



SÖKANDE

LifeScan Johnson & Johnson AB, 556063-2514
Staffans väg 2
191 84 Sollentuna

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell
Advokatfirman Delphi KB
Box 1432
111 84 Stockholm

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

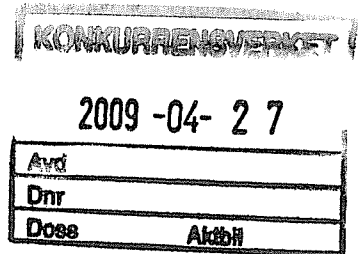
Ombud: Advokaterna Roland Adrell
och Carin Gustavsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå AB
Kungstorget 2
411 17 Göteborg

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling, LOU

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.



YRKANDEN M.M.

Region Skåne genomför en upphandling avseende diabetesstickor inklusive mätare (dnr 0802445). Upphandlingen följer de avsnitt i LOU som gäller för upphandlingar över tröskelvärdet och genomförs enligt öppet förfarande.

LifeScan Johnson & Johnson AB (nedan kallat bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att upphandlingen skall göras om. Till grund för talan anförs bl.a. följande. Region Skåne har brutit mot de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed mot 1 kap. 9 § LOU. Detta genom att i förfrågningsunderlaget använda skall-krav och bedömningskriterier, dvs. bör-krav, som dels är så otydliga att det inte går att utläsa vad Regionen egentligen efterfrågar eller vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärdering, dels lämnar öppet för ett stort mått av godtycke och fri prövningsrätt. Den utvärderingsmodell som använts blir därmed så otydlig att leverantörerna inte kunnat förutse hur deras anbud skulle komma att värderas avseende olika kriterier. Regionens lagstridiga agerande har inneburit att bolaget inte har haft möjlighet att upprätta ett så ekonomiskt fördelaktigt anbud som möjligt. Bolaget har därmed lidit skada eller riskerat att lida skada. Eftersom bristerna i upphandlingen är att hänföra till det konkurrensuppsökande skedet bör upphandlingen göras om. Bolaget riktar kritik mot följande bör-krav: 3,5, 4.3, 4.4, 4.5. Till samtliga bör-krav finns en förklaring till hur poängen skulle fördelas. Maximal poäng tilldelas anbudsgivare som uppfyller kravet mycket bra. Poäng i fallande skala tilldelas sedan anbudsgivarna som uppfyller bör-kraven bra, mindre bra och inte alls. Av underlaget framgår ingensans vad som leder till att ett bör-krav uppfylls mycket bra. Region Skåne ansåg bolaget uppfylla dessa oklara bör-krav på ett bra sätt, vilket gav bolaget poängavdrag. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 10 juli 2008 i mål nr 1729-08 tagit ställning till ett skall-krav innebärande att stickan skulle vara lätthanterlig, stadig och lätt att fylla. Kammarrätten

uttalade följande. "Uttrycket "lätt att fylla" lämnar stort utrymme för godtycke och därmed för en bedömning som inte grundar sig på objektivt fastställda kriterier utan istället innehåller ett stort mått av subjektivitet och i princip fri prövningsrätt för den upphandlande enheten. Detta innebär att leverantören saknar möjlighet att kontrollera hur bedömningen gått till. Kammarrätten anser att en så vag formulering strider mot principerna om transparens och förutsebarhet, vilket i sin tur innebär att upphandlingen inte genomförts på ett affärsmässigt sätt." Den enda skillnaden mellan omständigheterna i Kammarrättens mål och nu aktuell upphandling är att det tidigare formulerade skall-kravet nu formulerats som ett bör-krav. Detta har dock ingen betydelse för frågan om kravet är tillräckligt tydligt formulerat. Det är ett lika stort brott mot transpararensprincipen i LOU att ha otydliga bör-krav som otydliga skall-krav. Regionen har i svar på frågor som ställts angående förfrågningsunderlaget angett bl.a. följande."De subjektiva kraven är en sammantagen bedömning på t.ex stickan, bruksanvisningen mm. För att tydligargöra kravet talar vi om vilka parameterar vi kommer att bedöma, där alla är lika värda. Bedömningen av alla krav sker på fackmannamässigt sätt av kompetenta personer som har stor erfarenhet av diabetessjukvård och dess patienter." Av svaret framgår att Regionen är medveten om att man ställt bör-krav som är subjektiva. Detta är inte tillåtet. Flera anbudsgivare ansåg kraven otydliga och bad om specificering. Även skall-kravet 3.2 att förpackningen /burken till stickorna skall vara lätt att öppna och stänga utan verktyg strider mot transpararensprincipen.

