

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**
2014-04-23
Meddelad i
GöteborgMål nr
574-14
Avdelning 1 Enhet 12**KONKURRENSVERKET**

2014-04-23

Avd

Dnr

KSnr

Aktbil

SÖKANDEHartmann-ScandiCare AB, 556366-9828
Box 24
334 21 AnderstorpOmbud: Advokat Pernilla Norman och jur. kand. Hans Näsbrandt
Lindskog Malmström Advokatbyrå KB
Box 27707
115 91 Stockholm**MOTPART**Västra Götalandsregionen, regionservice
Regionens Hus
462 80 Vänersborg**SAKEN**

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Hartmann-ScandiCare AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 259270

Postadress
Box 53197
400 15 GöteborgBesöksadress
Sten Sturegatan 14Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.seTelefax
031 - 711 78 59Expeditionstid
måndag - fredag
08:00-16:00

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 2
574-14**BAKGRUND OCH YRKANDEN**

Västra Götalandsregionen (regionen) har genomfört en upphandling avseende förbrukningsartiklar vid urininkontinens, urinretention och avföringsinkontinens, SN 265-2013. Av tilldelningsbeslutet och tillhörande handlingar framgår att anbudsgivaren Hartmann-ScandiCare AB (bolaget) efter utvärderingsfasen placerade sig på plats två och ett annat bolag (det vinnande bolaget) erbjöds att teckna avtal avseende produktgrupp 11.

Bolaget yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att det vinnande bolaget ska uteslutas och i andra hand bör upphandlingen göras om.

Regionen bestrider bifall till bolagets yrkanden.

VAD PARTERNA ANFÖR

Bolaget anför huvudsakligen följande. Av förfrågningsunderlaget framgår det grundläggande kravet att "det upphandlade sortimentet skall tillgodose öppen och slutenvårdens heterogena patientgrupp. Med detta menas olika åldrar, kön, kroppsformer, fysiska och psykiska funktionshinder, olika situationer i det dagliga livet, medicinska diagnoser samt olika typer av urin- och avföringsinkontinens samt urinretention". Det vinnande bolaget har i sitt anbud utelämnat produkter som idag står för omkring 50 procent av regionens totala behov i produktgruppen. Genom att utelämna dessa produkter har det vinnande bolaget inte uppfyllt det grundläggande kravet i förfrågningsunderlaget och deras anbud brister därför i skall-kravs uppfyllelse. Om regionen accepterar anbud som inte uppfyller syftet med upphandlingen, dvs. det generella skall-kravet, får regionen en leverantör med låga priser på de minst frekvent använda storlekarna men högre priser på resterande produkter som utelämnats i anbudet. Regionen erhåller då inte det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet så som föreskrivs i LOU och

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 3
574-14

förfrågningsunderlaget. Om det vinnande bolaget tillåts utelämna närmda produkter tillåts de frågå kravet i förfrågningsunderlaget på ett sådant sätt att upphandlingen inte tillgodoser grundläggande principer om likabehandling och förutsebarhet. Genom att bolaget följt det krav som finns i förfrågningsunderlaget har de hamnat i en sämre position.

Det vinnande bolagets anbud speglar inte på ett realistiskt sätt förbrukning och behov inom gruppen utan är enbart konstruerat för att kunna lämna ett lägre styckpris på de produkter som offererats och minimera anbudssumman. En anbudssumma på 6 MSEK jämfört med en historisk förbrukning på 26 MSEK från samma leverantör borde ge skäl att misstänka att det offererade sortimentet inte är tillfredsställande. I utvärderingsmodellen ställs styckpris för fyra olika nivåer av absorptionsförmåga mot en på förhand konstaterad volym. Prissättningen på nivån med högst volym blir avgörande för slutresultatet av utvärderingen. Det är uppenbart att det vinnande bolagets anbud är utformat med hänsyn till utvärderingsmodellen och att anbudet ger en missvisande bild av det offererade sortimentet. Genom denna utvärdering får regionen en leverantör som är väldigt billig på den offererade produkten men erhåller i den dagliga verksamheten dyrare produkter. Förfrågningsunderlaget ger inte anbudsgivarna ledning av vad som anses vara inom acceptabel gräns för en godkänd produkt eller för storleksavvikelser. Det framgår inte heller hur utvärderingen kommer att ske. Den enda ledningen ges i poängskalan för kvalitetskriterierna där det framgår att bra (tre poäng) är när kravet är uppfyllt på ett normalt sätt. Vad som är bra eller normalt tycks fortfarande vara en bedömning som avgörs av regionen. Projektgruppen förbehåller sig rätten att bedöma en produkt som godkänd eller inte. Principerna för poängsättningen ger därmed stort utrymme för godtycke och ger regionen en i princip fri prövningsrätt avseende vilken produkt som ska upphandlas. Anbudsgivarna har saknat möjlighet att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid prövningen. Med beaktande av att regionen inte i förfrågningsunderlaget närmare beskrivit vad som konkret är inom acceptabel nivå för en godkänd produkt

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 4
574-14

strider upphandlingen mot de upphandlingsrättsligt grundläggande kraven på förutsebarhet, transparens och likabehandling.

