



LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN
Avdelning 1
Maria Persson

DOM
2010-02-11
Meddelad i
Malmö

Mål nr
11520-09 E

SÖKANDE

Sweorto AB, 556626-1821
Kalendegatan 18
211 35 Malmö

Ombud: Advokat Jesper Sundström
Wistrand Advokatbyrå
Box 11920
404 39 Göteborg

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår Sweorto AB:s ansökan om ingripande med stöd av LOU.

Dok.Id 256963

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00
E-post: lansratteniskane@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Region Skåne genomför en upphandling av dentalt ortodontimaterial (dnr 0900209). Upphandlingen genomförs som en öppen upphandling enligt LOU.

Yrkanden

Sweorto AB (Sweorto) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att 3M Svenska AB:s (3M) anbud förkastas och i andra hand att upphandlingen ska göras om.

Region Skåne bestrider bifall till ansökan.

Länsrättens tidigare beslut i målet

Länsrätten har den 19 november 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

DOMSKÄL

Relevanta bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Härvid gäller att en upphandlande myndighet inte får anta ett anbud som inte uppfyller kraven enligt förfrågningsunderlaget och inte heller göra prövningen mot andra kriterier än dem som fun-

nits med i förfrågningsunderlaget. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan länsrätten pröva om en upphandlande myndighet har brutit mot någon bestämmelse i lagen och, på talan av en leverantör som lidit eller kan komma att lida skada, besluta att en upphandling ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts. Därvid gäller att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Relevanta uppgifter i förfrågningsunderlaget

I förfrågningsunderlaget anges i avsnitt B punkt 10 "Bedömningskriterier" att regionen kommer att anta det anbud som uppfyller ställda krav och som bedöms vara det ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn till följande viktade kriterier:

- | | |
|---|------|
| 1. Funktion/utformning/material | 50 % |
| Utvärderas enligt kravspecifikation bilaga 1. Här avses produktens funktion i uppfyllelse av utformning, säkerhet, förpackningsutformning, anpassning till befintligt system. Och för produktens handhavande i uppfyllelse av kliniskt handhavande och erfarenhet, inklusive tidsaspekten för respektive fabrikat/metod och utformning av bruksanvisning. | |
| 2. Pris | 50 % |

Avtal kommer att tecknas med en (1) leverantör.

I avsnitt E punkt 5 "Varuprov" anges att varuprov lämnas i ett (1) exemplar. För de produkter med fler storlekar, sändes endast en (1) storlek per produkt in.

I bilaga 1 till förfrågningsunderlaget, den produktspecifika kravspecifikationen, anges att skall-formuleringar beskriver krav som måste uppfyllas. Anbud som inte uppfyller ställda skall-krav på en position kommer inte att anses ha produkten för positionen.

För positionerna 1-12 anges bl.a. att produkterna ska vara anpassade till MBT teknik.

För position 8 anges bl.a. att kantbågar bör erbjudas med hakar med goda lödningsegenskaper. Följande anges avseende poängsättning i denna del:

- kraven uppfylls ej 0 poäng
- kraven uppfylls på ett normalt och förväntat sätt 2 poäng
- kraven uppfylls på ett utmärkt sätt 4 poäng

Frågan om det är ett skall-krav att anbudsgivare ska avge anbud på samtliga positioner

Parternas argumentering

Sveorto: Upphandlingen omfattar fyra olika produktgrupper med mellan tre och tolv produkter i varje. Totalt efterfrågas anbud på 29 olika produkter. Regionen kommer att teckna avtal med en leverantör vilket inte kan uppfattas på annat sätt än att en leverantör ska leverera samtliga de produkter som anges i den produktspecifika kravspecifikationen. Eftersom det varken är möjligt för regionen att anta anbud från flera anbudsgivare eller att delvis anta en anbudsgivarens anbud måste förfrågningsunderlaget uppfattas på så vis att det är ett skall-krav att anbudsgivare lämnar anbud på samtliga produkter. 3M har valt att inte lämna anbud på positionerna 5, 9 och 19. Detta innebär att 3M inte har lämnat anbud på drygt 10 procent av de produkter som omfattas av upphandlingen. Det kommer således att finnas ett antal produkter som inte omfattas av det avtal som tecknats med

den anbudsgivare som vann upphandlingen. De produkter som 3M valt att inte offerera representerar en årsförbrukning angiven i förfrågningsunderlaget. Eftersom avtal endast kommer att tecknas med en leverantör kommer förbrukningsbehovet inte att tillgodoses. Att 3M valt att inte lämna anbud på vissa produkter påverkar även poängsättningen vid utvärderingen till fördel för 3M. Genom att utvärdera 3M:s anbud, trots att det inte uppfyllt samtliga skall-krav, har regionen brutit mot likabehandlingsprincipen.

