

**LÄNSRÄTTEN I  
NORRBOTTENS LÄN**

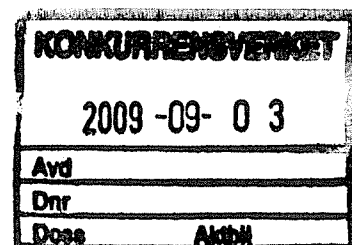
**DOM**  
2009-09-02  
Meddelad i  
Luleå

Mål nr  
1254-09E  
Rotel 2

**SÖKANDE**

Nutricia Nordica Aktiebolag, 556242-0348  
Box 1348  
111 83 Stockholm

Ombud: Advokaten Fredrik Linder  
Hamilton Advokatbyrå  
Box 715  
101 33 Stockholm



**MOTPART**

Norrbottens läns landsting, 232100-0230  
Logistik och upphandling  
971 89 Luleå

**SAKEN**

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

**DOMSLUT**

Länsrätten bifaller Nutricia Nordica Aktiebolags ansökan om överprövning och upphäver tilldelningsbeslutet samt förordnar att Norrbottens läns landsting upphandling av 2009 Nutritionsprodukter, dnr 815-08, vad avser Varukorgen (position 60-110) ska göras om.

Dok.Id 59811

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 849 971 26 Luleå	Skeppsbrogatan 41	0920-29 54 90 E-post: lansratteninorrbotten@dom.se <a href="http://www.dom.se/lansratten_i_norrbottens_lan/">http://www.dom.se/lansratten_i_norrbottens_lan/</a>	0920-29 54 98	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-16:00

## BAKGRUND

Norrbottens läns landsting (NLL) genomförde en upphandling (öppet förfarande) avseende ramavtal på nutritionsprodukter för successiva avrop från en leverantör. Av tilldelningsbeslut den 18 juni 2009 framgår att NLL antagit Fresenius Kabi AB (Fresenius) som leverantör avseende Varukorg 60-110 (Varukorgen). Anbudsgivare på Varukorgen var även Nutricia Nordica Aktiebolag (Nutricia).

I beslut den 26 juni 2009 har länsrätten förordnat att aktuell upphandling, såvitt avser Varukorgen inte får avslutas innan länsrätten beslutat något annat.

## YRKANDEN M.M.

Nutricia har ansökt om överprövning och yrkat att länsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om vad avser Varukorgen. Nutricia har även yrkat interimistiskt verkställighetsförbud.

NLL har medgett Nutricias talan.

## GRUNDER M.M.

### **Nutricia**

NLL:s utvärderingsmodell och respektive utvärderingskriterium avseende Varukorgen i förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU. Nutricia kan komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § första stycket LOU.

Varukorgen ska enligt punkt 2.9.1 i förfrågningsunderlaget utvärderas enligt kriterierna Möte (55 %), Börkrav (10%) och Pris (35 %). Under rubriken poängsättning i punkt 2.9.1 i förfrågningsunderlaget framgår att produkterna som ska utvärderas erhåller en grundpoäng på 100. Vidare anges att den maximala poängen per position ”beror på antalet leverantörer som har offererat för specifik position”. NLL har således valt att göra utvärderingsmodellen för respektive utvärderingskriterium beroende av hur många anbudsgivares anbud som har utvärderats i upphandlingen. NLL anger vidare att ”den leverantör som tilldelats lägsta bedömning på specifik poäng få 10 poäng, och erhåller 110 poäng vilket är grundpoäng enligt ovan.”

Av denna skrivning går således att utläsa att den leverantör som tilldelats lägst poäng avseende ett kriterium i upphandlingen ska tilldelas 110 poäng. Vid jämförelse med utvärderingen framgår att ingen leverantör i upphandlingen har tilldelats 110 poäng. NLL:s förklaring av poängsättningen stämmer således inte överens med hur utvärderingen i praktiken har gått till. Det strider i sig mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Att låta antalet anbudsgivare avgöra vilken anbudsgivare som antas i upphandlingen leder dessutom varken till ett rättvisande resultat eller till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Utvärderingsmodellen i upphandlingen strider således mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Enligt punkt 2.9.1 i förfrågningsunderlaget ska Varukorgen innehålla elva positioner. Vid genomgång av bilagan benämnd ”produktspecifika krav” framgår att det i själva verket endast finns tio positioner som ingår i varukorgen position 60, 80-85 (torde vara en felskrivning då det torde vara 80 och 85 som avses), 90, 95, 65, 70, 75, 105 och 110. En position saknas således. Vidare anges ytterligare två positioner i samband med positionerna

