



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande: Helene Larsson

DOM
2013-06-26
Meddelad i
Växjö

Mål nr
733-13

SÖKANDE

KEN Hygien System
Bäsnavägen 27
781 95 Borlänge

Ombud: Pär Olsson Björnström
KEN Hygien System
Bäsnavägen 27
781 95 Borlänge

MOTPART

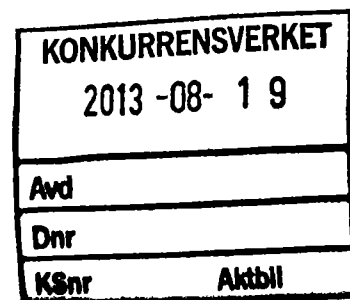
Landstinget i Kalmar län
Landstingets Serviceförvaltning
Box 601
391 26 Kalmar

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.



Dok.Id 71411

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

BAKGRUND

Landstinget i Kalmar län (landstinget) har genomfört en upphandling av utrustning för sterilcentral 2012. Upphandlingen har skett i form av ett öppet förfarande som gått över i ett förhandlat förfarande. Fyra anbud inkom varav Getinge Desinfektion AB (Getinge) samt KEN Hygien System (KEN) kvalificerades till anbudsutvärdering. Getinge tilldelades upphandlingen eftersom det bolagets anbud bedömdes vara det ekonomiskt mest fördelaktiga.

YRKANDEN

KEN ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att utvärderingen ska rättas på så sätt att KEN rankas högst. I andra hand yrkas att upphandlingen görs om.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

VAD PARTERNA ANFÖRT

KEN anför bl.a. följande. Landstinget har på felaktiga grunder tilldelat Getinge en högre poängsumma än KEN och därmed rankat Getinge högre. Detta kommer att leda till mindre intäkter och därmed ekonomisk skada för KEN. Landstinget har utvärderat anbudet utan att på plats testa den offererade utrustningen. Därför kan de inte ha gjort en korrekt bedömning. KEN har offererat lägst pris på sin utrustning. Muntliga genomgångar och redovisningar har inte protokollförts eller redovisats. Det är omöjligt att förstå hur och på vilka grunder landstinget sätter poäng vid utvärdering av anbudet. Landstinget har inte dokumenterat hur man kvalificerar sig för de olika poäng som utdelas. Poängfördelning har gjorts utan redovisning över hur poängsättningen gjorts. I utvärderingskriterierna anges inte hur och

varför man kvalificerar sig för en viss poäng. Man vet inte vad som ska presteras. Detta innebär en godtycklig viktning. Exempel på detta är punkt 2.13 utvärderingspunkter. Där anges att utrustningen bör vara lämpad och dimensionerad för användningsområdet. Det framgår dock inte vilka krav som ställs för att erhålla högsta poäng. Autoklaven inklusive kringutrustning bör vara ergonomiskt lätt att hantera och rengöra. KEN anser att man uppfyller detta bör-krav fullt ut. Landstinget har emellertid inte heller här angett vilka parametrar som värderas. Under punkt 2.11.5 har KEN bara fått 2 poäng när Getinge fått 4 poäng. Landstinget utvärderar samma sak i två olika punkter. Landstinget har efterfrågat kort processtid. Vad innebär detta och när får man högsta poäng? Vad är det som gör att man får 5, 3, respektive 2 poäng avseende t.ex. klinisk lämplighet eller teknisk lämplighet? Landstingets bedömning och utvärdering uppfyller inte kraven på transparens och likabehandling.

I utvärderingen skriver landstinget att upphandlingen övergick i ett förhandlat förfarande. Detta är ett märkligt förfarande när Landstinget godkänt anbuderna avseende skall-kraven och bör-krav. Upphandlingen strider mot 4 kap. 2 § samt 12 kap. 2 § LOU. Båda anbudsgivarna uppfyller alla skall-krav. Trots detta anser landstinget att ingen av leverantörerna skulle kunna leverera en ändamålsenlig leverans ur verksamhetsperspektiv. Landstinget har uppenbarligen prisförhandlat med Getinge. Detta har inte redovisats. Inte heller har muntliga genomgångar eller redovisningar protokollförts. Någon prisförhandling har inte aktualiserats med KEN.