Region Skåne: Upphandlingen omfattar fem olika produktgrupper. 3M har inte offererat produkter för positionerna 5, 9 och 19. Regionen kommer endast att teckna avtal med en leverantör vilket framgår av det annonserade underlaget samt av ett meddelande i denna fråga som lämnades mycket snart efter annonseringen. Anbudsgivare som väljer att inte offerera ett antal positioner riskerar dock att inte uppfylla kravet att produktgrupper som inte uppnår 60 procent av totalpoängen bedöms vara lågpresterande och kommer inte att utvärderas ytterligare. Detta skulle då innebära att anbudet till följd av kraftigt poängbortfall aldrig skulle kunna komma ifråga för avtal. I den produktspecifika kravspecifikationen anges klart och tydligt att anbud som inte uppfyller ställda skall-krav på en position kommer inte att anses ha produkten för positionen. Av detta följer att det inte finns något krav på att avge anbud för samtliga positioner. Tvärtom framgår tydligt att anbud kan avges på endast vissa av de i respektive produktgrupp angivna positionerna. Det är uppenbart att Sveorto önskar att upphandlingen borde omfatta samtliga positioner. Det är fråga om ett ramavtal för tillhandahållande av ett mycket brett produktsortiment. Ett stort antal produkter är således utbytbara mot andra och/eller används vid olika alternativa behandlingsmetoder. En upphandlande myndighet har självständigt att avgöra vad som ska upphandlas och i vilken omfattning. 3M:s anbud uppfyller uppställda skall-krav och ska inte förkastas.

Länsrättens bedömning

Det är ostridigt att regionen endast kommer att teckna avtal med en leverantör. I den produktspecifika kravspecifikationen anges att anbud som inte uppfyller ställda skall-krav avseende en position kommer inte att anses ha produkten för positionen. Det anges således inte att anbud ska avse samtliga positioner. Regionen bestämmer på egen hand vad som ska upphandlas oavsett om konsekvensen därav blir att ett antal produkter inte kommer att omfattas av det aktuella ramavtalet. Därtill har regionen anfört att ett stort antal produkter är utbytbara mot andra och/eller används vid olika alternativa behandlingsmetoder. Enligt länsrätten framgår det inte av förfrågningsunderlaget och kan inte heller uttolkas ur detta att det är ett skall-krav att lämna anbud på samtliga positioner. Regionen har således inte brutit mot likabehandlingsprincipen.

Frågan om skall-kravet att produkterna ska vara anpassade till MBT teknik är oförenligt med LOU

Parternas argumentering

Sweorto: För positionerna 1-12 uppställs skall-kravet att produkterna ska vara anpassade till s.k. MBT teknik. Denna teknik är utvecklad av 3M och förkortningen MBT är ett registrerat varumärke tillhörande 3M. Att använda MBT teknik för att ange vinklar på band/tuber är vanligt förekommande på marknaden. Det är dock inte den enda tekniken. Genom uppställt skall-krav finns det risk för att vissa leverantörer gynnas på ett otillbörligt sätt och att produkter anpassade till de andra teknikerna utesluts från deltagande i upphandlingen eftersom de olika teknikerna inte sinsemellan är anpassade till varandra. Det kan inte uteslutas att om detta skall-krav inte uppställt hade anbudsgivare kunnat offerera produkter till en annan teknik till ett lägre pris. Genom uppställt skall-krav gynnas produkter anpassade till

denna teknik. I den produktspecifika kravspecifikationen framgår att en anbudsgivare uteslutits från utvärderingen bland annat på grund av att delar av de offererade produkterna inte är anpassade till MBT teknik. Genom att inte acceptera likvärdiga produkter som uppfyller liknande alternativa tekniker har regionen åsidosatt principerna om likabehandling och opartiskhet. Att ett flertal anbudsgivare uppfyller kravet på anpassning till MBT teknik förändrar inte denna bedömning.

