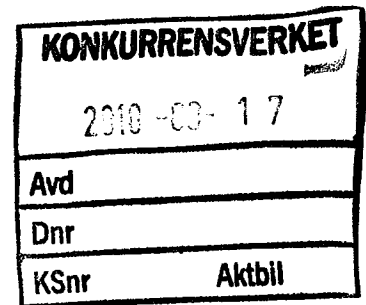




SÖKANDE

Abena AB, 556361-8817
Ljungadalsgatan 19
352 46 Växjö

Ombud: Magnus Wennerholm
Advokatfirman Glimstedt Växjö AB
Box 124
351 04 Växjö



MOTPART

Västra Götalandsregionen
Västra Götalandsregionen (Vänersborg)
462 80 Vänersborg

Ombud: Göran Andersson, Ponthus Andersson och Markus Garfve
Hellström Advokatbyrå KB
Box 7305
103 90 Stockholm

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling - LOU

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför genom öppet förfarande en upphandling avseende Inkontinens, urologi och mag-tarm (dnr RS 2016-07189). Anbud kan lämnas på hela eller delar av upphandlingen. En leverantör kan antas för en eller flera produktgrupper.

Abena AB (Abena) yrkar i förvaltningsrätten att upphandlingen ska göras om alternativt att rätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts genom ny utvärdering varvid Abena tilldelas en högre poäng avseende kvalitetskriteriet för produktgrupp 82, 85, 86, 88, 102 och 106 – 108.

VGR motsätter sig bifall till ansökan.

PARTERNAS ANFÖRANDEN

Abena anför bl.a. följande.

Den metod för utvärdering som VGR använt sig av strider mot principen om likabehandling och transparens och VGR har på så sätt förbehållit sig en fri prövningsrätt och skapat utrymme för godtycke. Avseende de produktgrupper som omfattas av punkt 2 och 3 under punkten 6.7 i Anbudsinbjudan ska kvalitetskriteriet tillämpas som utvärderingskriterium. VGR har i kvalitetskriterierna använt sig av en poängskala där offererade produkter har erhållit poäng utifrån om de ansetts ”mycket bra”, ”bra”, ”mindre bra” eller ”dålig”. Det finns däremot inte någon ledning i förfrågningsunderlaget för vad som skulle vägas in för att den offererade produkten ska framstå som ”mycket bra”, ”bra” osv. eller vad VGR krävt och tillmätt betydelse för att en produkt ska erhålla respektive betyg. Dessa oklarheter har inneburit att det inte varit möjligt för anbudsgivare att med tillräcklig grad av säkerhet förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid prövningen av anbudet.

Skillnaden mellan de bedömda produkterna är normalt sett väldigt liten och samtliga produkter löser brukarens behov. Poängbedömningarna har därmed fått en oproportionerligt stor påverkan. Avsaknaden av redovisade bedömningsgrunder per produktgrupp ger utrymme för att den poängmässiga premieringen av olika produkter kan ske godtyckligt. Olika egenskaper verkar dessutom ha premierats växelvis, vilket gör det än svårare för anbudsgivaren att förutse vad som ska komma att tillmätas betydelse.

VGR har i upphandlingsdokumenten angett en rad underkriterier till kvalitetskriteriet, såsom utformning, passform under användningstiden, ytskikt, spärrskikt etc. utan att det närmare beskrivs vad som avses tillmätas betydelse i dessa underkriterier.

Under den period i upphandlingsprocessen som frågor fick ställas till VGR begärde Abena att få besked om hur återvätning och absorption skulle ske eller hur s.k. barriärer skulle bedömas och poängsättas. Härvid hänvisas till fråga 77. Svaret från VGR var helt intetsägande: ”Insända varuprov bedöms efter de obligatoriska krav och utvärderingskriterier som är ställda av upphandlande myndighets projektgrupp.” Det hade varit fullt möjligt för VGR att ge anbudsgivarna enkla anvisningar och därmed närmare ledning för hur de olika underkriterierna i kvalitetskriteriet skulle komma att bedömas.

Vidare har VGR avseende produktgrupp 94 avbrutit upphandlingen då man bedömt att det inte tillräckligt tydligt framgått av förfrågningsunderlaget vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingsgruppens samlade bedömning. Utvärderingskriterierna är exakt desamma i detta mål varför VGR:s medgivande av bristerna i mål nr 2628-17 måste ligga till grund för förvaltningsrättens bedömning i aktuellt mål.

Anbudsutvärderingen

Abena bör tilldelas en högre poäng i kvalitetskriteriet rörande produktgrupp 82, 85, 86, 88, 102 och 106-108 eftersom Abenas produkter har samma eller bättre egenskaper än andra offererade produkter. Abena får härmed konkretisera sin talan i denna del.

