

**LÄNSRÄTTEN I
NORRBOTTENS LÄN**

DOM
2009-08-13
Meddelad i
Luleå

Mål nr
901-09E
Rotel 2

SÖKANDE

Smith & Nephew Aktiebolag, 556198-8345
Box 143
431 22 Mölndal

Ombud: Advokaten Henrik Seeliger
Advokatfirman Lindahl KB
Box 11911
404 39 Göteborg

MOTPART

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

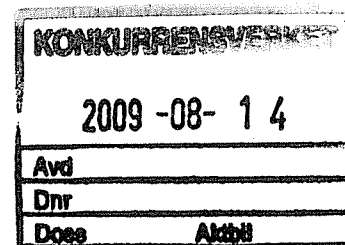
SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten bifaller Smith & Nephew Aktiebolags ansökan om överprövning på så sätt att Norrbottens läns landstings upphandling ”2008 Sårvård och förbandsprodukter” avseende position 60-64 ska göras om.

Länsrätten upphäver det interimistiska förordnandet avseende position 65-66 i beslutet den 8 maj 2009.



Dok.Id 57262

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

BAKGRUND

Genom öppet förfarande upphandlade Norrbottens läns landsting (NLL) ramavtal på ”2008 Sårvård och förbandsprodukter”. Anbudsgivare på position 60-64 var Smith & Nephew Aktiebolag (Smith & Nephew) och Mölnlycke Healthcare AB (Mölnlycke). Anbudsgivare på position 65 och 66 var Mölnlycke. Enligt motivering till tilldelningsbeslut den 16 april 2009 beslutade NLL att anta anbud från Smith & Nephew avseende positionerna 60-64 och anbud från Mölnlycke avseende positionerna 65-66. Enligt rättat tilldelningsbeslut den 28 april 2009 beslutade NLL att istället för anbud från Smith & Nephew anta anbud från Mölnlycke avseende positionerna 60-66.

Länsrätten beslutade den 8 maj 2009 att NLL:s upphandling avseende ”2008 Sårvård och förbandsprodukter” i den del den avser positionerna 60-66 inte får avslutas innan länsrätten beslutat något annat.

YRKANDEN M. M.

Smith & Nephew Aktiebolag

Smith & Nephew har ansökt om överprövning och yrkat

- i första hand att länsrätten ska förordna att upphandlingen ska rättas på så sätt att utvärderingen avseende position 60-64 ska göras om, varvid NLL inte får tillämpa kravet på att produkterna som offereras avseende dessa positioner ska ha ett silikonytskikt,
- i andra hand att upphandlingen ska göras om vad gäller position 60-63, samt att upphandlingen ska rättas avseende position 64 på så sätt att NLL ska utvärdera position 64 separat,
- i tredje hand att upphandlingen avseende positionerna 60-64 ska göras om,

- i fjärde hand att upphandlingen avseende positionerna 60-66 ska göras om.

Norrbottens läns landsting

NLL har motsatt sig bifall till ansökan.

GRUNDER

Smith & Nephew Aktiebolag

Förstahandsyrkandet

NLL har i förfrågningsunderlaget uppställt ett krav med innebörd att de sårförbandsprodukter som offereras på positionerna 60-66 i upphandlingen ska ha ett silikonytskikt. Kravet strider mot den grundläggande principen om proportionalitet. Det finns sårförbandsprodukter utan silikonytskikt som är likvärdiga med eller bättre än produkter med silikonytskikt i alla avseenden. Dessutom finns, Smith & Nephew veterligen, endast en leverantör på marknaden som tillverkar och säljer sårförband med silikonytskikt avseende positionerna 60-66, Mölnlycke. Det aktuella kravet innebär således i praktiken att upphandlingen skraddarsyfts för Mölnlycke och att ingen annan leverantör har möjlighet att erhålla kontraktet avseende dessa positioner (sökandens punkt 2.1.1).

Landstinget har utvärderat positionerna 60-66 gemensamt trots att det i förfrågningsunderlaget anges att varje position ska utvärderas för sig. Detta har medfört att Smith & Nephew erhållit en lägre poäng avseende utvärderingskriteriet "sortimentsbredd" än Mölnlycke, trots att Smith & Nephew rätteligen borde ha erhållit samma poäng som Mölnlycke avseende posi-

tionerna 61-63 och en högre poäng än Mölnlycke avseende positionerna 60 och 64 vad gäller detta utvärderingskriterium (sökandens punkt 2.1.2).