Region Skåne bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande. Av kravspecifikationen framgår tydligt vad som efterfrågas för de olika börkraven, varför bedömningsgrunderna måste anses som tillräckligt tydliga och förutsägbara. Formuleringar som att "användarboken bör vara instruktiv, lättläst och tydlig" är exempel på detta. Regionen har klargjort att referensgruppen skulle utföra bedömningen av de produktspecifika kraven. Gruppen besitter hög kompetens, professionalitet och erfarenhet varför de

är väl lämpade för sin uppgift. Inom ramen för affärsmässigheten måste det finnas en möjlighet för den upphandlande myndigheten att göra en egen bedömning av produkters egenskaper och kvalitet utan att det för den sakens skull blir fråga om en godtycklig bedömning. Värderingen är komplex och av denna anledning är det inte möjligt att utforma kravspecifikationen annorlunda. Värderingsgrunderna är tillräckligt klara för att varje leverantör, med utgångspunkt i underlaget, ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Det är inte möjligt att formulera kraven eller värderingsgrunderna på något annat lämpligt sätt och samtidigt uppnå önskat resultat beträffande utformningen av teststickorna. Även om länsrätten skulle anses att värderingssystemet har brister kan dessa inte anses vara av så pass allvarlig art att kraven på likabehandling och transparens kan anses åsidosatta (jfr RÅ 2002 ref 50). För det fall att LifeScan Johnson & Johnson AB hypotetiskt sett hade fått full poäng på ovan angivna bör-krav hade likväl varken mätaren OneTouchVita eller OneTouch Ultra erhållit tillräckligt många poäng för att utgöra det mest ekonomiskt fördelaktiga anbudet. Av denna anledning kan bolaget inte anses ha lidit den skada som enligt LOU fodras för att upphandlingen skall överprövas. Beträffande skall-kravet i 3.2 kan Regionen instämma i att formuleringen kan tyckas något oklar men samtidigt har alla leverantörer uppfyllt kravet. Mot bakgrund av detta har ingen leverantör lidit någon skada som kan föranleda överprövning.

I yttrande anför LifeScan Johnson & Johnson AB bl.a. följande. Bolaget vidhåller att den utvärderingsmodell och utvärderingsmetod som använts av Region Skåne är bristfällig, icke transparent och står i strid med 1 kap. 9 § LOU. Vad Regionen anför om att bolaget, om det hypotetiskt hade fått full poäng vid Regionens skönsmässiga utvärdering, ändå inte hade vunnit upphandlingen är helt ovidkommande och bestrids. Ingen vet hur utvärderingen skulle sett ut om underlaget uppfyllt LOU:s krav. Underlaget är så bristfälligt att bolaget inte har kunnat lämna ett tillräckligt ändamålsenligt

anbud. Regionen har vidare utvärderat anbuderna på ett felaktigt sätt. Bayer har tilldelats maximal poäng för hållbarhet trots att deras teststicka vid anbudstillfället endast hade en hållbarhet om sex månader Enligt Regionen beror detta på att Bayer har garanterat att teststickan i framtiden, och senast vid ramavtalets ingående, skulle ha utvecklats och ha en hållbarhetstid om 18 - 23 månader vid obruten förpackning. Genom att dela ut poäng för egenskaper som ännu ej uppnåtts, utan att det framgått av förfrågningsunderlaget att så kunde ske, har Regionen brutit mot likabehandlingsprincipen. Bolaget har lidit skada och upphandlingen ska göras om. En anbudsgivare behöver inte visa att anbudsgivaren hade vunnit upphandlingen om en påtalad oklarhet i förfrågningsunderlaget inte hade funnits. Det räcker med att anbudet hade sett annorlunda ut om oklarheten inte förelegat. Bolaget noterar att Regionen i princip har medgett överträdelse av LOU avseende skall-kravet i 3.2. Mot bakgrund av detta torde länsrätten enkelt kunna förordna att upphandlingen skall göras om.