Det är uppenbart att lämnade styckpriser om 0,59 kr, som lämnats av det vinnande bolaget, och 0,1 kr är orimligt lågt. Det är ingen skyldighet att förkasta ett anbud av den anledningen men regionen borde ha funnit skäl att ifrågasätta de låga anbudspriserna. Myndighetens utredningsskyldighet, omsorgsprincipen, ställer krav på en opartisk och grundlig handläggning och regionen har brutit i sin utredningsskyldighet genom att inte ifrågasätta de onormalt låga anbuden. Upphandlingen uppfyller därför inte grundläggande principer om likabehandling och förutsebarhet. Det vinnande bolaget har utvärderats på anbudspriser som inte kommer att motsvaras av den verkliga faktiska faktureringen. Upphandlingen är därmed direkt missvisande och inte ägnad till att det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas. Anbudssumman som lämnats hade dessutom inte varit möjlig om hänsyn tagits till det generella skall-kravet som uppställts i förfrågningsunderlaget.

Eftersom bolagets anbud uppfyller samtliga skall-krav, inklusive det generella skall-kravet, skulle bolaget rätteligen vunnit upphandlingen. Bolaget har därför lidit skada genom att förlora möjligheten till försäljning för betydande belopp. Om inte det vinnande bolaget kan uteslutas ska upphandlingen göras om. Detta med anledning av den otydlighet som det generella skall-kravet medfört samt för att grundläggande principer om likabehandling och förutsebarhet åsidosatts genom det bristfälliga förfrågningsunderlaget och den tillämpade utvärderingsmodellen.

Regionen anför huvudsakligen följande. Det som bolaget hänvisar till är syftet med upphandlingen. Skall-kraven redogörs för under punkt 11 och 12 i förfrågningsunderlaget. Samtliga anbudsgivare har uppfyllt skall-kraven i förfrågningsunderlaget och gått vidare till utvärdering. De produktspecifika skall-kraven för produktgrupp 11 anges i en bilaga där även

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 5
574-14

sortimentet som ska offereras i produktgruppen anges. Förfrågningsunderlaget är utformat så att syftet med upphandlingen ska tillgodoses. Det vinnande bolaget offererade produkter i enlighet med förfrågningsunderlaget, uppfyllde skall-kraven i upphandlingen och utvärderades. Regionen har inte låtit någon anbudsgivare frångå skall-krav. Alla har behandlats lika och förfrågningsunderlaget är transparent.

Det har inte funnits skäl att ifrågasätta det vinnande bolagets anbud som onormalt lågt. Både högre och lägre anbud har lämnats. Det är heller ingen skyldighet för myndigheten att förkasta ett sådant anbud. Skyldigheten att begära en förklaring uppkommer först om den upphandlande myndigheten finner att priset är onormalt lågt och avser att utnyttja möjligheten att förkasta anbudet. Bolaget har inte visat att det föreligger någon grund för rättelse eller att upphandlingen ska göras om. Regionen har inte brutit mot någon bestämmelse i LOU eller principen om likabehandling och transparens. Bolaget har således inte lidit eller riskerat att lida sådan skada som avses i LOU.

DOMSKÄL*Tillämpliga bestämmelser*

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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förfrågningsunderlaget

Bolaget har anfört att det i förfrågningsunderlaget uppställs ett generellt skall-krav och eftersom detta krav inte uppfylls av det vinnande bolagets anbud borde anbudet ha uteslutits. Regionen beskriver detta generella skall-krav som syftet med upphandlingen och menar att de inte låtit någon anbudsgivare frångå de skall-krav som uppställts. Förvaltningsrätten finner inte att skrivningen i förfrågningsunderlagets inledning kan anses utgöra ett sådant skall-krav som bolaget påstår. Det finns inte heller anledning att utesluta det vinnande bolagets anbud mot bakgrund av anförda skäl.

Bolaget anser att regionen har åsidosatt principerna om likabehandling och förutsebarhet genom det bristfälliga förfrågningsunderlaget. Regionen menar att förfrågningsunderlaget är transparent och att alla anbudsgivare har behandlats lika.

Av förfrågningsunderlaget, punkt 11 och 12, och dess bilagor, produktspecifika krav pos.nr. 10-1090, framgår vilka skall-krav som finns avseende produktgrupp 11. Av förfrågningsunderlaget framgår även hur utvärderingen av de offererade produkterna kommer att ske. De inlämnade anbud som har uppfyllt skall-kraven har gått vidare till utvärdering. Bolagets anbud har uppfyllt skall-kraven och gått vidare till utvärdering.

Förvaltningsrätten finner inte att vad bolaget anfört utgör sådana brister i förfrågningsunderlaget att upphandlingen bör göras om. De beskrivna utvärderingskriterierna, avseende antal produkter och bedömning av funktion/kvalitet, får anses vara tillräckligt tydliga för att den gjorda utvärderingen ska uppfylla de krav som finns avseende förutsebarhet, transparens och likabehandling. Det finns därför inte skäl att rätta eller göra om upphandlingen på denna grund.