NLL:s förfarande står i strid med de grundläggande EG-rättsliga principerna om proportionalitet, likabehandling och transparens och därmed även med 1 kap. 9 § LOU. Ovannämnda överträdelser av LOU är av allvarlig art och har medfört skada eller i vart fall risk för skada för Smith & Nephew.

Andrahandsyrkandet

Samma grund åberopas som för förstahandsyrkandet med följande tillägg. Av förfrågningsunderlaget framgår att varje position ska utvärderas var för sig. Landstinget har emellertid utvärderat positionerna 60-66 gemensamt. Den produkt som Smith & Nephew offererat avseende position 64 har ett silikonytskikt. Om utvärderingen hade skett per position skulle Smith & Nephews anbud avseende position 64 ha antagits då detta är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i denna del.

Tredjehandyrkandet

Samma grund åberopas som för förstahandsyrkandet

Fjärdehandsyrkandet

Samma grund åberopas som för förstahandsyrkandet punkt 2.1.1.

Norrbottens läns landsting

NLL har inte åsidosatt bestämmelserna i LOU eller EG-direktiven om offentlig upphandling. Det föreligger därmed inte några skäl för rättelse eller att göra om upphandlingen varför Smith & Nephews ansökan ska avslås.

UTVECKLING AV TALAN

Smith & Nephew Aktiebolag

NLL har föreskrivit att de sårförband som efterfrågas på position 60-66 ska ha silikonytskikt. Kravet är oproportionerligt och står i strid med såväl LOU som upphandlingsdirektivet. Det finns produkter, däribland Smith & Nephews ALLEVYN Gentle, som i alla avseenden är likvärdiga eller bättre än produkter med silikonytskikt. ALLEVYN Gentle har bättre förmåga att hantera sårvätska än Mölnlyckes produkt, har likvärdig vidhäftningsförmåga, lämnar inga häftrester vid borttagning, har likvärdiga egenskaper vad gäller upplevd smärta vid borttagning och vad gäller trauma på underliggande hud samt kan i övrigt användas i samma situationer som en sårförbandsprodukt med silikonytskikt. Huruvida ett sårförband har ett silikonytskikt eller inte har överhuvudtaget inget samband med dess kvalitet eller egenskaper.

NLL:s syfte har rimligen varit att upphandla ett sårförband som har goda egenskaper vid hantering av sårvätska, vidhäftningsförmåga, häftrester vid borttagning, upplevd smärta vid borttagning och vad gäller trauma på underliggande hud. För att uppnå detta syfte fordras inte ett sårförband med silikonytskikt.

Det uppställda kravet är uppenbarligen inte en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Att en produkt har ett silikonytskikt innebär inte per automatik att produkten har goda egenskaper i ovanstående avseenden. Kravet står därför i strid med proportionalitetsprincipen. Att uppställa det aktuella kravet är heller definitivt inte en nödvändig åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. Även på denna grund står kravet i strid med proportionalitetsprincipen.

Det är dessutom, vad Smith & Nephew känner till, endast en leverantör på marknaden som tillverkar och försäljer sådana förband som efterfrågas på positionerna 60-63 med silikonytbehandling. Upphandlingen synes i denna del skraddarsydd för Mölnlycke och tar inte tillvara den konkurrens som faktiskt finns på marknaden. Den negativa effekt det uppställda kravet får på det intresse den rättighet som åtgärden inskränker (att likvärdiga produkter utesluts och att konkurrensen på marknaden helt slås ut), är således även oproportionerligt och överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Det står således i strid med LOU att tillämpa det aktuella kravet.

Förfrågningsunderlaget stadgar att varje position ska utvärderas för sig. NLL har emellertid i strid med förfrågningsunderlaget utvärderat positionerna 60-66 gemensamt. Eftersom Smith & Nephews inte offererat några produkter på positionerna 65-66 har Smith & Nephews anbud erhållit en lägre poäng i denna del än vad som annars skulle ha varit fallet. Smith & Nephew har offererat det lägsta priset avseende positionerna 60-64 och ska därför erhålla högst poäng avseende utvärderingskriteriet "lägsta pris" avseende dessa positioner.

