



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM
2010-09-29
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
13725-10 E
Enhet 2:2

SÖKANDE
Stryker AB, 556516-1352
Box 54
171 74 Solna

2010-09-29	
Ans	
Dir	
Doss	Akten

Ombud: Advokat Tomas Kjellgren och jur kand Sven Vaxenbäck
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART
Västra Götalandsregionen
Område inköp
Regionens Hus
405 44 Göteborg

Ombud: Linda Kolsmyr
c/o Västra Götalandsregionen, Regionstyrelsen
Regionens hus
462 80 Vänersborg

SAKEN
Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling
(LOU)

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen av ortopediska implantat
produktgrupperna 21 och 27 ska göras om.

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen, Område inköp, (VGR) har genom ett öppet förfarande genomfört en upphandling avseende Ortopediska implantat, dnr SN164-2008. Av tilldelningsbeslut den 18 juni 2010 framgår att VGR beträffande produktgrupperna 21 (protes höft primär ocementerad) och 27 (protes knä total cementserad) avser ingå kontrakt med andra leverantörer än Stryker AB.

YRKANDE M.M.

Stryker AB (bolaget) yrkar att upphandlingen ska rättas eller göras om såvitt gäller produktgrupperna 21 och 27. Bolaget framför bl.a. följande. VGR har brutit mot de allmänna EU-rättsliga principerna om likabehandling och transparens, och därmed även mot 1 kap. 9 § LOU. Som en följd därav har bolaget lidit eller i vart fall riskerar att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt i upphandlingen. Det finns *allvarliga brister i förfrågningsunderlaget*. För området Protes höft och knä, dit produktgrupperna 21 och 27 hör, har angivits att anbudsgivare maximalt kan erhålla 100 poäng för funktion/kvalitet samt att lägsta acceptabla funktions/kvalitetsnivå är 85 poäng. Detta innebär att anbudsgivare, alldeles oavsett nivån på offererat pris, måste uppnå krävd lägsta poängsättning för kvalitet för att gå vidare till slutlig anbudsutvärdering. Kvalitetspoängen under området Protes höft- och knä har VGR fördelat på följande sätt:

Kvalitetsfaktor	Poäng
Vetenskaplig dokumentation	40
Instruktionsmaterial	10
Tillförlitlighet/problemhantering	10
Produktutveckling och utbildning	10
Produktspecifika krav	30

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Av bilaga 1 till förfrågningsunderlaget benämnt "Produktsvar Anbudssvar" har beskrivits på vilket sätt poängsättningen av ovanstående faktorer ska ske. Såvitt avser den mest betydelsefulla faktorn Vetenskaplig dokumentation har VGR begärt att anbudsgivarna ska inge viss dokumentation som ska visa att man uppfyller två specificerade skall-krav i upphandlingen. Bolaget har ansetts fullt ut uppfylla dessa båda skall-kraven rörande vetenskaplig dokumentation. Någon specificering hur maxpoängen (40 poäng) för vetenskaplig dokumentation är fördelade mellan "1.2.1 Dokumentation kommer att bedömas" och "1.3.1 Bedömning kommer att göras utifrån vetenskapliga artiklar inklusive registerdata" har inte angetts i förfrågningsunderlaget. VGR har efter tilldelningsbeslut meddelats uppgett att poängen mellan nämnda punkter är jämnt fördelad samt att någon ytterligare information avseende poängsättningen inte finns att tillgå. - Bolaget har avseende produktgrupp 21 erhållit högsta poäng för alla utvärderingsfaktorer utom för Vetenskaplig dokumentation där det fick 24 poäng, dvs. totalt 84 poäng vilket medfört att bolaget inte gått vidare till utvärderingen av erbjudet pris. VGR:s utvärdering har således inneburit att bolaget förlorat möjligheten att tilldelas kontrakt för produktområde 21. - Vad gäller produktgrupp 27 har bolaget tilldelats maxpoäng för tre av de fem ovanstående utvärderingsfaktorerna och sammanlagt givits 79 poäng. Såvitt avser kriteriet Vetenskaplig dokumentation har bolaget återigen tilldelats 24 poäng. Även inom denna produktgrupp har bolaget inte fått tillräckliga kvalitetspoäng för att prisutvärderas vilket medfört att bolaget förlorat möjligheten att tilldelas kontraktet. - VGR har inte närmare motiverat skälen bakom poängsättningen av bolagets anbud. Av EU-praxis följer att anbudsgivare när de utformar sitt anbud ska underrättas om samtliga uppgifter som den upphandlande myndigheten kommer att beakta för att välja ut det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. VGR:s utformning av de kriterier som ligger till grund för bedömningen rörande Vetenskaplig dokumentation ger de facto VGR fri prövningsrätt vid utvärderingen. Det kan t.ex. omöjligt utifrån utvärderingsmodellens utformning förutses eller motiveras varför