Region Skåne: Det uppställs inte krav på att offererade produkter ska baseras på MBT teknik, utan endast att produkterna ska vara anpassade här för. Inom ortodonti är det framför allt tre tekniker för produktgrupperna band och brackets/tuber som används och av dessa är det MBT teknik som vinner mest mark både nationellt och internationellt. MBT teknik är en oberoende teknik som inte är kopplad till något specifikt företag eller fabrikat, utan det finns flera leverantörer av ortodontimaterial i Sverige som kan tillhandahålla produkter som passar till tekniken. Regionen har eftersträvat produkter vars användande kan leda till en förbättrad tandhälsa hos befolkningen. Kravet är såväl nödvändigt som proportionerligt. Kravet utgör dock inget teknikkrav för produkten utan endast ett krav på möjlig anpassning till viss arbetsmetodik/behandlingskoncept. Sweorto har offererat en produkt av en tillverkare som är anpassad till MBT teknik och har således uppfyllt skall-kravet.

Länsrättens bedömning

Sweorto har offererat en produkt som är anpassad till MBT teknik. Därmed kan det konstateras att Sweorto har uppfyllt det aktuella skall-kravet. Härav följer att Sweorto inte lidit eller kan komma att lida skada. Vad Sweorto anfört förändrar inte denna bedömning. Länsrätten saknar därmed anledning att pröva Sweortos invändningar vad gäller om regionen åsidosatt principerna om likabehandling och opartiskhet.

Frågan om poängsättningen av bör-kraven är otydlig

Parternas argumentering

Sweorto: Vid poängsättningen av vissa bör-krav tittar regionen endast på om kravet är uppfyllt eller inte. Om bör-kravet uppfylls ges 0,5 poäng och om det inte uppfylls ges 0 poäng. För andra bör-krav tillämpas en tregradig skala där ett bör-krav som inte uppfylls ges 0 poäng, om kravet uppfylls på ett normalt och förväntat sätt ges 1 poäng och om kravet uppfylls på ett utmärkt sätt ges 2 poäng. Det framgår emellertid inte av förfrågningsunderlaget vad som krävs för att produkterna ska uppfylla kravet på ett normalt och förväntat sätt respektive på ett utmärkt sätt. Detta är en brist som gör att anbudsgivare svårligen kan bilda sig en uppfattning om möjligheterna att lämna ett konkurrenskraftigt anbud. Bristen är inte av sådan art att den kan omfattas av den lättnadsprincip som uttrycks i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50. Genom att inte ange grunderna för poängsättningen kan regionen dessutom skönmässigt utvärdera och poängsätta anbuden. Att anbudsgivare haft möjlighet att ställa frågor under anbudstiden förändrar inte denna bedömning. Sweorto har inte vetat vilka produkter som ska offereras, vilket har lett till poängavdrag avseende positionerna 2 och 3. Sweorto hade kunnat offerera produkter som uppfyller bör-kravet på sådant vis att högsta poäng skulle ha erhållits. Detta eftersom produkterna finns i olika storlekar/höjder i Sweortos ordinarie sortiment och då det inte hade påverkat priset att offerera den produkt som regionen poängsatte högst. Den vinnande anbudsgivaren kan dessutom ha haft nytta av oklarheten i förfrågningsunderlaget eftersom denne i dag är leverantör till regionen och haft vetskap om vilka produkter regionen köpt under avtalstiden. Vinnande anbud har haft avsevärt färre poängavdrag vid utvärderingen och vid poängsättningen av produkternas uppfyllelse av bör-kraven. Upphandlingen kan inte anses ha genomförts affärsmässigt.

