



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN**

Malin Sörebo

DOM
2010-03-22
Meddelad i
Falun

Mål nr
1176-10-E
Rotel 3

SÖKANDE

Respironics Sweden AB, 556674-9031
Vretenvägen 10
171 54 Solna

Ombud: Advokat Johan Carle,
advokat Tomas Kjellgren och
jur. kand. Sven Vaxenbäck
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

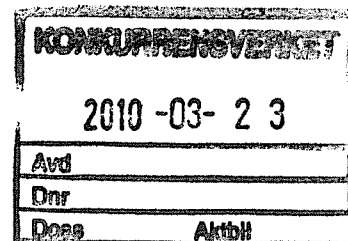
Landstinget Dalarna
Box 712
791 29 Falun

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att Landstinget Dalarnas upphandling av polygraf- och polysomnografutrustning till sömnlaboratoriet vid Avesta lasarett (dnr. LD09/02538) ska göras om.



Dok.Id 1359

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

BAKGRUND

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att målet kom in till Länsrätten i Dalarnas län och fick målnummer 3489-09. Sedan Länsrätten i Dalarnas län och Länsrätten i Gävleborgs län slagits samman den 15 februari 2010 till Förvaltningsrätten i Falun, har målet fått målnummer 1176-10.

Landstinget Dalarna (landstinget) genomför en offentlig upphandling av polygraf- och polysomnografiutrustning till sömnlaboratoriet vid Avesta lasarett (dnr. LD09/02538).

Landstinget har genom ett tilldelningsbeslut den 1 december 2009, utsett ResMed Sweden AB (ResMed) till leverantör.

Landstinget har därefter, genom ett tilldelningsbeslut den 4 december 2009, återkallat sitt beslut den 1 december 2009 och utsett Respirationics Sweden AB (Respirationics) till leverantör.

Efter att ResMed begärt överprövning av upphandlingen beslutade Länsrätten i Dalarnas län i mål 3489-09 att upphandlingen inte fick avslutas innan rättelse skett på så sätt att landstinget gör om anbudsutvärderingen. I ett nytt tilldelningsbeslut den 30 december 2009 utsågs återigen ResMed till leverantör

YRKANDEN M.M.

Respirationics begär överprövning och yrkar i första hand att länsrätten beslutar om att upphandlingen får avslutas först sedan utvärderingsresultatet rättas på så sätt som Respirationics beskriver nedan. Respirationics yrkar i andra hand att upphandlingen ska göras om. Till stöd för talan anförs följande. Av det första tilldelningsbeslutet framgår att Respirationics erhöll 616,6 poäng och ResMed erhöll 621,5 poäng i anbudsutvärderingen. ResMed bedömdes således ha det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphand-

lingen. Poängskillnaden var 4,9 poäng. I det andra tilldelningsbeslutet ändrade landstinget sin uppfattning och tilldelade Respironics 622,6 poäng och ResMed 621,5 poäng och bedömde nu att Respironics hade det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen. Poängskillnaden var 1,1 poäng. I sitt tredje tilldelningsbeslut ändrade landstinget än en gång uppfattning och gav Respironics 616,6 poäng och ResMed 632,5 poäng varpå ResMed bedömdes ha det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet i upphandlingen. Poängskillnaden var 15,9 poäng. Det är fråga om utvärdering av samma anbud med samma utvärderingskriterier och förfrågningsunderlag. Landstinget har vid genomförandet av upphandlingen brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Som en följd av detta har Respironics lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen. Det är av yttersta vikt att utvärderingskriterierna i förfrågningsunderlaget är tydligt formulerade så att alla potentiella leverantörer kan utläsa vad som krävs för att kunna tilldelas kontrakt i upphandlingen. I kravspecifikationen anges hur tilldelning av bedömningspoäng ska ske. Själva utvärderingskriterierna är så opreciserade att såväl landstinget som anbudsgivarna svävar i oklarhet om vilka faktorer som ska tillmätas betydelse vid anbudsutvärderingen. Det är utifrån förfrågningsunderlaget omöjligt att på förhand bilda sig en uppfattning om på vilka grunder betygen mellan 0 och 5 kommer att utdelas och därmed veta hur anbudet ska utformas. Lika omöjligt är det för landstinget att på ett objektiva och förutsebart sätt betygsätta anbudet. Det är tydligt att detta underlag inte uppfyller LOU:s krav eftersom samma personal vid landstinget har utvärderat samma anbud tre gånger och varje gång kommit fram till en annan slutsats om vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. För det fall att rätten trots det ovan anförda skulle finna att förfrågningsunderlaget är godtagbart bör upphandlingen ändå rättas efter landstinget gjort en felaktig anbudsutvärdering avseende ett flertal utvärderingskriterier.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför i huvudsak följande till stöd för sin inställning. Upphandlingen har skett enligt principerna i 1 kap. 9 § LOU. Det finns en anledning till att landstinget har fattat tre tilldelningsbeslut i upphandlingen. Efter det första beslutet upptäcktes att poängbedömningen av anbuden avseende ett kriterium inte var rätt redovisad. Som en konsekvens fattades ett nytt tilldelningsbeslut som innebar att förmanligaste anbud lämnats av annan anbudsgivare än den som tidigare tilldelats kontraktet. Det tredje tilldelningsbeslutet baseras på länsrättens dom om att upphandlingen skulle rättas genom en ny anbudsutvärdering. Om otydlighet föreligger i förfrågningsunderlaget kan en anbudsgivare framföra sina synpunkter på förfrågningsunderlaget innan anbud lämnas in. Att hävda detta i efterhand uppfattas som ett icke affärsmässigt agerande. Att handläggare ska kontaktas vid oklarheter i förfrågningsunderlaget framgår även av de administrativa föreskrifterna. Landstinget har inte gjort en felaktig anbudsutvärdering avseende ett antal utvärderingskriterier. Anbuden har utvärderats av ansvarig personal inom den klinik som använder den utrustning som avses i upphandlingen och har enhälligt kommit fram till redovisad poängbedömning. Landstinget har ett stort behov av att anskaffa aktuell utrustning för att kunna ta hand om alla vårdsökande inom det aktuella området, varför skadan är större för sjukvården och berörda patienter än för sökanden.