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

bolaget inom produktgrupp 21 tilldelats 24 istället för 25 poäng för kriteriet Vetenskaplig dokumentation. Utvärderingskriterierna har i aktuellt hänseende således inte varit utformade på ett klart och tydligt sätt som möjliggjort att alla rimligt informerade och normalt omsorgsfulla anbudsgivare kunnat tolka kriterierna på samma sätt. - VGR har inte förmått att i sitt tilldelningsbeslut och utvärderingsprotokoll motivera de kvalitetspoäng som tilldelats anbudsgivarna. Det är således inte heller i efterhand möjligt att kontrollera om VGR har klarat att tolka sina egna oklara utvärderingskriterier på ett likabehandlande sätt. Bolaget har också vid genomgång av utvärderingsunderlaget kunnat konstatera att poängsättningen inte synes vara korrekt till bolagets nackdel. - Även *utvärderingsmodellens konstruktion är felaktig*. I 12 kap. 2 § LOU föreskrivs att den upphandlande myndigheten ska ange hur utvärderingskriterierna kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Av förarbeten framgår att kravet på inbördes viktning av utvärderingskriterier innebär ett krav på att ange procentuell viktning, eller, alternativt, som andelar av ett annat utvärderingskriterium. - VGR har tillämpat en utvärderingsmodell som i förhållande till alla anbudsgivare inte givits en enhetlig viktning mellan angivna kvalitetsfaktorer och pris. Vald utvärderingsmodell innebär de facto att för vissa anbudsgivare, såsom bolaget inom nu aktuella produktområden, har valda kvalitetsfaktorer viktats till 100 procent alltmedan för de anbudsgivare som slutligt utvärderats i upphandlingen istället har viktats 100 procent helt utan beaktande av tidigare tilldelade kvalitetspoäng. Tillämpad utvärderingsmodell har också inneburit att någon viktning mellan angivna kvalitetsfaktorer och pris inte har kunnat anges i annonsen eller förfrågningsunderlaget. - *Poängsättningen är felaktig*. VGR har valt att inte ange hur utvärderingskriteriet Vetenskaplig dokumentation ska utvärderas. Mot denna bakgrund bör det inte heller finnas förutsättningar för VGR att sänka poängsättningen avseende detta kriterium under angiven maxpoäng så länge som anbudsgivarna har ingivit krävd vetenskaplig dokumentation enligt uppställda skall-krav. Detta innebär att

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

samtliga anbudsgivare, däribland bolaget, bör tilldelas full poäng (40 poäng) under kriteriet Vetenskaplig dokumentation. – Även om en enskild bedömning kan göras med stöd av VGRs oklara utvärderingsmodell är i vart fall den vetenskapliga dokumentationen som bolaget ingivit av sådan hög kvalitet att bolagets poäng under Vetenskaplig dokumentation bör höjas väsentligt. En jämförelse kan härvid göras med andra produktområden än de nu aktuella där bolaget givits högre kvalitetspoäng för vetenskaplig dokumentation trots att ingiven dokumentation, pga av att offererade produkter är relativt nya, varit mindre omfattande. – Bolaget har också yrkat att Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen tills vidare inte får avslutas innan något annat har beslutats.