Landstinget påtalar att föremålet för upphandlingen är en komplex mediateknisk utrustning, vilket är felaktigt. Det är en konventionell utrustning för att diska instrument m.m. och autoklav för att sterilisera utrustningen. Tekniken har använts i många år.

Landstinget anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget tydliggörs att studiebesök som inte genomförs p.g.a. leverantörens underlåtenhet trots anmodan från upphandlande myndigheten, medför att produkten inte kommer att utvärderas. Det har därför ålegat KEN att uppställa offererad utrustning. Landstingets referensgrupp ansåg dock att det gick att utvärdera KEN:s demonstrerade utrustning som stod uppställd i Tyskland. I annat fall hade anbudet förkastats. Om KEN:s provuppställda utrustning avvek från den offererade ligger detta KEN till last.

Upphandlingen annonserades som ett öppet förfarande enligt 4 kap. 1 § 1 st. LOU. Eftersom det inte inkommit något lämpligt anbud beslutades att övergå till ett förhandlat förfarande utan föregående annonsering med stöd av 4 kap. 5 § 1 LOU. Man bjöd därför in de två anbudsgivarna som kvalificerat sig till att delta i förhandlingen. Det är en komplex medicinskteknisk utrustning som måste fungera ändamålsenligt. Efter genomgång av inkomna anbuden i utvärderingen samt studiebesök vid referensanläggningarna stod det klart att verksamhetsbehovet inte fullt motsvarades av det offererade. Det var dessutom omöjligt att likställa de lämnade anbuden med varandra, utan att göra en fördjupad genomgång med respektive anbudsgivare. KEN:s anbud var inte lämpligt för att bolaget underlåtit att offerera glasväggar och insatser av lämpligt utförande. Samma sak gällde i vissa avseenden även Getinges anbud i kombination med bolagets pris. I förstaskedet, d.v.s. det öppna förfarandet kunde bara själva maskinerna specificeras eftersom det inte var möjligt att fullt ut förutse vilka övriga nödvändiga tillbehör som skulle komma att behövas för att på plats med fullständiga, funktionella konfigurationer och utrustningslösningar. Genom övergången till förhandlat förfarande kunde ytterligare produkter som visat sig nödvändiga plockas in i den mer detaljerade förfrågan. Denna tillställdes anbudsgivarna tillsammans med meddelandet att det öppna förfarandet övergått till förhandlat förfarande. Omfattningen av dessa nödvändiga tillbehör kunde inte förutses när det ursprungliga förfrågningsunderlaget togs

fram. Den slutgiltiga omfattningen styrs av anbudsgivarnas offererade lösningar. Det var därför nödvändigt att övergå till förhandlat förfarande för att kunna specificera det fullständiga behovet. Båda anbudsgivarna har behandlats lika och förfarandet har skett i enlighet med LOU. Förhandlat förfarande med föregående annonsering hade nog även var möjlig att tillämpa redan från början. Detta med anledning av föremålets komplexitet. Det skedde dessutom inga väsentliga förändringar under upphandlingsförfarandets gång. Landstinget har inte bytt upphandlingsform flera gånger under upphandlingens genomförande. Tilldelningsbesked meddelades efter övergången till förhandlat förfarande. Ett annat alternativ hade varit att avbryta upphandlingen och göra om den.

Avseende påståendet om icke protokollförd muntlig genomgång kan landstinget konstatera att det fullständiga utvärderingsresultatet redovisades i utvärderingsprotokollet som sändes ut tillsammans med tilldelningsbeslutet. KEN har således erhållit erforderliga upplysningar i enlighet med 9 kap. 9 § LOU.

Både KEN och Getinge bereddes tillfälle att justera sina priser. Förhandlingen är dokumenterad och finns utskickad som besvarade reviderade förfrågningar.