Avseende position 60 och 64 ska Smith & Nephew även erhålla högst poäng avseende utvärderingskriteriet "Sortimentsbredd", då Smith & Nephew offererat flest antal produkter avseende dessa positioner. Avseende position 61-63 ska Smith & Nephew erhålla samma poäng som Mölnlycke avseende "sortimentsbredd", eftersom Smith & Nephew och Mölnlycke offererat samma antal produkter avseende dessa positioner. Smith & Nephew skulle således ha vunnit upphandlingen avseende positionerna 60-64 om utvärderingen skett på ett korrekt sätt.

I detta sammanhang vill Smith & Nephew framhålla att bolaget skulle ha vunnit upphandlingen avseende position 60-66 även om länsrätten inte skulle dela Smith & Nephews uppfattning om att utvärderingen borde ha

skett per position. Under förutsättning att länsrätten finner att kravet på silikonytskikt står i strid med LOU skulle Smith & Nephew rätteligen ha vunnit upphandlingen, jmf tilldelningsbeslut 1.

Om NLL inte hade uppställt det oproportionerliga och otillåtna kravet om att produkterna under position 60-66 ska ha silikonbeläggning skulle Smith & Nephew ha vunnit upphandlingen vad gäller positionerna 60-64. Med hänsyn till bristernas karaktär bör upphandlingen i första hand rättas.

Under alla förhållanden skulle Smith & Nephew ha vunnit upphandlingen avseende position 64 om inte NLL utvärderat positionerna 60-66 gemensamt och i denna del bör upphandlingen därför under alla förhållanden rättas.

Norrbottens läns landsting

Efter prövning och utvärdering av inkomna anbud antog NLL Smith & Nephew som leverantör på positionerna 60-64. Efter påtalande från en anbudsgivare att flertalet av de produkter som antagits på positionerna 60-64 inte uppfyllde ställt ska-krav begärde NLL förklaring av Smith & Nephew. Smith & Nephew bekräftade att produkterna som offererats i produktgruppen 60-66, förutom de som offererats på position 64, inte uppfyllde kravet på silikonytskikt. Med anledning av detta gjorde NLL en ny prövning och utvärdering av positionerna 60-66, varvid NLL konstaterade att de produkter som Smith & Nephew offererat på positionerna 60-63 inte uppfyllde ställt ska-krav och därmed inte heller skulle utvärderas. Den nya utvärderingen resulterade i att Mölnlyckes anbud antogs på positionerna 60-66.

NLL har i positionerna 45-73 efterfrågat fyra olika slags polyeretanskumförband. Position 45-54 avser generella förband. Position 55 är ett förband som ska vara genomsläppligt för vattenånga. Position 60-66 avser förband

som har ett silikonytskikt. Position 70-73 avser förband som har sårupprensande faktor och smärtstillande effekt. Dessa fyra förbandsgrupper har efterfrågats för att täcka patienters olika behov av förband.

Kravet på silikonytskikt för de produkter som offereras under positionerna 60-66 är ytterst relevant och behövligt för att kunna lägga ett förband på patienter som har känslig hud och inte kan ha de andra alternativen av förband. Ska-kravet har därmed ett naturligt samband med och står i proportion till det behov som ska täckas. Kravet på att vissa förband ska ha ett silikonytskikt är ett vanligt förekommande krav i den här typen av upphandlingar.

Av förfrågningsunderlaget s. 6 framgår hur kriteriet sortimentsbredd ska bedömas och poängsättas. Maxpoäng får den leverantör som har största sortimentet på den produktgrupp som utvärderas. Det framgår också av exemplet som visas under kriteriet att desto fler produkter som offererats i anbudet under samma produktgrupp desto högre poäng. Smith & Nephew har endast fyra offererade produkter som under position 60-66 uppfyller ställt ska-krav, vilket innebär att Smith & Nephew inte har erhållit lika hög poäng för kriteriet sortimentsbredd som Mölnlycke. Smith & Nephew har endast offererat godkända produkter på position 64. Antagen leverantör har däremot offererat godkända produkter på samtliga positioner (60-66). Den genomförda prövningen och utvärderingen av offererade produkter under positionerna 60-66 är korrekt gjord. De produkter som Smith & Nephew offererat på positionerna 60-63 uppfyller inte ställt ska-krav och tas därför rätteligen inte med i utvärderingen. NLL har i enlighet med vad som beskrivits i förfrågningsunderlaget utvärderat varje position för sig utifrån de utvärderingskriterier som angivits för respektive produktgrupp.