Region Skåne anför i yttrande bl.a. följande. Vid anbudstillfället garanterade Bayer AB att deras sticka vid tidpunkten för leverans skulle ha en hållbarhet på mer än 12 månader. Det fanns inte skäl för att ifrågasätta uppgiften. Bolaget tilldelades därför full poäng. För det fall att Bayer AB:s produkt vid leveranstillfället skulle avvika från vad som utlovats är det en ren avtalsfråga mellan parterna. Region Skåne medger ej att formuleringen i skall-kravet 3.2 utgör en överträdelse av LOU.

Länsrätten har genom interimistiskt beslut den 6 mars 2009 förordnat att Region Skåne inte får avsluta den aktuella upphandlingen.

DOMSKÄL

Bestämmelser m.m.

Enligt 1 kap 9 § LOU skall upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av transparens- och likabehandlingsprinciperna följer att den upphandlande myndighetens krav och utvärderingsmodell ska ha angivits på ett sätt som är tillräckligt tydligt för att varje leverantör med utgångspunkt i förfrågningsunderlaget ska kunna skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Höga krav bör ställas på noggrannhet, tydlighet och transparens i alla delar av ett förfrågningsunderlag även om vissa brister och oklarheter får godtas.

Enligt 16 kap. 1 och 2 §§ LOU kan länsrätten pröva om en upphandlande enhet 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. - Därvid gäller att länsrätten endast prövar de särskilt angivna frågor som sökanden tar upp.

Länsrättens bedömning i nu förevarande mål

LifeScan Johnson & Johnson AB gör i länsrätten gällande att Region Skåne har brutit mot principerna om transparens och likabehandling genom att i förfrågningsunderlaget använda skall-krav och bör-krav som är otydliga och ger utrymme för godtycke. Enligt bolaget har Region Skånes agerande har inneburit att bolaget inte har haft möjlighet att upprätta ett så ekonomiskt fördelaktigt anbud som möjligt och att bolaget därmed har lidit skada eller riskerat att lida skada.

Åberopade brister vad avser skall-krav på produkten

Det skall-krav som bolaget riktat kritik mot är 3.2 "Förpackningen/burken till stickorna skall vara lätt att öppna och stänga utan verktyg". Länsrätten delar bolagets åsikt att det angivna skall-kravet är formulerat på sådant sätt att det ger utrymme för godtycke och att det därmed strider mot transparensprincipen. Av utredningen i målet framgår dock att bolaget, liksom alla de övriga anbudsgivarna, har ansetts uppfylla det aktuella kravet. Bolaget har kvalificerat sig till utvärdering. Vid sådana förhållanden kan bolaget inte anse ha lidit eller riskerat lida skada genom eventuella brister i kvalificeringsfasen (jfr. dom av Kammarrätten i Göteborg i mål 3117-08). Bolagets ansökan kan därför inte bifallas på denna grund.

Åberopade brister vad avser bör-krav på produkten

Bolaget har vidare åberopat att bör-kraven 3.5, 4.3, 4.4, 4.5. strider mot transparensprincipen. Kraven lyder som följer:

3.5 Sammantagen bedömning av stickan enligt nedanstående kommer att göras.

Stickan bör:

vara stadig

vara lätt att fylla när bloddroppen inte är större än angiven blodmängd

vara lätt att föra in i mätaren

sitta stadigt i mätaren

ha tydlig markering för testområdet

ha tydlig markering för vilket håll stickan skall föras in i mätaren

4.3 Användarboken bör vara instruktiv, lättläst och ha en tydlighet.

Bedömningen görs av teckenstorlek, illustration, färgkontrast, (bakgrund/text) och lätthet att hitta i boken.

4.4 Snabbguiden bör vara enkel, instruktiv, överskådlig och ha en tydlighet. Bedömning görs av ev. teckenstorlek, illustration, färgkontrast, (bakgrund/text) och logisk uppbyggnad.

4.5 Det bör finnas kostnadsfritt informationsmaterial/råd om ex att leva med diabetes i olika situationer tillgängligt för patienten. Bedöms på innehållets karaktär, mångfald och lättfattlighet.

För samtliga av de ovan angivna bör-kraven anges att poängsättning sker utifrån följande: uppfylls mycket bra 10 poäng, uppfylls bra 5 poäng, uppfylls mindre bra 2 poäng och uppfylls inte alls 0 poäng.