VGR bestrider bolagets yrkande om att upphandlingen ska rättas eller göras om samt anför bl.a. följande. VGR har inte brutit mot principerna om likabehandling och transparens. Upphandlingen har i aktuella delar genomförts helt i enlighet med principerna om likabehandling och transparens. Bolaget har därmed inte lidit eller riskerat att lida skada. Om förvaltningsrätten skulle finna att förfrågningsunderlaget och/eller tillämpningen av detsamma skulle vara förknippat med vissa brister är dessa i vart fall inte av den art eller omfattning att de utgör grund för åtgärd enligt 16 kap. 2 § LOU. För det fall förvaltningsrätten inte skulle dela uppfattningen ovan gör VGR gällande att det i vart fall inte rör sig om sådana brister att rättelse är en möjlig åtgärd. Istället är det i sådant fall fråga om brister i förfrågningsunderlagets utformning och tydlighet hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet, vilka inte kan rättas på annat sätt än att upphandlingen görs om i aktuella delar. – Vad gäller påståendet om *allvarliga brister i förfrågningsunderlaget* framför VGR bland annat följande. I anbudsinvjudan avsnitt 2.11.2, bilaga 1, har VGR närmare redogjort för utvärderingen av anbuderna inklusive poängsättningen. Produktgrupperna är system för olika typoperationer och att bedömningen skulle ske med ett helhetsperspektiv på systemet. Poängsättningen skulle ske i intervall enligt den

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

indelning som beskrivs senare i samma avsnitt, från 0 poäng (ingen funktion/kvalitet) till angivet maxvärde (total uppfyllelse). När det gäller delområde Höft- och knäproteser har VGR i anbudsinbjudan angett att maximalt 100 poäng kan erhållas för funktion/kvalitet och att lägsta acceptabla nivå är 85 poäng. Vidare framgår av indelningen för poängsättningen för detta delområde att för kvalitetsfaktorn Vetenskaplig dokumentation kan en anbudsgivare erhålla maximalt 40 poäng. I bilaga 1 till anbudsinbjudan återfinns de generella krav samt de produktspecifika krav som har ställts upp för de olika produktgrupperna. Under rubriken Generella krav punkten 1 i denna bilaga framgår de ska-krav och bör-krav som VGR har angett avseende Vetenskaplig dokumentation för bl.a. de produktgrupper som omfattas av bolagets begäran om överprövning, dvs produktgrupperna 21 och 27. Av betydelse i sammanhanget är de ska-krav som återfinns i punkterna 1.2 och 1.3. Dessa ska-krav är formulerade på följande sätt:

1.2 Implantaten skall ha adekvat klinisk testning avseende hållfasthet, biomekanik och biokompatibilitet. Dokumentation skall bifogas."

1.3 Implantatet skall vara dokumenterat med överlevnadsdata eller en vidareutveckling av ett befintligt dokumenterat system. De överlevnadsdata som leverantören vill åberopa skall bifogas.

Till ska-kravet punkten 1.2 anknyter bör-kravet i punkten 1.2.1 och till ska-kravet i punkten 1.3 anknyter bör-kravet i punkten 1.3.1. Förfrågningsunderlaget är en helhet och ska givetvis läsas som en sådan. Bör-kraven ska således läsas och tolkas mot de ska-krav till vilka de anknyter. I bör-kravet i 1.2 anges att "Dokumentationen kommer att bedömas". Bedömningen avser den dokumentation som ska ges in enligt ska-kravet i punkten 1.2 och det är också de egenskaper som anges i punkten 1.2 som är ramen för VGRs bedömning och det som VGR fäster vikt vid vid utvärderingen av bör-kravet. – Bolaget gör gällande att det inte framgår av förfrågningsunderlaget hur den maximala poängen, 40 poäng, är fördelade mellan börkraven i 1.2 och 1.3.1 och att VGR har lämnat information om fördelningen först efter det att tilldelningsbeslutet meddelats. Den 7 maj 2010, dvs innan anbudstiden gick ut skickade VGR till samtliga de leverantörer som hämtat

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

ut förfrågningsunderlaget svar på frågor som inkommit från leverantörer i anledning av förfrågningsunderlaget. En av de frågorna jämte VGRs svar var som följer:

Fråga från leverantör Hur bedöms börkraven? Ex. inom område trauma ger de produktspecifika kraven 25 poäng per produktområde. Men hur fördelas de? I vissa fall är det flera börkrav och i andra fall endast ett börkrav. Kan vi förutsätta att poängen fördelas jämnt? På produktgrupp cervikal höftfraktur är det endast ett börkrav. Om man får full poäng på allt annat och inte klarar de produktspecifika börkraven så kommer man inte med. Man uppnår inte de 85 minimipoängen. Är detta rimligt?