105 och 110. Där anges att även 900 och 911 kommer att utvärderas inom ramen för varukorgen. Om positionerna 900 och 911 ska ingå i varukorgen eller inte är således även det oklart. Mot bakgrund av att det är oklart för anbudsgivarna vilka positioner som ska utvärderas i varukorgen kan förfrågningsunderlaget även på denna grund inte anses uppfylla transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Under rubriken Mötestillfället i förfrågningsunderlaget anges att som en del av utvärderingen kommer de leverantörer som lämnar anbud på varukorgen att få tillfälle att visa de utvalda momenten nedan, direkt för utvärderingsgruppen. (Utvärderingsnamn = möte) och det redovisas vissa närmare angivna moment som utvärderingsgruppen vill se.

I dokumentet Frågor och svar Upphandling 2009 Nutritionsprodukter NLL Nr 4 framgår följande av fråga nr 7: "Fråga: Finns det kriterier för hur deltagarna vid mötestillfället ska bedöma eller poängsätta ett visst moment, eller är det en helt subjektiv uppfattning hos den enskilde deltagaren som avgör vilken poäng som sätts? Svar: De kommer att följa det moment som angivits i förfrågningsunderlaget, och ge poäng från 1-6 beroende på hur de uppfattar presentationen av produkten."

Av förfrågningsunderlaget och Frågor och svar framgår inte vad som ska utvärderas avseende de sju ovannämnda produkterna under utvärderingskriteriet Möte. De moment som redovisas under de ovannämnda punkterna är endast en instruktion för leverantörens presentation inför mötestillfället. Det framgår överhuvudtaget inte av förfrågningsunderlaget hur bedömningen av kriteriet Möte kommer att gå till, vad som kommer att vägas in eller om deltagarna i utvärderingsgruppen får några riktlinjer om hur utvärderingen ska genomföras.

På s. 6 i förfrågningsunderlaget under rubriken Möte 30-60 % framgår att

en poäng vid mötestillfället motsvarar omdömet ”sämst” medan sex poäng motsvarar ”mycket bra”. Dessa två omdömen motsäger varandra på så vis att ordet ”sämst” indikerar en jämförande utvärdering presentationerna emellan, men lydelsen ”mycket bra” inte förutsätter en sådan jämförelse. Det är således oklart huruvida flera leverantörer kan få samma poäng på ett visst moment eller inte. Denna oklarhet föreligger inte bara för leverantörerna utan otvivelaktigt även för utvärderingsgruppen. Skillnaden för totalpoängen kan bli stor beroende på om t.ex. samtliga leverantörer kan få sex poäng på ett visst moment eller om endast en leverantör kan få sex poäng.

Det har på grund av vad som anförts ovan varit omöjligt för Nutricia och övriga anbudsgivare att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse avseende kriteriet Möte och hur poängsättningen vid mötestillfället ska gå till. Utvärderingskriteriet Möte strider uppenbarligen mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

I punkt 2.9.1 i förfrågningsunderlaget under rubriken Möte 30-60 % framgår bl.a. följande: ”Siffrorna från samtliga deltagare kommer att slås ihop och poängen kommer att utvärderas mot procenten som i detta fall är 55 %. Ex om sex deltagare tillsammans fått ihop 36 poäng för en leverantör kommer denna leverantör att få 36 poäng viktat mot 55 %.”

Av Frågor och svar framgår följande av fråga nr 5: ”Fråga: är det riktigt uppfattat att totalpoängen för utvärderingskriterierna ”Möte, ”Bör-krav” och ”Pris” är beroende på antalet deltagande anbudsgivare? Är detta i sådant fall förenligt med förutsebarhetsprincipen? Svar: Gäller inte för utvärderingskriteriet Möte [...]”.

Av utvärderingen framgår att total poäng från deltagarna i utvärderingsgruppen uppgår till 790 poäng för Nutrica och 893 poäng för Fresenius. Enligt vad som framgår av förfrågningsunderlaget och av Frågor och svar

ska denna poäng viktas till 55 % och inte vara beroende av antalet deltagande anbudsgivare. Av sista sidan i Utvärderingen framgår dock att totalpoängen från deltagarna i utvärderingsgruppen inte viktats till 55 % utan istället bytts ut mot en totalpoäng från 120-140 poäng, vilket innebär att utvärderingskriteriet Möte gjorts beroende av antalet anbudsgivare, trots NLL:s svar på fråga 5 i frågor och svar.