Poängskalan i kvalitetskriteriet har varit extremt avgörande. Upphandlingen rör sig om relativt homogena produkter med likartad form och prisbild. De produkter som fått en lägre poäng än annan offererad produkt har inte haft någon som helst möjlighet att erhålla kontrakt. Viktningen på kvalitetskriteriet har varit 50 procent. Priset har därmed fått en helt underordnad betydelse.

I kravspecifikationen rörande kvalitetskriteriet nämns att ”*produkten bör vara komfortabel för användaren, med detta avses utformning, passform under användningstiden, ytskikt, spärrskikt och ev. resårer.*” Utvärderingen av kvalitetskriterierna framgick av kravspecifikationerna där poängbedömningen fanns angiven. Vid analys framkommer nedanstående oklarheter och det blir helt uppenbart att det brister i transparens:

Utformning: Produkterna på de nämnda positionerna (82, 85, 86, 88, 102, 106-108) är av samma typ. Avseende mått och absorption finns inget konsekvent mönster i vilka egenskaper som premierats av VGR.

Passform: Finns ingen ledning i förfrågningsunderlaget om passform bör bedömas utifrån en eller flera egenskaper såsom bredd (mm), längd (mm), vikt (g), elastisk, absorberande material m.m. Produkter ligger mycket nära varandra. Inte heller ges någon vägledning hur VGR gjort bedömningar avseende ”*passform under användningstiden*”. Om sådana tester hade gjorts borde VGR ha informerat om detta och redovisat resultatet av dessa tester.

Ytskikt: Samtliga produkter på de nämnda positionerna har såvitt Abena kan bedöma non-woven tillverkat i polypropen. Därmed skulle det inte föreligga några skillnader mellan offererade produkter.

Spärrskiktet: Är i samtliga fall helt eller delvis av polyeten. I flertalet fall rör det sig om andningsbar (luft- men inte vätskegenomsläpplig) PE. Därmed skulle det inte föreligga några skillnader mellan offererade produkter.

Resårerna: Är i förekommande fall oftast av samma typ, dvs. antingen i skumplast eller som elastiska trådar.

Skada

Skaderekvisitet har i rättspraxis anses uppfyllt på så sätt att anbudsgivare har ansetts riskera att lida skada då utvärderingskriterierna lämnat ett alltför stort utrymme för godtycklig bedömning och därmed omöjliggjort för anbudsgivarna att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse. Sådana brister har ansetts hänföra sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede varför ingen annan påföljd än att göra om upphandlingen har ansetts kunna komma ifråga.

Om rättelse kommer ifråga har Abenas produkter i de produktgrupper som uttryckligen hänvisats till (82, 85, 86, 88, 102, 106-108) hamnat på andra plats på grund av felaktig poängsättning. Därmed har Abena drabbats av skada.

VGR anför bl.a. följande.

Av bilagan Kravspecifikation i upphandlingen har det för respektive produktgrupp framgått vilka utvärderingskriterier som är aktuella, vilka egenskaper som skulle komma att bedömas av expertgruppen och hur poängsättningen skulle komma att gå till. Specifikationen för exempelvis produktgrupp 88 kan illustrera detta nedan. Kolumnen längst till höger anger lägsta godtagbara poäng.

			Maximalt prispåslag för uteblivet mervärde	Maxpoäng	Utvärderingsskala	Minsta accepterade poäng
88.7	Produkten bör vara komfortabel för användaren, med detta avses utformning, passform under användningstiden, ytskikt, spärnskikt och ev. resårer	x	3 693 799 kr	70	70 p=mycket bra, 35p=bra, 15p=mindre bra, 0p=dåligt	35
88.8	Produktens klisterremsa bör fixera produkten säkert och utan att skada underkläderna	x	1 583 057 kr	30	30p=mycket bra, 25p=bra, 15p=mindre bra, 0p=dåligt	25
			5 276 856 kr	100	Poäng	
					Prispåslag	
					Minsta antal poäng för godkänt	
					Utvärderingspris	

Poängsättningen har ytterligare förtydligats genom Frågor & svar i upphandlingen. Av svaret på fråga 23 framgår att det är komfortabiliteten som bedöms. Vidare framgår av svaren på fråga 27 och 77 att det är de insända varuproven som bedöms och att bedömningen skulle komma att göras av projektgruppen. Projektgruppen har bestått av sjuksköterskor, uroterapeuter, distriktssköterskor och undersköterskor från VGR:s verksamhet. Om projektgruppen bedömt att varuprovet varit godtagbart har 35 poäng tilldelats och om varuproven haft en ännu högre grad av komfort, enligt produktgruppens uppfattning, har den högsta poängen tilldelats. Att i detalj beskriva olika nivåer av komfort låter sig inte göras i praktiken.