VGRs svar på frågan Svar: Ja, poängen fördelas jämnt. Poängen för börkrav på cervikal höftfraktur fördelas beroende på hur stort sortimentet är. Litet sortiment ger mindre poäng till stort sortiment som ger max 25 poäng.

Av förfrågningsunderlaget jämte lämnade svar har därmed tydligt framgått att den angivna maximala poängen, 40 poäng, för Vetenskaplig dokumentation fördelas jämt mellan de två angivna börkraven och att maximalt 20 poäng kunde erhållas för respektive börkrav. Den information som lämnats i förfrågningsunderlaget i anslutning till aktuella börkrav är tillräckligt för att leverantörer ska kunna förutse vad som tillmäts betydelse vid poängsättningen. – Det ska tilläggas att fråga är om funktionella/kvalitativa börkrav. Utvärderingen av den typen av krav bygger alltid på ett visst mått av subjektiv bedömning. I en upphandling som den nu aktuella torde det vara omöjligt att utforma förfrågningsunderlaget så att det exakt framgår vad som ska uppnås för att ett anbud ska erhålla ett visst poäng avseende ett funktionskvalitetskriterium. De olika produktgrupperna är system för olika typoperationer och bedömningen av anbuden sker med ett helhetsperspektiv på systemet. – *Påståendet att utvärderingssystemet är felaktigt.* Det upphandlingsrättsliga regelverket innehåller inte några närmare bestämmelser om hur ett förfrågningsunderlag ska vara utformat eller hur en utvärderingsmodell ska vara konstruerad. Att viktning av tilldelningskriterier enbart kan uttryckas i procent eller som andelar av annat kriterium bestrids därför. – *Påståendet om att poängsättningen är felaktig.* Utvärde-

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

ringen har genomförts helt i enlighet med det som anges i förfrågningsunderlaget. VGR vill tillägga att det inte är mängden vetenskaplig dokumentation som anbudsgivare har ingett som har motiverat poängsättningen utan innehållet i dokumentationen i förhållande till ställda bör-krav.

Förvaltningsrätten har den 2 juli 2010 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas i de delar som avser produktgrupperna 21 och 27 innan förvaltningsrätten slutligt prövar upphandlingen eller beslutar något annat.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser mm

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

Förvaltningsrätten har enligt 16 kap. 2 § första stycket LOU att pröva om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § eller någon annan bestämmelse i lagen. Om så är fallet 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.

I 12 kap. 1 § LOU, i dess för målet aktuell lydelse, anges att en upphandlande myndighet ska anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Vidare sägs att vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska myndigheten ta hänsyn till olika kriterier som är kopplade till föremålet för kontraktet, såsom pris, leverans- eller genomförandetid, miljöegenskaper, driftkostnader, kostnadseffektivitet, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service och tekniskt stöd. En upphandlande myndighet skall i annonsen om upphandlingen eller i förfrågningsunderlaget ange vilken grund för tilldelning av kontraktet som kommer att tillämpas.

I 2 § sistnämnda kapitel, i dess för målet aktuell lydelse anges att den upphandlande myndigheten skall ange hur sådana kriterier som avses i 1 § andra stycket kommer att viktas inbördes vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Kriterieviktningen får anges som intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Om det enligt den upphandlande myndigheten inte är möjligt att ange viktningen av de olika kriterierna, skall dessa anges i fallande prioritetsordning. Viktningen av kriterierna eller kriteriernas prioritetsordning skall anges i 1. annonsen om upphandlingen, 2. förfrågningsunderlaget, eller i 3. en inbjudan att lämna anbud eller att delta i förhandlingar.

I praxis (se RÅ 2002 ref 50) har uttalats att förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

Utredning

Under punkt 2.2. Upphandlingsbegrepp har i förfrågningsunderlaget angetts att begreppen Skall-krav och Bör-krav har följande betydelse:

Skall-krav (obligatoriska krav): kravformuleringar som i förfrågningsunderlag, kravspecifikation och bilagor innefattar ordet "skall". Dessa krav måste uppfyllas, annars förkastas anbudet.

