



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

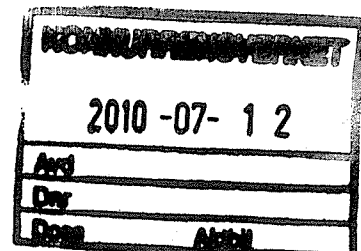
DOM
2010-07-12
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
7615-10 E
Enhet 2:1

SÖKANDE

Gate Rehab Development AB, 556564-0041
Isberga Säteri
333 91 Smålandsstenar

Ombud: Advokaten Per Ericsson
Advokatbyrån Gulliksson AB
Box 739
220 07 Lund

**MOTPART**

Västra Götalands läns landsting (Västra Götalandsregionen)
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

Ombud: Advokaten Roger Hagman
Advokatfirman Roger Hagman AB
Box 3460
103 69 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten bifaller Gate Rehab Development AB:s ansökan endast på så sätt att Västra Götalands läns landsting ska göra om upphandlingen avseende produktgrupp 13 (Statisk tryckavlastande toppmadrass utan avsluten pump).

Det interimistiska beslutet den 25 januari 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 23967

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

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen har bjudit in leverantörer att lämna anbud i en öppen upphandling avseende ramavtal för avrop av madrasser m.m. (dnr 298-2009) till öppen- och slutenvården inom landstinget.

Av tilldelningsbeslut den 15 januari 2010 framgår att Västra Götalandsregionen valt att teckna avtal med annan leverantör än Gate Rehab Development AB avseende produktgrupp 8 "Dynamisk tryckavlastande ersättningsmadrass" och produktgrupp 13 "Statisk tryckavlastande toppmadrass utan ansluten pump".

Länsrätten i Vänersborg beslutade den 25 januari 2010 att Västra Götalandsregionens upphandling avseende madrasser inte fick avslutas i den del den gäller produktgrupp 8 och 13 innan något annat beslutats.

YRKANDEN M.M.

Gate Rehab Development AB (bolaget) yrkar att förvaltningsrätten i första hand förordnar att upphandlingen får avslutas först sedan upphandlingen rättats på så sätt

att bolagets madrass Air Express i produktgrupp 8, omfattande "Madrass Dynamisk", anses ha uppfyllt samtliga skalkrav och därigenom tilldelas rättmätiga poäng i kategorin samt

att rättelse vidtas på så sätt att Care of Sweden AB inte skall anses ha uppfyllt samtliga skalkrav i produktgrupp 13 och att bolagets madrass SofCare därmed ska anses ekonomiskt mest fördelaktig, alternativt

att tilldelningen av börpoäng i produktgrupp 13, omfattande "Topp Statisk", görs om. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen i de felaktiga delarna görs om.

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2**DOM**

Till stöd för sin ansökan anför bolaget bland annat följande. Bolagets madrass, Air Express, i produktgrupp 8 har inte tilldelats några poäng eftersom Västra Götalandsregionen felaktigt har gjort bedömningen att madrassen inte uppfyller två av skallkraven. Produkten har särbehandlats negativt i förhållande till de aktuella skallkraven i produktgruppen och leverantörerna har inte behandlats på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt. Slutsatsen blir att madrassen *Air Express* ska anses ha klarat samtliga skallkrav och att produkten därmed ska gå vidare till slutlig poängbedömning.

Avseende produktgrupp 13 är bolagets madrass *SofCare* ekonomiskt mest fördelaktig eftersom Care of Sweden AB:s madrass inte uppfyller skallkravet att "madrassen eller pumpen skall kunna reglera rätt mängd luft i förhållande till brukarvikten och avsedd terapeutisk funktion utan behov av manuell mätning" då vårdaren uppmanas att känna med handen under patienten för att kontrollera att inställningen blir korrekt. Vidare ger förfrågningsunderlaget avseende denna produktkategori utrymme för subjektiva tolkningar och skönsmåssiga bedömningar. Produktkategorin är definierad som en viss typ av madrass utan ansluten pump samtidigt som det finns skallkrav som avser endast pumpen i sig. Börkraven har poängsatts med 0, 1, 3 eller 5 poäng. Bedömningskriterierna för hur dessa poäng ska allokteras har dock tagits fram efter det att anbudet lämnats in. Det går inte genom poängfördelningen eller annat underlag fastställa hur börkraven utvärderats och poängsatts. Västra Götalandsregionen har till följd av otydligheterna gett sig själv stort utrymme för godtyckliga bedömningar och kunnat frångå principerna om likabehandling och icke-diskriminering. Otydligheterna bekräftas av att regionen nu själva har tolkat om flera av börkraven och tilldelat bolaget fler poäng. En sådan simulerad poängsättning utvisar emellertid inte ett verkligt utfall för det fall att regionen efterlevt samtliga de krav som finns i LOU. Bolaget har till följd av regionens agerande sålunda lidit skada eller i vart fall riskerat att lida skada.

