



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I MALMÖ
 Avdelning 1
 Sune Wennerberg

DOM
 2013-02-22
 Meddelad i
 Malmö

Mål nr
 12198-12E
 12200--12202-12E
 12204--12223-12E

KONKURRENSVERKET	
2013 02 25	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

SÖKANDE

Protecta Medical AB, 556539-4094
 Box 3078
 903 02 Umeå

Ombud: Advokat Petter Mörk och advokat Gunnar Swanström
 Ahlgrens Advokatbyrå HB
 Box 137
 901 04 Umeå

MOTPARTER

Se bilaga 1

Ombud för samtliga motparter: Håkan Jönsson
 Kommunförbundet Skåne
 Box 53
 221 00 Lund

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår Protecta Medical AB:s yrkande om ingripande enligt LOU.

YRKANDEN OCH INVÄNDNINGAR

De i målet aktuella kommunerna, genom Kommunförbundet Skåne, genomför med öppet förfarande enligt LOU en samordnad upphandling av överflyttningshjälpmedel, dnr 2012:04. Upphandlingen är uppdelad i olika produktgrupper, bl.a. gruppen glidlakan för vilken kommunerna efter utvärdering beslutat att anta anbudet från Etac Sverige AB.

Protecta Medical AB, nedan Protecta, ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om i den del som gäller produktgruppen glidlakan.

Kommunerna motsätter sig bifall till ansökan.

OMSTÄNDIGHETER SOM ÅBEROPAS I MÅLET

Protecta har åberopat följande omständigheter

Förfrågningsunderlaget avseende upphandlingen av glidlakan har varit så oklart och otydligt att en leverantör, som avsett att lämna anbud i upphandlingen, inte kunnat avgöra vad de upphandlande myndigheterna skulle komma att tillmäta betydelse vid utvärderingen. Utvärderingskriterierna har inte varit så tydligt formulerade att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat tolka dem på samma sätt.

Protecta gör vidare gällande att de utvärderingskrav, utöver pris, som tilldelats ett mervärde har varit oproportionerliga i vart fall avseende kortinformation, punkten 4.2.15 i kravspecifikationen. Detta har inneburit att utfallet inte kommit att visa vilken leverantör som faktiskt haft det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. En leverantör som vill lämna anbud i upphandlingen kan inte, utifrån de utvärderingskriterier som anges under punkterna 4.2.11–15,

bilda sig en uppfattning om vilka funktioner eller egenskaper hos produkten som ger höga poäng, eller vad som i övrigt efterfrågas av de upphandlande myndigheterna. Myndigheterna har inte i förfrågningsunderlaget redovisat tillräckligt underlag avseende de utvärderingskriterier som gäller i upphandlingen. De mervärden som subjektivt bedömts hos de upphandlande myndigheterna har haft en mycket stor och direkt avgörande roll vid det slutliga tilldelningsbeslutet.

Poängsättningen avseende kortinformationen framstår inte bara som godtycklig utan också som uppenbart felaktig. Mot den bakgrunden ifrågasätts om de krav på förutsebarhet, transparens och likabehandling som LOU uppställer iakttagits i upphandlingen av glidlakan. Vid en jämförelse av Protectas och den vinnande anbudsgivarens kortinformation framstår de som likvärdiga. Trots detta skiljer det 50,2 kr i mervärde mellan produkterna. Detta framstår som oförklarligt och uppenbart orimligt.

Protecta vidgår en felaktig måttangivelse på Protectas produkt; kortinformation anger att glidbredden är 50 cm medan glidytan i själva verket varit 60 cm. Vid slutlig leverans skulle korrekt glidbredd ha angetts på kortinformationen.

Vidare tillbakavisar Protecta myndigheternas påstående att kortinformationen har en motsägelsefull produktbenämning. Det kan inte anses vara ett allvarligt fel att produkten benämns Drag/Glidlakan då det som avses är ett draglakan med glidfunktion.

Protecta tillbakavisar också påståendet att Protectas draglakan har otydlig kortinformation om placering i säng. Enligt Protecta är informationen i denna del tydligare än den vinnande anbudsgivarens.

Vidare tillbakavisas att den textila etiketten bedöms vara mindre bra. Etikett med tvättråd är inte att betrakta som kortinformation och innehåller inte information om placering eller användning i säng.

Protectas uppfattning är att de hade tilldelats kontrakt avseende leverans av glidlakan, om de upphandlande myndigheterna hanterat lagstiftning och underliggande EU-rättsliga principer på ett korrekt sätt. Särskilt med beaktande av att om Protecta tilldelats högsta poäng avseende kortinformation så hade de också uppnått lägsta jämförelsesumman. Till följd av detta har Protecta lidit, eller kunnat komma att lida, skada.

