

**SAKEN**

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

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2012-09-17	
Avd	
Dnr	
Doss	Altbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Dok.Id 39860

**Postadress**  
 Box 314  
 871 27 Härnösand

**Besöksadress**  
 Backgränd 9

**Telefon**  
 0611 - 34 98 00

**E-post:**  
 forvaltningsratteniharnosand@dom.se

**Telefax**  
 0611 - 34 98 10

**Expeditionstid**  
 måndag – fredag  
 08:00-16:00

### BAKGRUND

Landstinget Västernorrland (landstinget) har genomfört en upphandling avseende brötsproteser för hela länets behov.

Enligt tilldelningsbeslut den 19 april 2012 har landstinget beslutat att anta Camp Scandinavia AB, THUASNE Bégat AB och Amoena Sweden AB som leverantörer.

### YRKANDEN M.M.

NordiCare Ortopedi & Rehab AB (bolaget) ansöker om överprövning av landstingets upphandling och yrkar på rättelse av landstingets utvärdering. Bolaget anför i huvudsak följande. Bristerna i objektiviteten vid utvärderingen är uppenbara. Vad som är ekonomiskt mest fördelaktigt ska bedömas objektivt. Utvärderingen har varit en subjektiv kvalitetsbedömning. Det hjälper inte att landstinget i sitt underlag skrivit att en subjektiv utvärdering kommer att ske. Det finns ingen standard för hur ett bröst ser ut. Landstingets utprovare har valt de produkter som de är vana vid. I utvärderingen fick bolagets produkt noll poäng. Det är inte möjligt att bolagets produkt skulle sakna fördelar. Bolaget är världsledande och dessutom leverantörer till landets tre största landsting. Genom att bortse från bolagets marknadsledande position har landstinget även bortsett från den objektiva marknadsverkligheten. Bolagets marknadsposition medför att produkterna har ett mervärde. I upphandlingar med andra landsting har bolaget uppfyllt samtliga ska- och bör-krav som är kopplade till kvalitet. Det får inte förekomma så stora skillnader i landstingens utvärderingar. Landstinget tycks ha orimliga regionala och subjektiva krav. Resultatet hade blivit annorlunda om bolaget fått ett poäng istället för noll. Det har funnits en förutbestämd agenda. Bolaget kände endast till en leverantör jämte dem på marknaden som kunde erbjuda standard- och lättviktsproteser. Senare har det visat sig att Camp Scandinavia AB erbjöd konkurrenten Amoena Sweden AB:s protes för att uppfylla ska-kraven. Detta accepterades av lands-

tinget och kom till bolagets kännedom först efter tilldelningsbeslutet. Om andra potentiella leverantörer hade känt till att det vore tillåtet att använda konkurrenters produkter skulle långt fler potentiella leverantörer kunnat avge anbud. Bolaget har sett sig förhindrat att använda sig av andra leverantörers produkter. Att landstinget deltar i sådan snedvriden konkurrens är häpnadsväckande. Annat vore saken om landstinget öppet hade redovisat att detta var tillåtet. Amoena har på detta sätt fått en större tilldelning än vad som annars vore fallet. Det kommer uteslutande vara Amoena Sweden AB:s produkter som köps in eftersom Camp Scandinavia AB köper och levererar Amoena Sweden AB:s produkter.

*Landstinget* bestrider bolagets yrkande och anför i huvudsak följande. Bolagets produkter uppfyller kraven men man måste hålla isär kvalificeringsprocessen och utvärderingsfasen. Landstinget menar inte att bolagets produkter är undermåliga. Ingen upphandling är fri från det subjektiva inslaget och det är inte heller möjligt i detta fall. Av förfrågningsunderlaget framkommer att det kommer att ske en subjektiv kvalitetsutvärdering. Att bolaget är världsledande medför inte att bolaget kommer att få höga poäng i en sådan utvärdering. Tilldelningsbeslut i enlighet med "det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet" kan innebära att en godtagbar produkt kan lida förlust i fråga om kvalitetspoäng. Att bolaget inte fått några kvalitetspoäng innebär att deras produkter inte bedömts tillföra något mervärde. Landstinget har höga krav, men inte oproportionerligt höga. Landstinget kan inte se till annat än vad som angivits i förfrågningsunderlaget att man ska ta hänsyn till. Det är inte möjligt att ta in andra bedömningsunderlag. Det skulle strida mot grundläggande principer för upphandlingar. Någon förutbestämd agenda finns inte. Landstinget kontrakterar leverantörer, inte första ledets tillverkare. Det är det som är poängen med upphandling. Det kan inte finnas någon konflikt i att Camp Scandinavia AB väljer att offerera en produkt från en tillverkare som bolaget inte offererar. Det är all-

mänt känt att man får använda sig av andras produkter. Påståendet om snedvriden konkurrens är hypotetiskt.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### *Bestämmelser*

Förvaltningsrätten konstaterar att den aktuella upphandlingen påbörjades efter den 1 november 2011, varför LOU ska tillämpas i dess lydelse enligt SFS 2011:1030.

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).

#### *Utredningen i målet*

Av punkt 3.5 i de Administrativa föreskrifterna T1 framkommer följande. Landstinget kommer att anordna ett utvärderingstillfälle där de offererade produkterna som klarar den grundläggande kvalificeringen och ska-kraven kommer att utvärderas. Där ingen objektiv värdering enkelt låter sig göras, görs poängbedömningen ändå på ett kontrollerat, dokumenterat och af-färsmässigt sätt. Denna utvärdering kommer att göras av en referensgrupp bestående av kvalificerade utprovare i området som besitter hög kompetens och som har klinisk erfarenhet på minst två år inom produktområdet.