Västra Götalandsregionen (regionen) yrkar att förvaltningsrätten avslår bolagets ansökan om överprövning och i samband därmed upphäver det interimistiska beslutet då det saknas skäl för att upphandlingen ska rättas eller göras om. Till stöd för sin talan anför regionen bland annat följande.

Produktgrupp 8

Kraven på funktionell fästnanordning och tömning av luft för påbörjande av bland annat hjärtlungräddning inom 15 sekunder har varit transparenta och förenliga med LOU i övrigt. Då det vid regionens provning av bolagets offererade produkt Air Express visade sig att produkten inte uppfyllde nu nämnda krav har det varit förenligt med LOU att förkasta bolagets anbud avseende produktgrupp 8.

Produktgrupp 13

Regionen har tillräckligt tydligt redovisat vad som krävs för att uppnå en viss poäng avseende börkraven och har inte efter det att anbudet kommit in fastställt hur poängen ska allokeras. Bedömningskriterierna och poängsättningen står därför inte i strid med LOU.

Av såväl Care of Swedens som bolagets bruksanvisningar framgår att handpåläggning är en normal kontrollåtgärd. Av bruksanvisningen för Care of Swedens offererade produkt samt provningen av produkten framgår att rätt mängd luft regleras automatiskt. Det saknas därför skäl för att förkasta Care of Swedens anbud. På några punkter har regionen medgett att bolaget bort erhålla högre poäng. Förbiseendet saknar emellertid betydelse då det inte påverkar utgången av produktgrupp 13. Bolagets kan därför inte anses skadelidande i LOU:s mening. I övrigt framgår det inte att regionen vid utvärderingen gjort några uppenbara eller allvarliga fel i sin bedömning.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

Enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, 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.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Utredningen i målet

Upphandlingen omfattar madrasser med förebyggande och behandlande egenskaper för leverans till enheter inom Västra Götalands läns landsting. Upphandlingen innefattar bland annat madrasser i kategorin "Madrasser tryckavlastande samt tryckreducerande". Denna kategori har delats in i produktgrupperna 7-19. Produktgrupperna utvärderas var för sig och anbudsgivarna har möjlighet att lämna anbud på valfritt antal produktgrupper. Ramavtal kommer att tecknas med en leverantör för respektive produktgrupp.

Regionen kommer att anta de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden för varje produktgrupp. De anbud som uppfyller skallkraven kommer vid utvärderingen att tilldelas 0, 1, 3 eller 5 poäng för varje börkrav utifrån hur väl produkten uppfyller det aktuella kravet. De produkter som omfattas av ansökan är produktgrupp 8 (Dynamisk tryckavlastande ersättningsmadrass) och produktgrupp 13 (Statisk tryckavlastande toppmadrass utan ansluten pump). I anbudsintjudan anges att förfrågningsunderlaget innehåller samt-

liga förutsättningar och krav som gäller anbudsgivningen. De produktspecifika kraven (skallkrav och börkrav) framgår av produktkravspecifikationerna.

Förvaltningsrättens bedömning

Produktgrupp 8 (Dynamisk tryckavlastande ersättningsmadrass)

Regionen har förkastat bolagets madrass, Air Express, eftersom den inte uppfyller två ställda skallkrav, nämligen

att "produkten skall ha funktion för snabb tömning av luft vid HLR/CPR-situationer. HLR skall kunna påbörjas inom 15 sekunder", och

att "pumpen ska vara utrustad med funktionell fästansordning för sänggavel".

