



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG**

Avd. 3

DOM
2016-09-02
Meddelad i
Göteborg

Mål nr
3383-16

SÖKANDE

BSN Medical AB, 556605-6197
Uggledalsvägen 15
427 40 Billdal

Ombud: Advokaten Natalie Svensson
Advokataktiebolaget Nordic Law
Skeppsbron 11, 4 tr
211 20 Malmö

MOTPART

Västra Götalandsregionen/Västra Götalands läns landsting
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

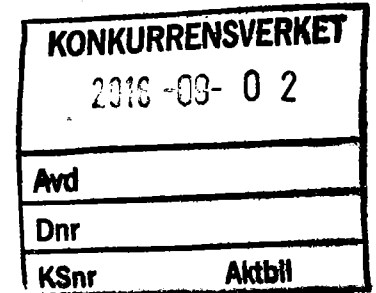
Ombud: Regionjuristen Johanna Jonsson
Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen i den del som avser
produktgrupp 9, kompressionsbandage 2-lager, får avslutas först sedan
rättelse har gjorts genom en ny utvärdering av anbuden.



Dok.Id 413820

Postadress
Box 53197
400 15 Göteborg

Besöksadress
Sten Sturegatan 14

Telefon
031 - 732 70 00
E-post: forvaltningsrattenigoteborg@dom.se
www.forvaltningsrattenigoteborg.domstol.se

Telefax
031 - 711 78 59

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Västra Götalandsregionen/Västra Götalands läns landsting (VGR) genomför en offentlig upphandling av kompressions- och antitrombosprodukter, dnr RS 2340-2015. Upphandlingen är uppdelad i 20 produktgrupper och genomförs med ett öppet förfarande enligt LOU. Kontrakt ska tilldelas leverantören med det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet för VGR. Av tilldelningsbeslut den 18 mars 2016 framgår att 3M Svenska AB (3M) tilldelats kontrakt avseende produktgrupp 9, kompressionsbandage 2-lager.

YRKANDEN M.M.

BSN Medical AB (BSN) yrkar att förvaltningsrätten ska ingripa mot upphandlingen avseende produktgrupp 9. BSN, som anser att upphandlingen ska i första hand rättas och anbuden utvärderas på nytt och i andra hand göras om, anför bl.a. följande. Utvärderingen av anbuden har skett på ett bristfälligt, skönsmässigt och icke förutsebart sätt. BSN erhöll 3 poäng och ett påslag på priset om 12 160 kr för kriteriet (i) ”Bandaget bör vara bekväm för bäraren, ej hindra rörligheten”. 3M har erhållit 5 poäng för sin produkt och erhållit motiveringen ”mycket bättre rörlighet än kriteriet om man lindar enligt bifogad instruktion”. Det finns ingen anledning till att 3M ska erhålla högre poäng än BSN för det aktuella kriteriet och poängsättningen är uppenbarligen grundad på en skönsmässig bedömning i strid med förfrågningsunderlaget och de grundläggande principerna om likabehandling och transparens. 3M:s produkt är tjockare över de lindande partierna än BSN:s produkt. Motiveringen till poängsättningen kan inte uppfattas på annat sätt än att den baserats på tjocklek efter applicering av respektive produkt. Det framgår inte på vilka grunder bedömningen har gjorts. Det finns inga testprotokoll eller liknande dokumentation som visar hur utvärderingen genom-

förts eller hur VGR kommit fram till sitt beslut. BSN har offererat ett lägre pris än 3M och BSN skulle rätteligen antagits för den aktuella produktgruppen om utvärderingsmodellen upprättats och utvärderingen skett i enlighet med grundläggande principer om transparens och likabehandling. BSN:s möjlighet att tilldelas kontraktet har försämrats till följd av bristerna i upphandlingen. BSN har lidit eller riskerar att lida skada på grund av dessa överträdelser.

VGR har använt kriterier vid utvärderingen som inte framgår av förfrågningsunderlaget. De två kriterier som VGR tillämpat vid utvärderingen (i) "Bandaget bör vara bekväm för bäraren, ej hindra rörligheten" samt (ii) "Bandaget bör ha god vidhäftning så att bindan sitter kvar" är knapphändiga och minst sagt icke-transparenta och oförutsebara. Poängsättningen ger inte heller i sig någon vägledning till hur bedömningen gjorts, 5 poäng för "mycket bättre än kriteriet", 3 poäng för "kriteriet uppfylls på ett normalt sätt, 1 poäng för "mycket sämre än kriteriet" och 0 poäng för "kriteriet uppfylls inte alls".