Länsrätten har den 8 januari 2010 beslutat att upphandlingen inte får avslutas innan länsrätten slutligt har avgjort målet eller något annat har beslutats.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Av 16 kap. 2 § första stycket LOU framgår att om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 24 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören lidit

eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap. 9 § LOU framgår att upphandlande enheter 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.

Upphandlingen har genomförts genom ett förenklat förfarande. Av det i målet aktuella tilldelningsbeslutet från den 30 december 2009 framgår att Respironics rankades som nummer två i anbudsutvärderingen. Respironics totalpoäng uppgick till 616,6 medan det vinnande anbudet erhöll totalt 632,6 poäng. Respironics har åberopat att förfrågningsunderlaget är bristfälligt utformat och att det föreligger brister i anbudsutvärderingen.

Frågan i målet är huruvida landstinget brutit mot de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU.

Förfrågningsunderlaget

Respironics har i denna del bl.a. anfört att det är oklart vad som tillmäts betydelse i anbudsutvärderingen. De utvärderingskriterier som anges i kravspecifikationen är så opreciserade att såväl landstinget som anbudsgivarna svävar i oklarhet om vilka faktorer som ska tillmätas betydelse vid anbudsutvärderingen. Om förfrågningsunderlaget vore ändamålsenligt skulle det inte vara möjligt för samma personal vid landstinget att vid tre olika tillfällen enhälligt komma fram till tre helt olika utvärderingsresultat på samma underlag. Landstinget har i yttrande till förvaltningsrätten anfört att de bestrider att förfrågningsunderlaget skulle vara bristfälligt.

En upphandling strider mot transparensprincipen om förfrågningsunderlaget är vagt formulerat och det är oklart hur utvärderingen kommer att ske;

om förfrågningsunderlag lämnar stort utrymme för godtycklighet samt om man inte kan bilda sig en uppfattning utifrån förfrågningsunderlaget på vilka grunder poängsättning av ett visst kriterium ska ske (se Kammarrätten i Göteborgs avgörande i mål nr 4552-07, 1729-08 och 3331-08). Förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Även förfrågningsunderlag som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp lagen inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50). Det faktum att Landstinget vid tre tillfällen ändrat poängbedömningen av samma anbud tyder, enligt förvaltningsrättens uppfattning, på att det aktuella förfrågningsunderlaget lämnar ett stort utrymme för godtycklighet. Det tyder även på att man inte, utifrån förfrågningsunderlaget, kan bilda sig en uppfattning om på vilka grunder poängsättning ska ske. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget i detta avseende varit så otydligt att det får anses strida mot principerna om förutsebarhet och transparens. Förfarandet har därmed stått i strid med LOU. Förvaltningsrätten anser det vidare visat att Respironics lidit skada till följd av denna otydlighet i förfrågningsunderlaget.

Med hänsyn till förvaltningsrättens resonemang ovan saknas skäl att ta ställning till övriga grunder som Respironics åberopat.

Sammanfattande bedömning

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att landstinget genomfört upphandlingen i strid mot LOU och att detta har inneburit att Respironics lidit skada. Eftersom bristen hänför sig till förfrågningsunderlaget och därmed kan ha påverkat det konkurrensuppsökande skedet, är rättelse inte en tillräcklig åtgärd. Förvaltningsrätten anser därför att upphandlingen ska göras om.

Hur man överklagar, se bilaga (DV 3109/1c).



Eva Karlsson Helghe
rådman