Regionen har vid provutvärderingen vid tre tillfällen och enligt bifogad bruksanvisning tömt madrassen på luft. Inte vid något tillfälle uppfyllde madrassen skallkravet att HLR skulle kunna påbörjas inom 15 sekunder. Några skäl för antagandet att regionen inte skulle ha gjort en enhetlig och konsekvent bedömning av detta testmoment har inte kommit fram.

Bolagets invändning att en annan av bolagets madrasser, med identisk uppbyggnad avseende tömning av luft, har bedömts uppfylla skallkravet medför inte någon annan bedömning. Inte heller det av bolaget åberopade intyget ger stöd för att testresultaten skulle vara felaktiga. Då bolagets anbud i denna del inte uppfyllit ställt skallkrav har regionen haft fog för att förkasta bolagets anbud i denna del. Grund för ingripande med stöd av LOU saknas sålunda i denna del.

Med hänsyn härtill saknar den omständigheten att skallkravet att "pumpen ska vara utrustad med funktionell fästordning för sänggavel" är vagt formulerat betydelse för frågan om ingripande i denna del ska ske i anledning av bolagets ansökan, varför skäl att närmare pröva bolagets invändningar i denna del saknas.

Produktgrupp 13 (Statisk tryckavlastande toppmadrass utan ansluten pump)

De inom EU-rätten gällande principerna om bland annat likabehandling och transparens (öppenhet och förutsebarhet) har i praxis ansetts kräva att förfrågningsunderlaget skall vara så klart och tydligt utformat att en leverantör har möjlighet att bedöma vad den upphandlade myndigheten efterfrågar. Ett väl utarbetat förfrågningsunderlag med en tydlig struktur underlättar för leverantörerna i arbetet med utformningen av anbud men även för myndigheten vid utvärderingen av anbuden.

I förfrågningsunderlaget anges ett antal börkrav som graderats 0, 1, 3 eller 5 poäng beroende på hur väl produkten uppfyller kravet. Däremot framgår det inte av förfrågningsunderlaget hur poängen ska allokeras. En sådan allokering har skett först sedan anbuden lämnats in. Ett sådant förfarande lämnar ett stort utrymme för godtycklighet och därmed för en bedömning som inte grundar sig på objektiva fastställda kriterier. Detta innebär att leverantörerna saknat tillräcklig kunskap om vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Därtill noteras att vissa börkrav endast torde kunna besvaras jakande eller nekande. Förfrågningsunderlaget får därför anses strida mot de unionsrättsliga principerna om öppenhet och förutsebarhet.

Regionen gör dock gällande att någon risk för skada inte förelegat eftersom bolaget även efter medgiven tilldelning av ytterligare poäng i klandrade delar ändå inte skulle ha vunnit upphandlingen i denna del.

Regionens förfrågningsunderlag har enligt det ovan anförda emellertid i vissa delar varit så otydligt att kraven på förutsebarhet och öppenhet inte varit uppfyllda, utan underlaget har gett utrymme för godtycklighet. Det kan inte heller uteslutas att utformningen av förfrågningsunderlaget har påverkat hur bolaget, eller andra leverantörer, utformat sitt anbud. Med hänsyn härtill får bolaget till följd av nämnda brister lidit eller kan komma att lida skada varför det finns grund för att tillgripa åtgärder enligt LOU. Eftersom bristerna får betecknas som väsentliga och hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet är det inte tillräckligt med endast en rättelse, utan upphandlingen avseende produktgrupp 13 måste göras om.

Vid denna utgång saknas anledning att pröva bolagets övriga invändningar i denna del av upphandlingen.

Det interimistiska beslut den 25 januari 2010 upphör att gälla i och med denna dom. Rätten erinrar om att när ett upphandlingskontrakt har tecknats kan ett överklagande av domen inte överprövas efter det att tio dagar gått från dess meddelandedag, om inte kammarrätten dessförinnan fattar ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas. Det gäller även om domen överklagas inom den i bilagan angivna överklagandetiden om tre veckor.

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



Urban Karlsson

Föredragande i målet har varit föredraganden Michaël Koch.



SVERIGES DOMSTOLAR

Bilaga

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 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 göts 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.