Utvärderingsmodell

Bolaget har kritiserat den i förfrågningsunderlaget tillämpade utvärderingsmodellen. Det vinnande bolagets anbud med låga priser på vissa produkter är utformat med hänsyn till utvärderingsmodellen och ger en missvisande bild av det offererade sortimentet. Principerna för poängsättningen är godtyckliga vilket ger regionen utrymme för en i princip fri prövningsrätt gällande vilken produkt som ska upphandlas.

Av förfrågningsunderlagets punkt 13 framgår hur snittpriset för artiklar i produktgrupp 11 kommer att beräknas om två eller fler artiklar offererats på samma position. Det framgår även att produkten bedöms efter hur väl den uppfyller respektive utvärderingskriterier och att bedömning av utvärderingskriterier görs av regionen utsedda representanter som tillsammans besitter hög kompetens, klinisk erfarenhet och beprövad erfarenhet på hur väl produkterna fungerar för ändamålet. Av de produktspecifika kraven framgår hur viktningspoäng delas ut. För produktgrupp 11 ges poäng med hänsyn till hur många storlekar som ingår i produktgruppen. Poäng ges även med hänsyn till hur komfortabel produkten är för användaren med avseende på utformning, passform under användningstiden, ytskikt, elastik, spärrskikt och ev. resårer och barriärer. Exempelvis ges en poäng om kriteriet uppfylls sämre, tre poäng om kriteriet uppfylls på ett normalt sätt och fem poäng om produkten är mycket bättre än kriteriet.

Ett förfrågningsunderlag får inte vara utformat så att det ger den upphandlande myndigheten en i princip fri prövningsrätt. Det ligger dock i sakens natur att vissa utvärderingskriterier, som t.ex. komfort och passform, innebär att det finns ett visst utrymme för godtyckliga bedömningar. Förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att det inte strider mot de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten (jfr RÅ 2002 ref. 50).

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 8
574-14

Av förfrågningsunderlaget framgår hur snittpris för de olika produkterna kommer att framräknas och informationen har varit tillgänglig för alla anbudsgivare. Det framgår även hur viktningspoäng ska delas ut beroende på antal storlekar i produktgruppen och det har inte funnits utrymme för godtyckliga bedömningar avseende denna del. Bolaget har anfört att vad som är "normalt" avseende funktion/kvalitet tycks vara något som avgörs av regionen. Eftersom det i förfrågningsunderlaget inte finns någon närmare beskrivning av begreppet normalt instämmer förvaltningsrätten i detta påstående. Förvaltningsrätten finner dock att det inte heller skulle vara möjligt att på ett objektivt sätt ställa upp kriterier för vad som skulle vara "normalt" utan att utgå från någonting konkret, så som till exempel en referensprodukt. Utvärderingen har inte genomförts med någon sådan referensprodukt i åtanke. De offererade produkternas komfort har bedömts av en erfaren projektgrupp. Det får därmed förutsättas att alla produkter bedömts utifrån projektgruppens samlade erfarenhet av vad en normal produkt är. De offererade produkterna inom varje produktgrupp har därmed behandlats likvärdigt vid utvärderingen av komfort. Förvaltningsrätten noterar att bolaget erhållit högsta viktningspoäng både avseende antal storlekar som ingår i produktgruppen samt gällande hur komfortabel produkten är.

De beskrivna utvärderingskriterierna, avseende beräkning av snittpris, antal produkter och bedömning av funktion/kvalitet, får anses vara tillräckligt tydliga för att den gjorda utvärderingen ska uppfylla de krav som finns avseende förutsebarhet, transparens och likabehandling. Det finns därför inte skäl att göra om upphandlingen på denna grund.

Onormalt låga anbud

Bolaget anser att regionen brustit i sin utredningsskyldighet genom att inte ifrågasätta de onormalt låga anbud som lämnats. Regionen har anfört att de inte funnit skäl att ifrågasätta det vinnande bolagets anbudspris som onor-

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**Sida 9
574-14

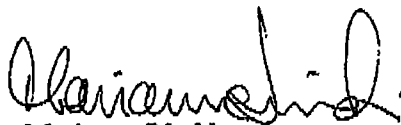
malt lågt och även om så varit fallet är det ingen skyldighet för myndigheten att förkasta ett sådant anbud.

Förvaltningsrätten konstaterar att bestämmelsen i LOU inte innehåller någon skyldighet att förkasta ett onormalt lågt anbud. Inte heller finns det någon skyldighet för regionen att ifrågasätta priserna i de lämnade anbuden. Det finns därför inte skäl att göra om upphandlingen på denna grund.

Sammanfattningsvis

Förvaltningsrätten anser att bolaget inte visat att regionen brutit mot någon bestämmelse i LOU. Det finns därför inte skäl för ingripande enligt LOU och bolagets ansökan ska därför avslås.

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



Marianne Lindén

Rådman

Föredragande i målet har varit Linnea Färnstrand.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Göteborg. Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom tre veckor från den dag då klaganden fick del av beslutet. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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 fördras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer

till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.