Kriterieviktningen har inte varit godtycklig. Dessa har hela tiden varit viktade med fasta procenttal helt i enlighet med 12 kap. 2 § LOU. Det har tillräckligt tydligt framgått vilka underkriterier som tillmätts betydelse. Det fullständiga utvärderingsresultatet redovisades i det utvärderingsprotokoll som tillställdes anbudsgivarna i samband med utskicket av tilldelningsbeskedet. Det har under alla omständigheter stått klart för envar normal, omsorgsfull och aktsam anbudsgivare hur de olika börkraven skulle viktas vid utvärderingen. Att ett av börkraven kommit med vid två olika ställen utgör i sig inte någon formell brist eftersom detta framgått av förfrågnings-

underlaget. Detta verkar KEN även ha varit införstådd med. Det har framgått tillräckligt tydligt och klart vad som skulle komma att tillmätas betydelse vid utvärderingen.

Avseende spårbarhet i förfrågningsunderlagets punkt 2.11.4 är detta krav formulerat för att säkerställa att den önskade funktionaliteten bibehålls. Eftersom KEN:s offererade lösning bedömts uppfylla kravet har KEN i vilket fall vare sig lidit eller riskerat att lida skada i enlighet med 16 kap. 6 § LOU.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada.

Av 16 kap. 6 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten 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.

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.

Enligt 4 kap. 5 § LOU får en upphandlande myndighet använda förhandlat förfarande utan föregående annonsering vid tilldelning av kontrakt som avser byggtreprenader, varor och tjänster om

1. det vid ett öppet eller selektivt förfarande inte lämnats några anbudsansökningar eller inte lämnats några anbud eller inte lämnats några lämpliga anbud och de ursprungliga villkoren för kontraktet inte ändrats väsentligt,
2. det som ska upphandlas av tekniska eller konstnärliga skäl eller på grund av ensamrätt kan fullgöras av endast en viss leverantör, eller
3. det är absolut nödvändigt att tilldela kontraktet, men synnerlig brådska, orsakad av omständigheter som inte kunnat förutses av den upphandlande myndigheten gör det omöjligt att hålla tidsfristerna vid öppet, selektivt eller förhandlat förfarande med föregående annonsering.

Förvaltningsrättens bedömning

Utvärdering av felaktig vara

Det är inte visat annat än att landstinget utvärderat den vara KEN ställt upp samt att den motsvarar offererad vara. Skäl för ingripande till följd av vad KEN nu anfört föreligger därmed inte (jfr Kammarrätten i Jönköpings dom den 18 november 2010 i mål nr 2319-10).

Felaktig övergång från öppet förhandlat till förhandlat förfarande m.m.

När något av de förhållanden föreligger som anges 4 kap. 5 § 1 LOU får den upphandlande myndigheten övergå från ett utannonserat öppet eller selektivt förfarande till ett förhandlat förfarande utan annonsering; detta eftersom syftet med det öppna respektive selektiva förfarandet har förfelats.

Landstinget har härvid lämnat en utförlig beskrivning av de skäl och överväganden som legat till grund för övergången och i huvudsak gjort gällande att det inte inkommit lämpliga anbud samt att det inte varit möjligt att likställa anbuden utan en fördjupad genomgång. De skäl landstinget anfört till stöd för övergången framstår således som sakliga och stöd för att KEN förfördelats i samband härmed saknas. Mot bakgrund härav finner förvaltningsrätten inte att vad KEN fört fram visar att Landstingets agerande skulle strida mot förutsättningarna i 4 kap. 5 § 1 LOU. Förvaltningsrätten finner inte heller att vad KEN i övrigt anfört i denna del ger belägg för att det finns skäl för ett ingripande med stöd LOU.