Eftersom poängsättning sker på det sätt som redovisats ovan går det inte att undvika att utvärderingen ges ett visst subjektivt inslag. I praxis har emellertid slagits fast att det är tillåtet att använda ett visst mått av skön vid utvärderingen av anbudens kvalitet.

Som även Abena påpekat föreligger generellt små skillnader mellan de olika inkontinens-, urologi-, mag- och tarmprodukter som finns på marknaden

idag. Vid framtagandet av utvärderingskriterierna och förfrågningsunderlaget bestämdes därför att nivån ”bra” skulle vara lägsta godtagbara nivå och motsvara en standard marknadsmässig nivå. Poängnivån ”mycket bra” bestämdes följaktligen vara avsedd för produkter som inom det angivna kriteriet bedömdes vara utöver en standard marknadsmässig nivå. Härav skedde också hänvisningen i förfrågningsunderlaget till expertgruppens erfarenhet. I praktiken har poängskalan enbart bestått av dessa två nivåer. Detta då övriga poängnivåer legat under minsta antal poäng för godkänt. I de absolut flesta fall har ”bra/godkänt” använts. Om vad som krävts för poängnivåerna ”mindre bra/dåligt” varit otydligt eller inte är i sammanhanget irrelevant. Som angetts ovan har poängskalan i praktiken enbart handlat om två nivåer.

För att illustrera hur utvärderingskriterierna är uppbyggda kommer samma exempel som tidigare att användas. I utvärderingskriterium 88.7 har poäng tilldelats utifrån hur komfortabel produkten är för användaren. Det har vidare preciserats att med komfortabel avses ”*utformning, passform under användningstiden, ytskikt, spärrskikt och ev. resårer*”. Med andra ord har uppräknningen inte utgjort olika underkriterier utan är preciseringar av vad VGR avsett med komfortabel för användaren.

Eventuella förtydliganden av poängskalan hade inte påverkat utfallet i upphandlingen. Alla anbudsgivare har förstått att VGR efterfrågat en så komfortabel produkt som möjligt och det får förutsättas att samtliga anbudsgivare lämnat sitt mest konkurrenskraftiga anbud. Även om poängskalan gått att förtydliga hade poängsättningen sett likadan ut.

Har Abena visat att anbudet borde ha tilldelats högre poäng avseende något av utvärderingskriterierna 82, 85, 86, 88, 102 och 106-108?

Inledningsvis måste påpekas att givna poäng inte alls varit ensamt avgörande för tilldelning. För att ta ett exempel från de positioner/produktgrupper/produktområden som omfattas av Abenas talan har en

anbudsgivare avseende utvärderingskriterium 107.5 tilldelats högsta poäng samt högsta totala poäng i hela produktgruppen, men ändå inte tilldelats kontrakt.

De anbudsgivare som fått högsta poäng för komfortabilitet har fått det av följande skäl.

Vid utvärderingen av utvärderingskriterium 82.6 bedömdes produkter från två anbudsgivare ha en komfort utöver en standardmässig nivå. Båda dessa bedömdes ha en mycket bra passform och jämnare ytskikt vilket gav en ökad komfort. Även vid utvärderingen av kriterium 85.7 bedömdes produkter från två anbudsgivare ha en komfort utöver en standardmässig nivå. Båda produkterna hade väldigt utvecklade resårer vilket gav en bättre passform och sammantaget en bättre komfort. Vid utvärderingen av kriterium 86.7 bedömdes ingen av anbudsgivarnas produkter ha ett mervärde utöver en godtagbar och standardmässig nivå. Vid utvärdering av kriterium 88.7 bedömdes produkter från två anbudsgivare ha en komfort utöver en standardmässig nivå genom fastare resårer och mjukare ytskikt. Vid utvärderingen av kriterium 102.6 bedömdes ingen av anbudsgivarnas produkter ha ett mervärde utöver en godtagbar och standardmässig nivå. Vid utvärderingen av kriterium 106.6 bedömdes en av anbudsgivarnas produkter ha ett mervärde utöver en godtagbar och standardmässig nivå. Produkten bedömdes som mer komfortabel då den hade bredare resår i midjan, var väldigt elastisk och hade ett mindre antal sömmar. Vid utvärderingen av kriterium 107.6 tilldelades en högsta poäng. Produkten bedömdes ha en högre nivå av komfort genom bredare resår i midjan, att den var väldigt elastisk och hade ett mindre antal sömmar samt bättre benskärning vilket gav en bättre passform. Vid utvärderingen av kriterium 108.8 bedömdes ingen av anbudsgivarnas produkter ha ett mervärde utöver en godtagbar och standardmässig nivå.