Smith & Nephew Aktiebolag

Det är riktigt att sårförband med silikonytskikt är lämpliga avseende patienter med känslig hud. Utvecklingen på området har emellertid gått framåt och det finns numera andra förband, såsom de av Smith & Nephew offererade, som är bättre eller i vart fall likvärdiga vad gäller patienter med ömtålig hud. Smith & Nephew noterar att NLL inte förklarar i vilka avseenden NLL menar att de av Smith & Nephew offererade produkterna är mindre lämpliga än förband med silikonytskikt. Frågan som kvarstår är således; i vilka avseende menar NLL att ALLEVYN Gentle är mindre lämplig än sårförband med silikonytskikt, avseende patienter med ömtålig hud? Smith & Nephew kan av NLL:s inlägga överhuvudtaget inte utläsa att NLL påstår att ALLEVYN Gentle är mindre väl lämpad för patienter med ömtålig hud än förband med silikonytskikt som Mepilex.

Smith & Nephew konstaterar att förfrågningsunderlaget synes lämna motstridiga uppgifter om hur utvärderingen ska ske. Om länsrätten skulle finna att det av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen ska ske på det sätt som NLL nu hävdar menar Smith & Nephew att utformningen av utvärderingskriteriet "sortimentsbredd" i sig strider mot proportionalitetsprincipen. Utvärderingskriterier ska syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. NLL:s tillämpning av kriteriet får orimliga konsekvenser. Varför ett anbud avseende position 64 ska erhålla en högre poäng än ett annat anbud avseende samma position endast på grund av att den anbudsgivare som avgivit det första anbudet offererat fler positioner inom produktgruppen än den senare kan Smith & Nephew svårligen förstå. Kriteriet "sortimentsbredd" har, med NLL:s tolkning, ingen som helst bäring på huruvida anbuden är ekonomiskt fördelaktiga eller inte. Kriteriet kan inte ens motiveras med lägre transportkostnader då hänsyn endast tas till om anbud lämnats på ytterligare positioner, inte till om anbudet avseende dessa ytterliga produkter faktiskt antagits. Vilket godtagbart syfte en sådan

utvärderingsmodell har kan Smith & Nephew svårligen se. Under alla förhållanden är inte en sådan utvärderingsmodell en nödvändig och effektiv åtgärd för att nå det eftersträvade syftet. Smith & Nephew hänvisar i detta sammanhang till vad som anförts om proportionalitetsprincipen i ansökan om överprövning.

Norrbottens läns landsting

Det är den upphandlande myndigheten som utifrån sitt behov anger vilka krav efterfrågade varor ska uppfylla. Det är den upphandlande myndigheten som väljer utvärderingsform. När den väljer "det ekonomiskt med fördelaktiga anbudet" ska den ange vilka kriterier som ska tillmätas betydelse. Utvärderingsformen signalerar att det är fler faktorer än priset som ska beaktas. NLL har antagit det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet på positionerna 60-66.

BEVISNING

Smith & Nephew

Smith & Nephew har som skriftlig bevisning åberopat poster publicerad på SAWC (Symposium on Advanced Wound Care) den 26-29 april samt jämförande studie mellan bland andra Allevyn Gentle och Mepilex.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGETS INNEHÅLL

Av aktuellt förfrågningsunderlag med bilaga framgår bl.a. följande.

1.9 Ramavtal

Efter underrättelse om beslut och aktuell tidsfrist löpt ut kommer ramavtal att tecknas med antagen leverantör för specifik produkt/vara.

2.2 Obligatoriska krav (ska-krav)

Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav (ska-krav). Dessa är markerade med fetstil "ska". Av anbudet ska framgå att samtliga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna antas är att ska-kraven är uppfyllda.

2.6 Helt eller delat anbud

Anbud kan lämnas för hela eller delar av leveransen. Den upphandlande myndigheten har rätt att anta lämnade anbud i sin helhet eller i delar.

2.9 Prövning och utvärdering av anbud

Prövning och utvärdering av anbud sker i tre steg:

1. Kontroll av leverantören för eventuell uteslutning och/eller lämplighet enligt 11 kap. 11 § LOU.
2. Prövning av obligatoriska krav, ska-krav.
3. Utvärdering av anbud.

I steg 3 utvärderas endast de anbud som uppfyllt såväl kvalificeringsfasen (steg 1) som de obligatoriska kraven (steg 2).