En otydlig och godtycklig poängsättningsmodell

KEN:s talan måste enligt förvaltningsrättens mening förstås så att bolaget i och för sig inte ifrågasätter de huvud- eller underkriterier som landstinget använt sig av vid utvärderingen av anbuden. Inte heller kan KEN:s talan förstås så att bolaget har några övergripande invändningar mot utvärderingsmodellen som sådan. KEN:s invändningar handlar, i allt väsentligt, snarare om att förfrågningsunderlaget inte beskriver hur poängsättning kommer att ske vid anbudsutvärdering, vilket, enligt KEN, strider mot kraven på transparens och öppenhet.

Mot detta har landstinget, i allt väsentligt invänt, att anbuden har värderats helt i enlighet med förfrågningsunderlaget, att kriterierna varit viktade med procenttal och att det framgått vilka underkriterier som tillmätts betydelse vid värderingen. Enligt landstinget måste det för en omsorgsfull anbudsgivare i vart fall ha varit tillräckligt tydlig hur utvärderingen skulle gå till.

I beaktande av vad KEN fört fram och landstinget genmält, noterar förvaltningsrätten inledningsvis följande.

Upphandlingens förfrågningsunderlag består av administrativa föreskrifter, kravspecifikationer samt en avtalsmall med bilagor. Av punkt 3 i de administrativa föreskrifterna framgår att anbudsprövningen kommer att ske i tre steg. I det första steget kommer vissa obligatoriska krav på anbudsgivaren prövas. I det andra steget kommer vissa obligatoriska krav på varan att prövas. Därefter påbörjas själva anbudsutvärderingen. Såvitt gäller det tredje steget i anbudsprövningen, dvs. anbudsutvärderingen, anges i punkt 3.3 av nämnda föreskrifter att det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet kommer antas med hänsyn till tre utvärderingskriterier: *klinisk lämplighet*, *teknisk lämplighet* och *ekonomisk lämplighet*. Kriterierna är vidare procentuellt viktade. Bedömningsgrunderna såvitt avser de två förstnämnda kriterierna anges därefter i de olika tre kravspecifikationer som bifogats de administrativa föreskrifterna. I föreskrifterna anges, såvitt avser klinisk och teknisk lämplighet, slutligen att en värdering av anbudsvaren kommer att ske med en poängfördelning mellan 1-5 poäng enligt följande:

- 1 poäng = underkänt,
- 2 poäng = godkänt,
- 3 poäng = bra,
- 4 poäng = mycket bra och,
- 5 poäng = utmärkt.

Mot bakgrund av vad som nu framkommit gör förvaltningsrätten följande överväganden.

Som Ken påpekat innehåller förfrågningsunderlaget ingen beskrivning av hur poängsättningen kommer att gå till beträffande de olika utvärderingsmomenten som anges i kravspecifikationerna. Förfrågningsunderlaget saknar således helt information om vad som, givet ett visst utvärderingsmoment, kan tänkas generera en viss poäng. Någon gränsdragning mellan

exempelvis 2 eller 5 poäng, dvs. godkänt eller utmärkt, står således inte att finna.

För en leverantör som lägger anbud i en upphandling som avser nu aktuell utrustning, kan det måhända antas att denne, givet sin branschkunskap, ganska klart kan bedöma vad som – i grova drag – är bra eller dåligt såvitt avser ett visst utvärderingsmoment. Även för en leverantör med sådan kunskap måste det, vilket uppenbarligen är KEN:s uppfattning i målet, emellertid framstå som prekärt att, utan någon som helst vägledning i förfrågningsunderlaget, avgöra var gränsen går mellan exempelvis mycket bra och utmärkt respektive godkänt och bra när det gäller en viss utrustning och ett visst utvärderingsmoment.

KEN har exemplifierat den aktuella problematiken genom att peka på ett flertal underkriterier i kravspecifikationerna som rent konkret får anses belägga det nu sagda. I punkt 2.13 i kravspecifikationen, avseende autoklaver, anges sålunda exempelvis att utrustningen bör vara lämpad och dimensionerad för användningsområdet, ha korta processtider och låg ljudnivå. Utan någon närmare vägledning beträffande på vilka grunder poängsättning kommer att ske i dessa fall, framstår det onekligen som befogat att ifrågasätta huruvida poängsättningsmodellen strider mot kravet på transparens. Landstingets argumentation i målet har samtidigt inte tagit sikte på vad KEN anfört om problemen med den valda poängsättningsmodellen, utan har istället snarast varit en argumentation till stöd för varför utvärderingskriterierna som sådana varit tydliga. Landstingets genmäle träffar således inte riktigt den invändning om bristande transparens som KEN fört fram till stöd för sin talan.