Vad gäller det första kriteriet, (i) "Bandaget bör vara bekväm för bäraren, ej hindra rörligheten", är det oklart vad som åsyftas med "bekväm". Detta underkriterium ger ingen vägledning alls. Det andra underkriteriet är att bandaget inte ska hindra rörligheten, men det anges inte vilken rörlighet som avses. Klart är att bandage alltid minskar rörligheten i någon mån för den person som har bandaget. Poängskalan där högsta poäng tilldelas den produkt som är "mycket bättre än kriteriet" är orealistisk. Ett stort utrymme för godtyckliga bedömningar lämnas när någon ska bedömas som bättre än att rörligheten inte hindras. Vad avser det andra kriteriet, (ii) "Bandaget bör ha god vidhäftning så att bindan sitter kvar", så har VGR förklarat att BSN:s och 3M:s produkter uppfyllt kriteriet på ett "normalt sätt". Med andra ord har VGR ansett att produkterna sitter kvar på benet. Det är oklart vad som krävs för att erhålla den högsta poängen och vad som är innebörden i att en

produkt sitter kvar ”mycket bättre” på benet. Kriteriet är orealistiskt och det lämnas även här mycket stort utrymme för godtyckliga bedömningar. På grundval av dessa krav har anbudsgivararna inte kunnat avgöra vilken den efterfrågade kravnivån är och hur denna kommer att bedömas. Förfrågningsunderlagets utformning är mycket otydlig och de aktuella kraven är oförutsebara i sig. Det finns därför en uppenbar risk för godtycke.

BSN har till följd av VGR:s överträdelse av LOU gått miste om det aktuella kontraktet. BSN har eller riskerar att lida skada på grund av dessa överträdelser då dessa medfört att BSN:s möjlighet att tilldelas kontraktet försämrats.

VGR anser att ansökan ska avslås och anför i huvudsak följande. BSN har gjort gällande att VGR har genomfört anbudsutvärderingen inom produktgrupp 9 på ett sätt som står i strid med LOU och de grundläggande principerna. BSN har ifrågasatt VGR:s utvärdering av de två kriterierna under produktgrupp 9 och anført att BSN:s anbud borde tilldelats 5 poäng i stället för 3 poäng i dessa delar.

I produktspecifika krav för produktgrupp 9 har angivits som ett obligatoriskt krav att bruksanvisning/instruktion på svenska ska bifogas produkten. Såväl BSN som 3M har till sina anbud bifogat bruksanvisning/instruktion. Båda bolagen uppfyller således det aktuella kravet. Projektgruppen för upphandlingen har genomfört lindningar med de i upphandlingen offererade bandagen utifrån ingivna bruksanvisningar/instruktioner. Bandagen har sedan prövats av medlemmarna i projektgruppen i ett antal dagar för att dessa ska kunna bilda sig en uppfattning om bandagens kvalitet utifrån de uppställda utvärderingskriterierna. Bandagen har alltså utvärderats utifrån angivna utvärderingskriterier av varje enskild medlem i projektgruppen. Någon mätning eller utvärdering av bandagens tjocklek har däremot inte gjorts. Detta är helt i enlighet med de angivna utvärderingskriterierna, som inte anger

något om att tjockleken hos bandagen kommer att bli föremål för en självständig utvärdering.

BSN:s produkt har befunnits uppfylla såväl kriterium (i) ”Bandaget bör vara bekväm för bäraren, ej hindra rörligheten” som kriterium (ii) ”Bandaget bör ha god vidhäftning så att bindan sitter kvar”. Produkten har inte på något sätt erhållit negativa omdömen vid utvärderingen i upphandlingen. Däremot har utvärderingen av BSN:s produkt inte visat att de angivna utvärderingskriterierna är uppfyllda på ett sådant sätt att BSN borde ha tilldelats betyget 5 i stället för betyget 3 för respektive utvärderingskriterium. Samtliga produkter som har offererats i produktgrupp 9 har prövats och utvärderats på samma sätt utifrån vad som närmare angivits i förfrågningsunderlaget. BSN:s påstående om motsatsen, utan att något närmare stöd för påståendet har angivits, saknar grund och ska därför lämnas utan avseende i målet.

Den i upphandlingen tillämpade utvärderingsmodellen avseende bör-kraven har skett helt i enlighet med ”Produktspecifika krav” samt av en projektgrupp som har bestått av representanter utsedda av VGR som tillsammans har hög kompetens och beprövad klinisk erfarenhet av hur väl produkterna fungerar för ändamålet. Utvärderingen har alltså skett på objektiva grunder, dvs. utifrån förfrågningsunderlagets fastställda utvärderingskriterier, poängskalor och viktning. De kvalitetskriterier som har ställts upp är i sig befo-gade. Såvitt gäller utvärderingen av kvaliteten hos en produkt av det aktuella slaget är det av väsentlig betydelse att bandaget sitter bekvämt för bäraren och inte hindrar rörligheten och att det har god vidhäftning så att det sitter kvar. Kriterier av det slaget kan inte utformas på ett sätt som helt utesluter ett visst mått av subjektivitet. Därmed måste bedömningen av hur väl ett anbud uppfyller de ställda kriterierna till viss del bli skönsmässig. Genom att låta en högt kompetent och erfaren projektgrupp utvärdera anbuden har dock VGR vinnlagt sig om att i vart fall så långt som möjligt minimera de subjektiva inslagen.