Kommunerna har följande inställning till återopade omständigheter

Beskrivningarna av bedömningsgrunderna i förfrågningsunderlaget är inte oklara eller otydliga. Den anbudsgivare som vill lämna anbud kan tydligt avgöra vad myndigheterna kommer att grunda sin betygsättning på.

Bedömningen och betygsättningen har genomförts av representanter för de upphandlande myndigheterna. Gemensamt för personerna är att de alla har mångårig erfarenhet av hjälpmedelsverksamhet. Betygsbedömningen baseras på gruppens erfarenhet av liknande produkter. Erfarenheten av liknande produkter har gruppen inhämtat utifrån varje individs mångåriga kunskap och erfarenhet av upphandlade produkter. Gruppen har enats om ett samlat betyg för varje utvärderingskriterium och för varje enskilt anbud.

Enligt kommunerna är det korrekt att ge mervärdena en stor betydelse vid upphandling av denna typ av produkter. Produkternas funktion är avgörande för hur de kommer att fungera vid användandet av personalen hos brukaren. Både personal och brukare ska kunna känna sig säkra på att produkterna är bedömda och testade utifrån de efterfrågade funktionerna. Priset för produkten får därmed en underordnad betydelse. Kommunerna avvisar påståendet att

kriteriet kortinformation har tilldelats ett oproportionerligt värde samt att poängsättningen är godtycklig eller felaktig. Utformningen av kortinformationen är av väsentlig betydelse för att säkerställa att produkten används och handhas på ett korrekt och säkert sätt. Det är många personer med olika utbildningsbakgrund m.m. som kommer att använda upphandlad produkt under sitt dagliga arbete och därför är utformningen av kortinformationen av stor betydelse. Det får inte finnas en risk för att produkten hanteras felaktigt och därmed riskera att brukare skadas. Gruppen som har genomfört bedömningen har kunskaper och erfarenheter av användningen av produkten och därmed av hur angivna bedömningsegenskaper ska utvärderas. Bedömningen har inte skett godtyckligt.

När det gäller poängsättningen av kriteriet kortinformation har Protectas offererade glidlakan en felaktig måttangivelse på produktens kortinformation vilket skapar risk för felanvändning och därmed risk för att brukaren skadas. En skillnad på 10 cm glidyta är inte ett oväsentligt fel ur aspekten glidfunktion samt ett allvarligt fel ur aspekten säkerhet för brukaren.

Vidare har Protecta offererat glid/draglakan, en kortinformation med en motsägelsefull produktbenämning, vilket skapar risk för felaktig användning och därmed risk för att brukaren skadas. Det saknas också tydlig information om vilken sida som ska bäddas upp respektive ned. Offererat draglakan har även en otydlig kortinformation om placering i säng vilket medför att produkten riskerar att placeras fel och därmed ge en sämre funktion vid användning.

Samtliga av Protectas offererade produkter är försedda med kortinformation om användning och placering i säng på två separata etiketter. Den textila etiketten är redan vid leverans fransad och bedöms mindre bra eftersom informationen efterhand riskerar att försvinna. Vidare överensstämmer inte tvättråden på de båda etiketterna.

Sammanfattningsvis menar kommunerna att upphandlingen har genomförts enligt LOU och de EU-rättsliga principerna. Protecta kan därmed inte anses ha lidit skada.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Vid överprövningar enligt LOU gäller att förvaltningsrätten i princip endast prövar de särskilt angivna frågor och omständigheter som sökanden tar upp.

Av 16 kap. 4 och 6 §§ LOU framgår att förvaltningsrätten kan 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 får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förfrågningsunderlaget i aktuella delar

När det gäller den aktuella produktgruppen anges i förfrågningsunderlaget under punkten 4.2.1. att produktens användningsområde är glidlakan med eller utan tillbehör som underlättar förflyttning i säng. Vidare anges under punkten 4.2.11. att utvärderingskriterierna utgörs av pris och utvärdering av egenskaperna i nedanstående punkter.

4.2.12. Bedömning av glidlakanets funktion

Bedömning av glidlakanets funktion vid vändning i säng och uppresning till sittande på sängkant.

4.2.13. Bedömning av glidfunktion vid vändning

Bedömning av glidfunktion vid vändning i säng med hjälp av glidlakanet i kombination med draglakan 1 vilket förstärker funktionen förflyttning i sidled.

4.2.14. Bedömning av glidfunktion vid förflyttning

Bedömning av glidfunktionen vid förflyttning i säng med hjälp av glidlakanet i kombination med draglakan 2 vilket förstärker funktionen förflyttning i sidled och uppåt.

4.2.15. Bedömning av kortinformation

Bedömning av glidlakanets och draglakanens kortinformation avseende placering och användning i säng.