Av Kravspecifikationen T3 Kravspecifikation Bröstproteser Information framgår följande. Värderingskrav-Kvalitet. Kommer att utvärderas av en utvärderingsgrupp enligt punkt 3.5 T1, 0 till 3 poäng:

- 5.1, protesen bör likna det naturliga bröstet vad gäller dess estetiska och andra egenskaper avseende färg, form, fyllighet och yta. De egenskaper utvärderingsgruppen kommer att titta på är (5.1):
  - Hur naturligt protesens materiel känns – inte för stum eller för sladdrig.
  - Hur protesen fasar av i ytterkanterna och ytan som ligger mot kroppen.
  - Följsamhet som ett naturligt bröst vid lägesändring stående (naturligt häng), liggande.
  - Naturlig "fyllighet".

I de Administrativa föreskrifterna T1 3.4.2 anges för Kriterium 2 kvalitet att kriterierna bedöms efter hur väl respektive kriterium uppfylls. Poängskalan är 0 poäng = kriteriet uppfylls inte, icke godkänt, 1 poäng = bra uppfyllnad av kriteriet, godkänt, 2 poäng = väl uppfyllnad av kriteriet, väl godkänt, 3 poäng = mycket väl uppfyllnad av kriteriet, mycket väl godkänt.

Av mejl från landstinget till bolaget framkommer att resultatet av bolagets proteser blev följande slutsatser: hård, stum, plastig, fasar ej ut i kanterna, vassa kanter.

I förtydligande/rättelse nr 2 till förfrågningsunderlaget väcks frågan om objektiviteten i utvärderingsprocessen varvid landstinget svarar att förfarandet kvarstår, kvalificerade utprovare kommer att utföra kvalitetsbedömningen och kommer, med sin långa erfarenhet, att utgå från patientens behov och protesernas kvalitet.

Av punkt 4.1 i krav på leverantörer framkommer att underleverantörer får användas.

*Förvaltningsrättens bedömning*

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att det av utredningen i målet framkommit att det varit tillåtet för leverantörer att anlita underleverantörer varför bolagets påstående om att så inte varit fallet saknar stöd.

En upphandlande myndighet har stor frihet att välja vilka kriterier den ska använda vid en utvärdering och vilken betydelse dessa ska tillskrivas. Det finns också ett stort utrymme för varierade lösningar vid utformningen av en utvärderingsmodell, under förutsättning att principerna i LOU och EG-rätten inte överträds (jfr RÅ 2002 ref. 50). De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, lika-behandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Principen om transparens ställer krav på att förfrågningsunderlaget är klart och tydligt och att det framgår efter vilka kriterier anbuden kommer att utvärderas. Den upphandlande enheten får inte lägga till krav eller bortse från de krav som är ställda i en pågående upphandling.

När en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt. Att utvärderingskriterier föranleder subjektiva bedömningar är inte i sig oförenligt med LOU. Samtidigt får inte ett utvärderingskriterium vara så vagt och otydligt att det ger den upphandlande enheten en obegränsad valfrihet.

Av utredningen i målet framkommer att utvärderingen ska göras av en referensgrupp bestående av kvalificerade utprovare på området som besitter hög kompetens och som har klinisk erfarenhet på minst två år inom produktområdet. Dessa ska sedan bedöma proteserna utifrån olika kriterier som finns angivna i exempelbladet till Kravspecifikationen med beteckning T3. Kriterierna är hur naturligt materialet känns, hur protesen fasar av i kanterna, följsamhet och naturlig "fyllighet". Värderingen ska sedan gö-

ras utifrån 5.1 som anger att protesen bör likna det naturliga bröstet vad gäller dess estetiska och andra egenskaper avseende färg, form, fyllighet och yta. Till detta finns en poängskala i fyra steg där 0 innebär att kriteriet inte uppfylls och 3 är mycket väl uppfyllnad av kriteriet. Om kriteriet når poäng 0, 1 eller 2 kommer det resultera i ett prispåslag som är specificerat. Det har i förfrågningsunderlaget inte närmare preciserats under vilka förutsättningar eller i vilka fall uppfyllelse av efterfrågat mervärde skulle resultera i utdelning av betygspoäng. Förvaltningsrätten anser dock inte att detta inneburit oförutsebarhet på sådant sätt att upphandlingen strider mot LOU.

Det ligger i sakens natur att olika personer kan ha olika uppfattning om de egenskaper som ett "naturligt" bröst har, liksom andra egenskaper hänförliga till kvalitet hos proteserna. Annat har inte framkommit än att utvärderingen har gjorts inom ramen för förfrågningsunderlaget. Enligt förvaltningsrättens mening kan detta förfarande inte anses stå i strid med LOU. Omständigheter som bolaget anför om att det är marknadsledande och har vunnit andra upphandlingar är inte kriterier som landstinget har efterfrågat och det skulle vara ett regelbrott mot LOU om landstinget skulle beakta andra utvärderingskriterier än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget. Bolaget har inte heller åberopat några omständigheter som utgör uppenbara skäl till att inte godta den upphandlande myndighetens värdering.

Förvaltningsrätten finner att bolaget inte har klargjort att landstinget vid sin utvärdering inte har följt de kriterier som anges i förfrågningsunderlaget. Det finns därför inte förutsättningar för förvaltningsrätten att vidta åtgärder enligt 16 kap 6 § LOU. Med hänsyn härtill ska bolagets ansökan om överprövning avslås.

---

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

  
Carina Ferm Brodén



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 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 3109/1C LOU