(Se Anbudsprövning/Kvalificering, *steg 1*)

Bör-krav: kravformulering som i förfrågningsunderlag, kravspecifikation och bilagor innefattar ordet "bör". Det är önskvärt att dessa krav uppfylls. I den mån dessa krav är hänförliga till utvärderingskriterier utgör de grund för värdering av anbudet

(Se Anbudsprövning/Kvalificering, *steg 2*)

Under punkten 2.7 Helt eller delat anbud anges bland annat följande. Anbud skall lämnas per hel produktgrupp. En produktgrupp är ett komplett system för efterfrågad typoperation. Vidare anges att ramavtal kommer att tecknas med minst 3 leverantörer per produktgrupp, under förutsättning att krav om kvalifikation och miniminivå i utvärderingen är uppfyllt.

Vad gäller anbudsprövning sägs i förfrågningsunderlaget att anbudsprövningen sker i två steg; 1. Kvalificering av anbudsgivare och 2: Anbudsvärdering. Under rubriken 2.11.2 Utvärdering av anbud – utvärderingskriterier har bl a följande sagts i förfrågningsunderlaget:

Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven enligt punkt "Kvalificering", ovan, samt uppnår den lägst accepterade funktion/kvalitetsnivån (poängen) kommer de anbud antas som lämnat lägst pris. Per produktgrupp kommer minst 3 leverantörer att väljas.

Upphandlingsområdet är indelat i 4 delområden. Varje specialitet utvärderar inkomna anbud inom sitt delområde och bedömningen kommer att göras av ställda utvärderingskriterier, enligt bilaga 1 produktkrav/anbudssvar. Varje delområde är uppdelat på flera produktgrupper. Produktgrupperna är system för olika typoperationer. Bedömning kommer att ske med ett helhetsperspektiv på systemet. Poängsättningen kommer att ske i intervall enligt nedanstående indelning, från 0 poäng (ingen funktion/kvalitet) till angivet maxvärde (total uppfyllelse.)

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**
Avdelning 2

DOM

Implantat trauma:

Implantat ryggkirurgi:

Protes höft- och knä

Maximalt kan 100 poäng erhållas för funktion/kvalitet. Lägsta acceptabla funktion/kvalitetsnivå (poäng) är 85 poäng.

Höft- och knä proteser		Vetenskaplig dokumentation	Instruktionsmaterial	Tillförlitlighet /problemhantering	Produktutveckling och utbildning	Produktspecifika krav	Maxpoäng börkrav
Krav nr		1	2	3	4	5-15	
5	Protes höft primär cementerad	40	10	10	10	30	100
6	Protes höft hemi cementerad	40	10	10	10	30	100
7	Protes höft primär ocementerad	40	10	10	10	30	100
8	Protes höft hemi ocementerad	40	10	10	10	30	100
9	Protes höft revision cementerad	40	10	10	10	30	100
10	Protes höft revision ocementerad	40	10	10	10	30	100
11	Protes höft ytersättning	40	10	10	10	30	100
12	Protes knä unikompartimentell cementerad	40	10	10	10	30	100
13	Protes knä total cementerad	40	10	10	10	30	100
14	Protes knä revision cementerad	40	10	10	10	30	100
15	Protes knä kopplad	40	10	10	10	30	100

I Bilaga 1 Produktkrav/Anbudssvar till förfrågningsunderlaget har följande redovisats under rubriker Beskrivning – GENERELLA KRAV
Protes höft- och knä, 1. Vetenskaplig dokumentation.

- 1.1. Produkten skall vara CE-märkt enligt MDD-direktivet, ange om kravet uppfylls. Intyg skall insändas på anmodan
- 1.2. Implantaten skall ha adekvat klinisk testning avseende hållfasthet, biomekanik och biokompatibilitet. Dokumentations skall bifogas.
 - 1.2.1 Dokumentation kommer att bedömas

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

1.3. Implantatet skall vara dokumenterat med överlevnadsdata eller en vidareutveckling av ett befintligt dokumenterat system. De överlevnadsdata som leverantören vill åberopa skall bifogas