Mot bakgrund av vad som framkommit ovan finner förvaltningsrätten således att KEN, på nu anförd grund, i tillräcklig mån visat att det finns

grund för ingripande enligt LOU, givet att övriga förutsättningar härför är uppfyllda.

Övriga invändningar

Vad KEN i övrigt framfört utgör enligt förvaltningsrättens inte sådana omständigheter som bör föranleda ingripande med stöd av LOU.

Skada

En förutsättning för att domstolen ska ingripa i upphandlingen är att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada av felet i upphandlingen. I beaktande av den åberopsbörda som får anses föreligga i upphandlingsmål, där dispositionsprincipen är starkt uttalad, får det i första hand ankomma på sökanden att på ett tydligt sätt klargöra varför och på vilket sätt omständigheter i målet är sådana att det i lagen föreskrivna skaderekvisitet är uppfyllt (jfr RÅ 2009 ref. 69). När felet i upphandlingen, vilket är fallet i förevarande mål, är av sådant slag att det har påverkat det konkurrensuppsökande skedet, kan sökandens skada förvisso vara mer abstrakt beskriven. Det är således tillräckligt att sökanden kan övertyga domstolen om att felet har påverkat det sätt på vilket leverantören har utformat anbudet och att leverantören, om felet inte förelåg, hade kunnat lämna ett mer konkurrenskraftigt anbud (jfr Andersson m.fl., Lagen om offentlig upphandling – en kommentar, 2013, s. 611).

Mot ovan angiven bakgrund gör förvaltningsrätten följande bedömning.

I förevarande mål har KEN till stöd för att skaderekvisitet är uppfyllt, i allt väsentligt, anfört att bolaget egentligen borde ha rankats högre än Getinge. Denna argumentation vad gäller åsamkad skada är emellertid inte kopplad till det fel i upphandlingen som KEN påtalat – och förvaltningsrätten kon-

staterat – ovan, dvs. att förfrågningsunderlaget inte uppfyller kravet på transparens såvitt avser den tillämpade poängsättningsmodellen. Genom argumentationen sätter KEN istället skadan i relation till ett annat påstått fel i upphandlingen, dvs. att den uppmyndlande myndigheten ska ha behandlat anbudsgivarna olika och åsidosatt likabehandlingsprincipen; vilket det saknas belägg för.

I övrigt har KEN i denna del i princip enbart anfört att bolaget – rent allmänt – gått miste om intäkter eftersom upphandlande myndighet tilldelat ett annat bolag avtalet, vilket givetvis alltid är fallet för den anbudsgivare som placeras på andra eller tredje plats etc.

KEN har i målet således inte fört fram någon egentlig argumentation till stöd för att bolaget, till följd av ovan konstaterad brist i förfrågningsunderlaget, lidit eller kan antas komma att lida skada. Än mindre föreligger någon övertygande argumentation till stöd för att så är fallet. Vid sådana förhållanden kan bolaget, i synnerhet när den upphandlande myndigheten bestrider skada, inte anses ha visat att skaderekvisitet är uppfyllt. Med hänsyn till vad framkommit i målet kan det, enligt förvaltningsrättens mening, inte heller anses uppenbart att bolaget åsamkats sådan skada som bör medföra att ett ingripande från rättens sida framstår som påkallat.

Sammantagen bedömning

Ansökan om överprövning ska av ovan anförda skäl således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109-1D-LOU)

Mattias Håkansson



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping.

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 offentlig part 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 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.

Faint, illegible text or markings in the top left corner of the page.