NLL har således i Utvärderingen av kriteriet Möte frångått såväl vad som framgår av förfrågningsunderlaget som av frågor och svar. Detta bekräftar ytterligare den betydande otydlighet som präglar utvärderingskriteriet Möte och hela utvärderingsmodellen och strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Av mötesprotokoll över mötestillfällena med Nutricia, Fresenius och Nestlé framgår bl.a. följande. Nutricia har en totalpoäng om 796 poäng. Fresenius har en totalpoäng om 895 poäng och Nestlé har en totalpoäng om 840 poäng. Totalpoängen stämmer inte överens med den totalpoäng som anges i utvärderingen avseende någon av dessa tre anbudsgivare. I utvärderingen anges Nutricias totalpoäng till 790, Fresenius till 893 och Nestlés till 839. Detta bekräftar att utvärderingsmodellen strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

NLL anger i punkt 2.9.1 i förfrågningsunderlaget som ett exempel att om det är fyra leverantörer som lämnar anbud är den maximala tilläggs-poängen 40 poäng. NLL förklarar modellen med följande formel: 110 poäng (grundpoäng) + 4 (leverantörer) x 10 = 150 poäng.

När det gäller utvärderingen av pris anges på s. 7 i förfrågningsunderlaget under rubriken Pris 40-100 % att när fyra leverantörer lämnar anbud erhåller den leverantör med lägsta pris 150 poäng och de med högre pris erhåller 140 poäng, 130 poäng, respektive 120 poäng. Av detta exempel fram-

står det som att den lägsta poäng som kan erhållas i upphandlingen är 120 poäng. Vad som anges på s. 7 i förfrågningsunderlaget under rubriken pris 40-100 % strider mot det som anges på s. 6 i punkt 2.9.1 i förfrågningsunderlaget att den leverantör som tilldelas den lägsta bedömningen på en specifik position ska erhålla 110 poäng. Denna oklarhet innebär att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kan tolka kriteriet Pris på olika sätt. Kriteriet Pris strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Då det är tre leverantörer som har inkommit med anbud i upphandlingen borde den angivna formeln för utvärdering se ut som följer baserat på vad som anges på s. 6 i punkt 2.9.1 i förfrågningsunderlaget: 110 poäng (grundpoäng) + 3 (leverantörer) x 10 = 140 poäng.

Vid genomgång av utvärderingen av pris ska det för det fall exemplet på s. 6 i förfrågningsunderlaget i punkt 2.9.1 tillämpas leverantören med lägst pris erhålla 140 poäng, näst lägst pris 130 poäng och därefter lägst pris 120 poäng. Nutricia har lägst pris och har därför erhållit 140 poäng. Nestlé har näst lägst pris och skulle därför ha erhållit 130 poäng istället för 133,41 poäng. Fresenius har högst pris och skulle ha erhållit 120 poäng enligt modellen ovan, eller 110 poäng enligt vad som anges på s. 6 i punkt 2.9.1 i förfrågningsunderlaget. Trots skrivningarna i förfrågningsunderlaget har NLL tilldelat Fresenius 128,79 poäng. Fresenius har således erhållit för hög poäng oavsett vilken av de två utvärderingsmodellerna för Pris i förfrågningsunderlaget som tillämpas. Detta bekräftar att utvärderingskriteriet Pris är fullständigt oklart och att det strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Såsom angetts ovan har NLL valt att göra poängsättningen beroende av antalet deltagande leverantörer i upphandlingen. Denna modell gör att an-

talet leverantörer i upphandlingen kan påverka vilken leverantör som tilldelas kontrakt i upphandlingen.

För att exemplifiera detta kan följande jämförelse vad gäller utvärderingskriteriet Pris göras: I exemplet utgår vi från utvärderingen som har skett i Upphandlingen med tre anbudsgivare. Om istället fem anbudsgivare hade inkommit med anbud hade poängskalan blivit 110 till 160 poäng. Vi utgår vidare från att Nutricias, Nestlés och Fresenius pris är oförändrade, men att övriga anbudsgivares pris placerar sig mellan Nutricias och Nestlés anbud. Då Nutricia har lägst pris skulle Nutricia i ett sådant fall ha erhållit 160 poäng. De nya anbudsgivarna skulle ha erhållit 150 poäng respektive 140 poäng och Nestlé och Fresenius skulle ha erhållit 130 poäng respektive 120 poäng.