Vidare anges när det gäller bedömningen av egenskaperna att betyg kommer att sättas efter hur väl produkten uppfyller bedömningsegenskaperna.

Betyg ges enligt följande nivåer.

- 0 % ges om funktionen bedöms otillräcklig eller helt saknas. Vid betyg 0 % utesluts produkten.
- 33 % ges om funktionen bedöms som mindre bra. Detta betyg utgör kravgräns.
- 67 % ges om funktionen bedöms som bra.
- 100 % ges om funktionen bedöms som mycket bra.

Förvaltningsrättens bedömning

Förfrågningsunderlagets utformning

För att konkurrensen ska vara på lika villkor i en upphandling krävs att ett förfrågningsunderlag är så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. En utvärderingsmodell ska vara utformad så

2013 -02- 2 2

att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är det mest fördelaktiga antas. Vidare ska en utvärdering vid offentlig upphandling göras objektivt i den meningen att inga ovidkommande hänsyn får tas. Det är dock ofrånkomligt att även en objektiv bedömning av inkomna anbud kan rymma ett visst mått av skönsmässighet eller subjektivitet som måste godtas under förutsättning att den upphandlande myndigheten håller sig inom ramen för vad förfrågningsunderlaget kan anses tillåta. Det är endast direkta felbedömningar eller andra brister av viss omfattning som bör leda till ett ingripande enligt LOU.

När det först gäller vad Protecta anfört om förfrågningsunderlaget och utformningen av de nu aktuella delarna, är det i och för sig förvaltningsrättens bedömning att formuleringarna i viss mån hade kunnat vara tydligare och mer informativa. Enligt förvaltningsrätten får det emellertid med tillräcklig tydlighet anses framgå vilka kriterier och funktioner som kommunerna kommer att beakta och vad som kommer att tillmätas betydelse vid bedömningen samt vad som kan krävas för att få ett visst mervärdesbetyg. Det är inte visat att utformningen av förfrågningsunderlaget har vilselett anbudsgivare eller hindrat dem från att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Förfrågningsunderlaget kan således i detta avseende inte anses brista i transparens.

Inte heller kan förvaltningsrätten finna att de aktuella bedömningskriterierna vid mervärdesbedömningen har fått en oproportionerligt stor betydelse. I fråga om viktningen av skilda kriterier, dvs. vilken betydelse dessa ska tillmätas, måste den upphandlande myndigheten tillerkännas ett stort mått av frihet när det är fråga om bedömningar av typen pris kontra patientsäkerhet.

Utvärdering av Protectas anbud

Protecta har i målet även anfört att deras offererade produkter vid kommunernas bedömning har fått ett för lågt mervärdesbetyg vad gäller kriteriet kortinformation och att poängsättningen i denna del framstår som godtycklig.

Inledningsvis instämmer förvaltningsrätten i Protectas anmärkning att förfrågningsunderlaget knappast ger utrymme för bedömning av tvättråd som en del av kortinformationen.

Förvaltningsrätten kan beträffande kortinformationen i övrigt inte av det återopade materialet se det som självklart att Protectas information skulle vara väsentligt sämre än vinnande anbudsgivares. Kommunerna har emellertid vid bedömningarna, så vitt framgår, använt sig av personer med en helt annan expertkunskap på området än den domstolen besitter. Enligt förvaltningsrätten har Protecta inte förmått visa att kommunernas prövning och poängbedömning av bolagets anbud skulle vara felaktig i den meningen att den inte har baserats på sakliga grunder. Protecta har inte heller i övrigt visat att kommunerna skulle ha frångått de utvärderingskriterier och bedömningsgrunder som anges i förfrågningsunderlaget eller att förfarandet inneburit att kraven i 1 kap. 9 § LOU åsidosatts.

Sammanfattningsvis finns det enligt förvaltningsrätten inte skäl för ingripande enligt LOU på de av Protecta anförda grunderna.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 2 (Dv 3109/1B LOU)


Peder Liljeqvist

Bilaga 1

MOPARTER

1. Burlövs kommun
2. Bromölla kommun
3. Eslövs kommun
4. Hässleholms kommun
5. Höganäs kommun
6. Höörs kommun
7. Hörby kommun
8. Kristianstad kommun
9. Kävlinge kommun
10. Lomma kommun
11. Lunds kommun
12. Malmö stad
13. Osby kommun
14. Simrishamns kommun
15. Sjöbo kommun
16. Skurups kommun
17. Staffanstorps kommun
18. Svedala kommun
19. Tomelilla kommun
20. Trelleborgs kommun
21. Vellinge kommun
22. Ystads kommun
23. Östra Göinge kommun
24. Kommunalförbundet Medelpunkten



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. 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 ska 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 förvaltningsrätten kommit eller 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. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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.

DV 3109/1B LOU