Region Skåne: För varje produktgrupp anges att bör-kraven utvärderas med hjälp av referensgruppens kunskap och kliniska erfarenhet. Den referensgrupp som deltagit vid utvärderingen är synnerligen väl kvalificerad och utvärderingen har gjorts utifrån deras väl beprövade erfarenhet. Den anlitade referensgruppen har vid utarbetande av upphandlingsunderlaget bedömt vilken vikt som bör tillmätas varje bör-krav, vilket resulterat i att vissa bör-krav tilldelas 0 – 0,5 poäng, vissa tilldelas 0 – 2 poäng och vissa tilldelas 0 – 4 poäng. Vid denna bedömning har även relaterats till årsförbrukningen totalt för respektive produkt. Varje anbudsgivare svarar på egen hand för valet av vilka produkter som offereras. I förfrågningsunderlaget framgår poängintervallet vid utvärderingen för respektive position. Regionen har således på ett tillräckligt transparent och tydligt sätt klargjort förutsättningarna i aktuellt avseende. Den valda utvärderingsmodellen är tillräckligt tydlig för att anbudsgivarna med utgångspunkt i underlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud (se RÅ 2002 ref. 50). Ett flertal anbudsgivare har valt att inkomma med anbud under angivna förutsättningar. Därtill har funnits möjligheter för anbudsgivarna att få svar på frågor under anbudstiden.

Länsrättens bedömning

När en upphandlande myndighet fastställer andra utvärderingskriterier än enbart pris är det ofrånkomligt att kriterierna i viss mån bedöms subjektivt vid utvärderingen. Det går i dessa fall således inte att utforma utvärderingskriterier som inte till någon del innefattar subjektiva värderingar. Det är dock den upphandlande myndigheten som har att utvärdera ingivna anbud. För att gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens ska anses vara uppfyllt krävs att den upphandlande myndigheten så utförligt som möjligt uttrycker vad man kommer att lägga vikt vid i anbudsutvärderingen. Det gäller inte minst vid utvärdering av faktorer som har att göra med tycke och smak, t.ex. estetiska egenskaper eller användar-

vänlighet. I förevarande upphandling anser länsrätten att anbudsgivarna utifrån uppgifterna i förfrågningsunderlaget kunnat bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättningen kommer att ske. Även om bör-kraven ger ett visst utrymme för subjektiva bedömningar är kraven inte så otydligt formulerade eller av så subjektiv karaktär att det strider mot de gemenskrapsrättsliga principerna.

Frågan om poängsättningen är oproportionerlig – uppfyllt skall-krav kontra icke uppfyllt bör-krav

Parternas argumentering

Sweorto: I vald utvärderingsmodell ges samma poängavdrag till produkter som varken uppfyller skall-kraven eller bör-kraven inom en position, som till produkter som uppfyller skall-kraven men inte bör-kraven. 3M har offererat en produkt som inte uppfyller skall-kraven (alternativt avstått från att offerera produkten, position 9) och erhållit 0 poäng. Övriga anbudsgivare har erhållit samma poäng trots att de offererat produkter som uppfyller skall-kraven men inte bör-kravet. Den anbudsgivare som offererar produkter som inte uppfyller skall-kraven drabbas således inte av något särskilt poängavdrag för detta. Poängsättningen är inte proportionerlig och riskerar att missgynna anbudsgivare som vinnlagt sig om att offerera samtliga efterfrågade produkter. Detta är inte förenligt med kravet på affärsmässighet.

Region Skåne: Om ett skall-krav inte uppfylls utdelas över huvud taget inga poäng för positionen. För varje position finns ett flertal bör-krav vilka var för sig vid utvärderingen kan ge mellan 0 – 4 poäng. För utdelande av 0 poäng gäller att kraven inte uppfylls. Endast i det fall samtliga positioners bör-krav inte i någon del uppfyllts utdelas alltså 0 poäng för positionen som helhet. Det rör sig i dessa fall om en så pass undermålig produkt att denna enligt referensgruppens bedömning inte bör tilldelas några poäng.

Om en offererad produkt i någon minsta del uppfyller något bör-krav utdelas däremot poäng. Att poängsättningen i denna del är oproportionerlig är således felaktigt.