Mot bakgrund av det ovan anförda följer att VGR inte har överträtt likabehandlingsprincipen vid anbudsutvärderingen varför skäl för rättelse inte finns.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Upphandlingar ska vidare genomföras i enlighet med principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet. (4 kap. 1 § LOU)

Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i 4 kap. 1 § 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. (20 kap. 6 § första stycket LOU)

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten noterar inledningsvis att det normalt sett ankommer på den sökande i ett upphandlingsmål att på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundas på (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Abena menar att de i upphandlingen uppställda utvärderingskriterierna är otydliga samt att det egna anbudet rätteligen bör erhålla högre poäng avseende ett antal angivna produktgrupper.

Förvaltningsrätten noterar att upphandlingen består av ett stort antal produkter och ett relativt stort antal produktgrupper. Produktgrupperna utgör självständiga anbudsområden, dvs. anbud har kunnat lämnas på en eller flera produktgrupper och tilldelning sker produktgrupp för produktgrupp.

I VGR:s anförande återges utvärderingskriterierna för produktgrupp 88. Förvaltningsrätten noterar att övriga produktgruppers utvärderingskriterier har en liknande utformning, ibland t.o.m. identisk, som de i tabellen återgivna.

Enligt förvaltningsrättens mening beskriver utvärderingskriterierna tämligen väl vad som efterfrågas och vilka egenskaper som avses att värderas. Vad gäller komfortabilitetskriteriet har också preciserats vad som avses med komfortabel. Förvaltningsrätten anser därför, oaktat att det finns vissa subjektiva inslag, att utformningen av kriterierna måste anses förenlig med de gemenskapsrättsliga principerna om transparens och likabehandling. Vad som främst ifrågasätts av Abena är dock poängsättningen, då man menar att det saknas tydlig information om vad som krävs för att få en viss poäng. Det hade i och för sig varit önskvärt med tydligare information avseende poängsättningen. Sammantaget finner förvaltningsrätten dock att kriterierna så pass väl beskriver vad som efterfrågas att leverantörer i branschen ändå måste ha förstått vad som avsetts att tillmäta betydelse i upphandlingen och därmed kunnat utforma konkurrenskraftiga anbud.

Anbudsutvärderingen

Förvaltningsrätten noterar att VGR:s motivering till poängsättningen av de olika utvärderingskriterierna varit knapphändig. Oaktat detta kan Abena genom sin i denna del vaga argumentation inte anses ha visat att det egna anbudet rätteligen borde ha erhållit en högre poäng avseende angivna produktgrupper.

Slutsats

På grund av det ovan anförda, och då inte heller vad som i övrigt anförts av Abena medför att förfarandet vid upphandlingen kan anses strida mot någon bestämmelse i LOU eller mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna, ska ansökan avslås.

Upplysningsvis kan nämnas att förvaltningsrätten denna dag även avslagit en ansökan från Coloplast AB (mål nr 2638-17) avseende samma upphandling.

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



Björn Johansson
Lagman

Målet har föredragits av Christina Röckner.



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens avgörande ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.** Adressen till förvaltningsrätten framgår av avgörandet.

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten inom **tre veckor** från den dag då klaganden fick del av avgörandet. Om avgörandet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när det kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag som avgörandet meddelades. För offentlig part räknas tiden för överklagande alltid från den dag avgörandet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

Prövningstillstånd i kammarrätten

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras 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 avgörande fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till kammarrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Överklagandets innehåll

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. Klagandens person- eller organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Även adress och telefonnummer till arbetsplatsen ska anges, samt eventuell annan adress där klaganden kan nås för delgivning.

Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-post-adress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges.

Om samtliga ovan nämnda person- eller adressuppgifter har lämnats tidigare i målet och fortfarande är aktuella behöver de inte uppges igen. Om någon uppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Forts. nästa sida

Avtal före laga kraft i vissa mål

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens avgörande har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster,
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet,
- lagen (2016:1147) om upphandling av koncessioner,
- lagen (2016:1145) om offentlig upphandling, eller
- lagen (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna

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 fyra förstnämnda lagarna och i 20 kapitlet i de två sistnämnda lagarna.

Ytterligare information

Behöver ni fler upplysningar om hur man överklagar kan ni vända er till förvaltningsrätten.