2.9.1 Utvärdering av anbud - utvärderingskriterier

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller punkterna 1 och 2 enligt ovan, kommer det/de anbud att antas som är det/de för NLL ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till följande viktade utvärderingskriterier.

Poängsättning

Produkterna som har gått till utvärderingsfasen erhåller en grundpoäng på 100. Max poäng per position beror på antalet leverantörer som har offererat för specifik position. Varje leverantör är värd tio poäng. Den leverantör som tilldelas lägsta bedömning på specifik vara/produkt får tio poäng.

I bilagan 1 "produktspecifika krav" anges vilka utvärderingskriterier som utvärderas för den enskilda positionen. Utvärderingskriterierna kommer att stå till höger om kravet för respektive position. Utvärderingen kommer att göras per position.

Utvärderingskriterier enligt nedan:

Varje börkrav är värt tio poäng.

Börkrav 20-40 procent.

Maxpoäng får den produkt som uppfyller samtliga bör-krav. Bör-krav kommer att stå specificerade per position i bilaga produktspecifikakrav. Bör-kraven kommer att utvärderas per position om inte annat anges.

Sortimentsbredd 20-40 procent

Vid bedömningen av likvärdiga produkter kommer vi att anta den leverantör som vi antagit flest produkter av.

Maxpoäng får den leverantör som har största sortimentet på den produktgrupp som utvärderas. Den som har näst störst sortiment får tio poäng mindre. Minst sortiment ger 110 poäng (min poäng)

Ex. 4 st leverantörer har lämnat anbud

Leverantör 1 har lämnat på flest positioner, få 140 poäng.

Leverantör 2 har lämnat på mindre positioner än leverantör 1, får 130 poäng.

Leverantör 3 har lämnat på mindre positioner än leverantör 2, får 120 poäng.

Leverantör 4 har lämnat på minst antal positioner, får 110 poäng (min poäng).

Funktion 20-40 procent

Förklaringen på Funktionen som utvärderas kommer att stå under respektive position i excel-filen produktspecifikakrav.

Pris 30-70 procent

Priset kommer att vara 100 procent på de positioner där utvärderingskriteriet enbart är lägsta pris. Vid flera utvärderingskriterier på positionen så kommer priset att procentsättas enligt ovan 30-70 procent.

Produktspecifika krav

Funktion 35 procent, sortimentsbredd 30 procent, lägsta pris 35 procent

Pos 60-66 Polyuretanskumförband. **Ska** vara mjukt med silikonytskikt.

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 iaktas.

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

Smith & Nephew har hävdat att kravet på silikonytskikt står i strid med proportionalitetsprincipen.

Det är den upphandlande myndigheten som utifrån sitt behov avgör vilka krav efterfrågade varor ska uppfylla. En förutsättning är dock att kraven är relevanta för upphandlingen och tillämpningen i det enskilda fallet inte strider mot EG-rättsliga principer. En sådan princip är proportionalitetsprincipen. Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än vad som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kraven måste således ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas. En uppgift som diskvalificerar en leverantör måste vara relevant för den aktuella upphandlingen och inte vara av oväsentlig betydelse.

Av EG-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen framgår att bedömningen ska göras i tre steg. För det första ska en bedömning göras om åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet.

Enligt NLL är syftet med kravet på silikonytskikt att få ett lämpligt förband till patienter med känslig hud som inte kan använda något av de andra i förfrågningsunderlaget efterfrågade förbanden. Det är ostridigt att sårförband med silikonytskikt är lämpliga för patienter med känslig hud. Ett krav på silikonytskikt synes därför i och för sig vara effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet.

Man kan dock ifrågasätta ett sådant krav av andra skäl. Smith & Nephew har nämligen hävdatt att kravet varken är lämpligt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet då det finns andra produkter, däribland de av

Smith & Nephew offererade produkterna ALLEVYN Gentle på position 60-63, som har samma eller bättre egenskaper vad avser känslig hud som produkter med silikonytskikt. Smith & Nephew har även åberopat bevisning som i viss mån stödjer detta. NLL har å sin sida inte på något sätt bestritt eller ifrågasatt Smith & Nephews påstående och inte heller framfört synpunkter på den åberopade bevisningen. Det synes således vara ostridigt att ALLEVYN Gentle har i vart fall samma egenskaper vad avser känslig hud som produkter med silikonytskikt. Mot denna bakgrund finner länsrätten visat i målet att kravet på silikonytskikt varken är lämpligt eller nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet. Aktuellt krav på silikonytskikt står därmed i strid med proportionalitetsprincipen.