Av en viktad utvärdering av pris enligt exemplet med fem anbudsgivare framgår att trots att Nestlés, Nutricias och Fresenius anbud i exemplet är identiska med anbuderna som anbudsgivarna inkommit med i upphandlingen, påverkas resultatet dramatiskt av att antalet anbudsgivare förändras från tre till fem. Genom att ytterligare två anbudsgivare tillkommer har vinnande anbudsgivare blivit en annan. En sådan prisutvärderingsmodell strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

I punkt 2.9.1 i förfrågningsunderlaget anges längst ned på s. 6 i underrubriken att varje börkrav är värt tio poäng. Vidare anges på s. 7 i förfrågningsunderlaget under rubriken Börkrav 10-30 % att den produkt som uppfyller samtliga börkrav erhåller maxpoäng. Vid genomgång av antalet börkrav avseende Varukorgen framkommer att det finns 19 börkrav, se markeringar i Produktspecifika krav, bilaga 7. Mot bakgrund av vad som anges i förfrågningsunderlaget borde den maximala poängen för börkraven i upphandlingen vara  $19 * 10 = 190$  poäng. På s. 7 i förfrågningsunderlaget under rubriken Börkrav 10-30 % anges dock vidare följande: "Ex. 4 st le-



verantörer har lämnat anbud. På denna position finns 4 börkrav. Produkt 1 uppfyller samtliga börkrav, får 150 poäng. Produkt 2 uppfyller 3 av börkraven, får 140 poäng. Produkt 3 uppfyller 2 av börkraven, får 130 poäng. Produkt 4 uppfyller 1 börkrav, får 120 poäng (min poäng)".

Detta exempel överensstämmer inte alls med vad som angivits dessförinnan på s. 6-7 i förfrågningsunderlaget. Där angavs att varje börkrav ska representera tio poäng. Detta går heller inte ihop med hur utvärderingen i Upphandlingen har gått till mot bakgrund av att den anbudsgivare som uppfyller flest börkrav, 16 stycken (Fresenius), har erhållit 140 poäng och de anbudsgivare som uppfyller 13 börkrav har erhållit 130 poäng vardera (Nutricia och Nestlé). Utvärderingskriteriet Börkrav är således mycket oklart i förfrågningsunderlaget och det går inte att förutse för en normalt informerad och omsorgsfull anbudsgivare hur utvärderingen kommer att ske. Detta bekräftas av att den utvärdering av börkraven som skett inte har stöd i förfrågningsunderlaget. Utvärderingskriteriet Börkrav i förfrågningsunderlaget strider mot transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Om utvärderingsmodellen varit förenlig med LOU skulle Nutricia ha kunnat antas som leverantör i upphandlingen. Nutricia kan därmed komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 § första stycket LOU.

## **NLL**

NLL kan medge att det finns formuleringar i förfrågningsunderlaget som kan tolkas som att brister föreligger enligt LOU. Dessa brister består av felskrivningar och mindre bra formuleringar. Dessa har dock inte haft någon påverkan på den gjorda utvärderingen eller valet av leverantör för position 60-110. Det mest effektiva är dock att medge Nutricias yrkande om att upphandlingen ska göras om avseende nämnda positioner.

## TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. 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.

Enligt 12 kap. 1 § LOU ska en upphandlande myndighet anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet ska i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

Enligt 12 kap. 2 § LOU ska den upphandlande myndigheten ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Enligt tredje stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att 1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till

anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller 2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att rätten ska 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 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit eller kan komma att lida skada.

### DOMSKÄL

Det som har framkommit i målet ger stöd för att det i förfrågningsunderlaget förekommer motsägelser och andra brister bl.a. vad gäller transparensen av utvärderingskriteriet möte, som i vart fall sammantagna innebär att förfrågningsunderlaget blivit så pass otydligt att det får anses stå i strid med 1 kap. 9 § LOU. Med hänsyn till vad Nutricia anfört kan det även ifrågasättas om utvärderingsmodellen där poängsättningen är beroende av antalet deltagande leverantörer är förenlig med LOU, något som Nutricia hävdar men NLL inte bemött.

Nutricia får anses kunna komma att lida skada i den mening som avses i 16 kap. 2 §§ LOU.

Eftersom bristerna är hänförliga till upphandlingens konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen, i aktuell del, göras om. Länsrätten bifaller således Nutricias talan.

Länsrätten noterar – till följd av utgången i målet – att domen även innebär ett omedelbart förbud för NLL att fortsätta upphandlingen i aktuell del.

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



Eva Beselin



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

**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.