Länsrättens bedömning

Upphandlingsprocessen består av två olika delar för vilka olika bestämmelser är tillämpliga; kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. För att ett anbud ska kvalificeras till utvärdering krävs att anbudet uppfyller samtliga uppställda skall-krav. Uppfyllande av skall-krav i kvalificeringen är således inte förenligt med poängsättning utan syftar enbart till att bedöma om en leverantör klarar av att genomföra ett visst upphandlingskontrakt. I utvärderingen bedömer den upphandlande myndigheten anbuderna och tilldelar anbudsgivarna poäng efter hur väl de uppfyller kriterierna. I förevarande upphandling kommer anbud som inte uppfyller skall-kraven avseende en position inte att anses ha produkten för den aktuella positionen, dvs. den produkten kommer inte att utvärderas. För det fall att en produkt kvalificerar sig till utvärdering men inte uppfyller bör-kraven ges helt i enlighet med förfrågningsunderlaget 0 poäng. Det faktum att en anbudsgivare anstränger sig för att offerera samtliga efterfrågade produkter medför inte att vederbörande ska gynnas i förhållande till andra anbudsgivare, utan produkterna ska även under sådana förhållanden uppfylla bör-kraven för att ges poäng. Länsrätten finner inte annat än att regionen har följt den utvärderingsmodell som angivits i förfrågningsunderlaget.

Frågan om inlämnande av varuprov avser samtliga utföranden av offererade produkter

Parternas argumentering

Sweorto: Av förfrågningsunderlaget framgår att varuprov ska lämnas i ett exemplar för varje produkt och att det för produkter med flera storlekar räcker att varuprov lämnas för en storlek per produkt. Kravet på varuprov så som det är uttryckt i förfrågningsunderlaget omfattar inte alla olika utförande av offererade produkter. Sweorto har lämnat varuprov för produkten i position 8 men har inte uppfattat att särskilt varuprov utvisande produktens lödningsegenskaper ska lämnas. Detta framgår inte av förfrågningsunderlaget. Sweorto har fått avdrag med fyra poäng för att varuprov utvisande produktens lödningsegenskaper inte lämnats. Det är inte proportionerligt att avsaknaden av detta specifika varuprov ska leda till poängavdrag på mer än tio procent av totalpoängen för hela produktgruppen. Kravet på att det är viktigt för regionen att kunna undersöka varuprover i fråga om lödningsegenskaper är inget krav som uppställts i förfrågningsunderlaget. Mot denna bakgrund kan upphandlingen inte anses ha genomförts afärsmässigt.

Region Skåne: I den produktspecifika kravspecifikationen anges i position 8 att kantbågar bör erbjudas med hakar med goda lödningsegenskaper. För detta bör-krav anges vidare olika möjliga poäng och vad som krävs för uppfyllelse av respektive poäng. Vidare anges i avsnitt B punkt 10 att funktion, utformning och material ska utvärderas samt att kliniskt handhavande av produkten ska utvärderas. Av avsnitt E punkt 5 framgår att varuprov ska lämnas för samtliga offererade produkter, med undantag för storleksvariationer. Det framgår med all tydlighet att för en produkt för vilken det aldrig inges något varuprov kan inte anbudsgivaren förvänta sig att tilldelas annat än 0 poäng. Regionen anser att det är viktigt att undersöka varuprov för att utröna kvaliteten. Sweorto har fått avdrag med fyra poäng av den aktuella produktgruppens totala 35 poäng. Det råder varken oklarhet i fråga om kravet att inge varuprov eller i fråga om att lödningsegenskaper utvärderas utifrån inlämnade varuprov.

Länsrättens bedömning

Det är ostridigt att varuprov ska lämnas i ett exemplar, dock inte om produkten finns i olika storlekar. Sweorto har anfört att kravet på varuprov så som det är uttryckt i förfrågningsunderlaget inte omfattar alla olika utföranden av offererade produkter. Enligt länsrätten medger inte förfrågningsunderlaget undantag från att lämna in varuprov annat än med avseende på storleksvariationer. Eftersom Sweorto över huvud taget inte har lämnat något varuprov som visar den aktuella produktens lödningsegenskaper kan inte bör-kravet anses vara uppfyllt. Vidare anges det klart och tydligt i positionen att om inte bör-kravet uppfylls ges 0 poäng. Regionen har således haft grund för sin poängsättning.

Sammanfattning

Länsrätten finner att Sweorto inte förmått göra det sannolikt att regionen har brutit mot bestämmelserna i LOU eller mot de grundläggande principerna på sådant sätt att Sweorto har lidit eller riskerat att lida skada. Mot bakgrund av det anförda finns det inte skäl för ingripande enligt LOU. Sweortos ansökan härom ska därför avslås.

Särskilda upplysningar

Länsrättens interimistiska beslut från den 19 november 2009 upphör därmed att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan anvisade besvärstiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Ola Brändström



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Göteborg.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten 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 skall 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 var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.