Smith & Nephews anbud på position 60-63 uppfyller inte ska-kravet om silikonytskikt och har därför blivit förkastat. Smith & Nephew lider eller riskerar därmed att lida skada på grund av det felaktiga kravet. Grund för ingripande enligt LOU finns därför. Eftersom felet hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är dock rättelse inte en tillräcklig åtgärd utan upphandlingen avseende position 60-63 måste göras om.

Vad gäller position 64 har Smith & Nephew hävdad att NLL har utvärderat position 60-66 gemensamt trots att det i förfrågningsunderlaget anges att varje position ska utvärderas för sig och att utvärderingen av position 64 därför ska rättas. För det fall länsrätten skulle finna att det av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen ska ske på det sätt som NLL hävdad har Smith & Nephew gjort gällande att utformningen av utvärderingskriteriet "sortimentbredd" står i strid med LOU.

Länsrätten gör härvid följande bedömning. I förfrågningsunderlaget punkt 2.9.1 anges att "utvärderingen kommer att göras per position". Vidare anges vad gäller kriteriet sortimentsbredd att "maxpoäng får den leverantör som har största sortiment på den produktgrupp som utvärderas" vilket ex-

emplifieras med att den leverantör som har ”lämnat” anbud på flest positioner får högst poäng. NLL har också i länsrätten anfört att det är antalet offererade produkter under samma produktgrupp som varit avgörande för antalet poäng. Detta motsägs i och för sig till viss del av att NLL i förfrågningsunderlaget angett att ”vid bedömningen av likvärdiga produkter kommer vi att anta den leverantör som vi antagit (länsrättens understrykning) flest produkter av”. Sammantaget gör dock länsrätten den bedömningen att förfrågningsunderlaget måste uppfattas så att det är antalet offererade, dvs. inte antalet antagna, produkter under samma produktgrupp som ska vara avgörande vid utvärderingen av kriteriet sortimentsbredd.

Frågan är då om utformningen av utvärderingskriteriet ”sortimentsbredd” står i strid med LOU. I denna del gör länsrätten följande bedömning. På av Smith & Nephew anförda skäl har länsrätten svårt att se hur utvärderingskriteriet ”sortimentsbredd” enligt ovan angiven utvärderingsmodell kan syfta till att fastställa det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet, vilket är ett krav enligt upphandlingslagstiftningen. NLL har inte heller i denna del på något sätt i sak bemött vad Smith & Nephew gjort gällande. Länsrätten finner därför att Smith & Nephew visat att aktuellt utvärderingskriterium, såsom det utformats, står i strid med LOU.

Vidare gör länsrätten bedömningen att Smith & Nephew lider eller riskerar att lida skada på grund felet (se nedan). Grund för ingripande enligt LOU föreligger således. Eftersom bristen hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede är rättelse inte en tillräcklig åtgärd utan upphandlingen måste göras om även avseende position 64.

Beträffande position 64 vill länsrätten även tillägga följande. Smith & Nephews anbud på position 60-63 har förkastats eftersom det inte uppfyller silikonkravet. Därmed har dess antal produkter inom produktgruppen 60-66 kommit att minska. Detta har i sin tur (på grund av förfrågningsunder-

lagets utformning av utvärderingskriteriet ”sortimentsbredd”) kommit att påverka utvärderingen av Smith & Nephews anbud på position 64. Då kravet på silikonytskikt strider mot proportionalitetsprincipen och kravet kommit att påverka utfallet på position 64 till skada för Smith & Nephew föreligger grund för ett ingripande enligt LOU avseende position 64 även av det skälet att silikonkravet strider mot proportionalitetsprincipen.

Sammanfattningsvis ska således upphandlingen göras om vad gäller position 60-64.

Mot bakgrund av den bedömning länsrätten gjort ser länsrätten inte skäl att pröva sökandens fjärdehandsyrkande.

Det interimistiska förordnandet avseende position 65-66 i beslutet den 8 maj 2009 ska upphävas.

Länsrätten noterar – till följd av utgången i målet – att domen även innebär ett omedelbart förbud för kommunen att fortsätta upphandlingen avseende positionerna 60-64 (jfr RÅ 2005 ref. 17).

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/IC)



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 vartill 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.