1.3.1 Bedömning kommer att göras utifrån vetenskapliga artiklar inkl registerdata.

Under rubriken "Information" har avseende punkt 1.1 ovan har angetts "Ange" och under rubriken "Krav" har underrubriken "Skall" kryssats för. För punkt 1.2 ovan har under "Information" angetts "Bifogas, anges bilaga nr" och under "Krav" har underrubriken "Skall" kryssats för. För punkt 1.2.1 ovan har under rubriken "Krav" underrubriken "Bör" kryssats för. För punkt 1.3 ovan har under rubriken "information" angetts "Bifogas, anges bilaga nr" och under rubriken "Krav" har underrubriken "Skall" kryssats för. Slutligen har för punkt 1.3.1 har under rubriken "Krav" har underrubriken "Bör" kryssats för.

I VGRs dokument för utvärdering av Kvalitet och funktion har antecknats att bolaget för Vetenskaplig dokumentation för produktgrupp 21 Protes höft primär ocementerad fått 24 poäng och för produktgrupp 27 Protes knä total cementerad fått 24 poäng. Av ingivet material framgår inte för vad bolaget fått sina poäng.

Förvaltningsrättens bedömning

Ett grundläggande krav när det gäller upphandlingen är att förfrågningsunderlaget ska vara så tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen samt att utvärderingsmodellen är utformad så att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, dvs. att det anbud som är mest ekonomiskt fördelaktigt eller har lägst pris antas. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens.

*Brister i förfrågningsunderlaget, utvärderingsmodellens konstruktion
och poängsättningen*

I förevarande fall har den upphandlande enheten gjort utvärderingen i tre led. Först ska anbudsgivaren kvalificera sig, därefter ska produkten kvalificera sig och slutligen avgör priset vem som tilldelas kontrakt.

Till kvalificeringen av produkten har VGR knutit s.k. börkrav, som utgör värderingskriterium som används vid bedömning av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Denna sammanblandning av kvalificeringskriterier och utvärderingskriterier måste även för den insatte anbudsgivaren vara svärgenomtränglig.

I redovisningen av utvärderingen har VGR poängsatt kravet på vetenskaplig dokumentation högt samtidigt som någon evidensgradering av efterfrågad hållfasthet, biomekanik och biokompabilitet eller överlevandedata inte närmare specificerats. Det har dock sagts att bedömningen kommer att ske med ett helhetsperspektiv på ett system för typoperation. Åberopad vetenskaplig dokumentation (>40 poäng) ska då tillsammans med instruktionsmaterial (>10 poäng), tillförlitlighet/problemhantering (> 10 poäng) samt produktspecifika krav (> 30 poäng) visa var offererad produkt ligger i en skala från "saknar funktion/kvalitet" (0 poäng) till "total uppfyllelse" (100 poäng).

Vad gäller uppgivet krav på vetenskaplig dokumentation, som endast finns i gruppen Protes höft- och knä har VGR nu, för utvärderingen av Vetenskaplig dokumentation, uppgett att VGRs utvärderingsgrupp biträtts av en professor i ortopedi. Professorn har gått igenom den vetenskapliga dokumentation som getts in och utvärderat den utifrån de aspekter som angetts i förfrågningsunderlaget. Professorn har redovisat sina bedömningar för gruppen, som efter ytterligare genomgång och diskussion bestämde vilken

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG****DOM**

Avdelning 2

poäng som respektive anbudsgivare skulle tilldelas under detta kriterium. Av den gjorda utvärderingen avseende vetenskaplig dokumentation framkommer dock inte fördelningen av poängen för börkraven 1.2.1. (högst 20 poäng) och 1.3.1 (högst 20 poäng) och inte heller om någon skillnad förekommit i aktuell professors värdering av dokumentationen och gruppens slutliga värdering. Poängsättningen kan inte bedömas som transparent redovisad i förfrågningsunderlaget, de förtydliganden som VGR redovisat i frågor och svar eller ens i utvärderingen.

Vid dessa förhållanden finner Förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget och utvärderingsmodellen inte uppfyller LOUs krav på likabehandling och transparens, som bolaget påstått. Detta innebär att bolaget kan lida skada. Förvaltningsrätten finner vidare att rättelse kan inte göras på annat sätt än att upphandlingen i aktuella delar görs om.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV3109/1b LOU)



Silja Klint

Rådman



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, mälnummer 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 uppgive 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