I utvärderingsprotokollet har poängsättningen motiverats utifrån anbudets förtjänster och brister. Vad avser LifeScan Johnson & Johnson AB:s sticka OneTouchUltra anges t.ex. följande för bör-kravet 3.5. ”Stadig sticka. Lätt att fylla. Lätt att föra in mätaren, stickan fransar sig ibland. Sitter stadigt i mätaren. Testområdet syns väl. Stickan lika i båda ändar, ingen markering vilket håll stickan skall föras in.”

Vad avser kriteriet 3.5 kan konstateras att Kammarrätten i Göteborg, så som anförts av bolaget, underkänt Region Skånes användande av formuleringen *lätt att fylla* i ett skall-krav med hänvisning till att uttrycket på närmare angivet sätt lämnar stort utrymme för godtycke och att en så vag formulering strider mot principerna om transparens och förutsebarhet. Med anledning härav har Region Skåne omformat kriteriet *lätt att fylla* för att

det ska motsvara de krav som ställs och kriteriet återfinns numera som ett delkriterium under bör-kravet 3.5, vilket i sin tur är ett av flera utvärderingskriterier gällande produktens utformning och funktion. En upphandlande myndighet har rätt att utvärdera en produkts egenskaper i enlighet med vad som anges i förfrågningsunderlaget. Härvid kommer ofrånkomligen ett visst mått av subjektiva bedömningar att förekomma. Det väsentliga för att transparensprincipens krav på förutsebarhet skall anses uppfyllt är att den upphandlande myndigheten så utförligt som möjligt uttrycker vid vad man kommer att lägga vikt vid anbudsutvärderingen. Detta är särskilt viktigt vid utvärdering av faktorer som har att göra med tycke och smak såsom användarvänlighet, komfort etc. I nu förevarande upphandling anser länsrätten att bör-kravet i 3,5 – även om det ger visst utrymme för subjektiva bedömningar – inte är så otydligt formulerat eller av så utpräglad subjektiv karaktär att de gemenskapsrättsliga principerna träds förnär (jfr dom av Kammarrätten i Göteborg i mål nr 4799-07). Det samma gäller de övriga bör-krav som bolaget hänvisat till. Upphandlingen strider således inte i dessa avseenden mot LOU. Länsrätten finner inte heller visat att en brist i förfrågningsunderlagets tydlighet vad avser nu angivna bör-krav har medfört att bolaget lidit eller riskerat lida skada.

Åberopad brist vad avser utvärderingens genomförande

Länsrätten finner inte visat annat än att Region Skåne följt den utvärderingsmodell som presenterats. Den omständighet att Region Skåne tilldelat en offererad produkt poäng för egenskaper som produkten har utlovats ha vid tiden för avtalets ingående kan enligt länsrättens mening inte anses strida mot likabehandlingsprincipen så som bolaget hävdar.

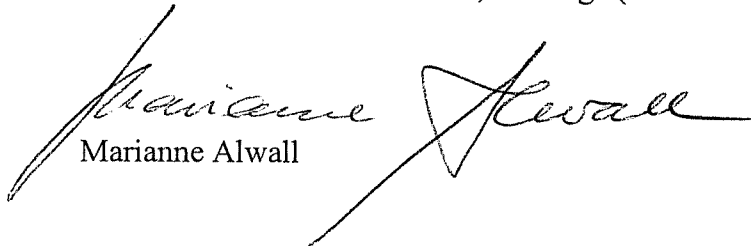
Sammanfattningsvis anser länsrätten att det som bolaget anfört och åberopat inte utgör utredning som visar att Region Skåne i det aktuella upphandlingsförfarandet har brutit mot bestämmelserna i LOU på ett sådant sätt att bolaget har lidit eller riskerat att lida skada. Det finns därmed inte grund

för rättsligt ingripande mot upphandlingen och bolagets ansökan ska således avslås.

Särskilda upplysningar

Länsrättens interimistiska beslut av den 6 mars 2009 upphör därmed att gälla och en ny tiodagarsfrist börjar löpa. Det innebär att om upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan angivna besvärstiden tre veckor.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)


Marianne Alwall



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

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

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 nå 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.