Poängskalan har inte varit orealistisk. Det var inte orealistiskt att anta att de angivna kvalitetskriterierna skulle kunna komma att uppfyllas av inkomna anbud på ett utmärkt sätt i stället för ett bra sätt (dvs. på ett normalt sätt). Vad gäller kriterium (i) så har 3M:s offererade produkt ansetts uppfylla kriteriet på ett utmärkt sätt då bl.a. bandaget inte behöver täcka hälen, vilket gör bekvämligheten större. Vad gäller kriterium (ii) så har under alla omständigheter poängskalan inte medfört att BSN lider eller kan komma att lida skada, då samtliga anbud bedömts uppfylla kriteriet på samma sätt.

Utvärderingsmodellen i upphandlingen är utformad på ett sådant sätt att såväl BSN som övriga anbudsgivare i upphandlingen måste ha förstått hur ett konkurrenskraftigt anbud borde ha utformats. BSN har inte ens påstått, än mindre visat, att BSN:s anbud hade utformats på ett annat sätt om utvärderingsmodellen hade sett annorlunda ut i de delar som BSN har riktat kritik mot. BSN har således inte visat att utvärderingsmodellens utformning har påverkat BSN:s möjlighet att lämna sitt mest konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Upphandlande myndigheter 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 (1 kap. 9 § LOU).

Om den upphandlande myndigheten brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU 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 (16 kap. 6 § första stycket LOU).

Förvaltningsrättens bedömning

I fråga om utvärderingsmetoden och hur den beskrivs i förfrågningsunderlaget, så framgår det av förfrågningsunderlaget, avsnitt 5.3, att bedömningen av utvärderingskriterierna ska göras av en projektgrupp som består av representanter för VGR som utses av VGR. Gruppen ska enligt förfrågningsunderlaget ha en hög kompetens, klinisk erfarenhet och beprövad erfarenhet av hur väl produkterna fungerar för ändamålet. Bedömningen av kriterierna ska göras enligt en skala, 0–5, och värderingen ska bestämmas till 0, 1, 3 eller 5 poäng. Poängen motsvarar följande bedömningsnivåer: 5 poäng = utmärkt, dvs. mycket bättre än kriteriet; 3 poäng = bra, dvs. kriteriet uppfylls på ett normalt sätt; 1 poäng = dåligt, dvs. mycket sämre än kriteriet; 0 poäng = mycket dåligt, dvs. kriteriet uppfylls inte alls. Beträffande produktgrupp 9 beskrivs utvärderingskriterierna på följande sätt: bandaget bör vara bekvämt för bäraren, ej hindra rörligheten, 40 %; bandaget bör ha god vidhäftning så att bindan sitter kvar, 60 %. Det framgår vidare att poängsättningen bestämmer om det ska ske ett prispåslag och hur stort detta påslag ska vara. Utifrån detta ska ett jämförelsevärde bestämmas varvid den leverantör som fått lägst jämförelsevärde ska tilldelas kontrakt. Av underlaget framgår även att en bruksanvisning/instruktion på svenska ska bifogas anbudet.

Den praktiskt inriktade utvärdering som beskrivs i förfrågningsunderlaget strider enligt förvaltningsrättens uppfattning inte mot LOU. Det är vidare acceptabelt att det närmare antalet deltagare i projektgruppen och gruppdeltagarnas närmare kompetens inte anges i förfrågningsunderlaget. Beskrivningen av de två utvärderingskriterierna är vidare tillräckligt tydliga för att utvärderingsmodellen ska anses vara förenlig med LOU. Sammantaget

anser förvaltningsrätten att utvärderingsmodellen, som den beskrivs i förfrågningsunderlaget, inte strider mot LOU.

När det gäller genomförandet av utvärderingen, framgår det av tilldelningsbeslutet vilka personer som har ingått i projektgruppen som utvärderat de två kriterierna. Det rör sig om nio personer med följande befattningar/kompetenser: 1. produktkonsulent, hjälpmedelscentralen, 2. sjuksköterska, hudmottagningen, 3. hjälpmedelskonsulent, hjälpmedelscentralen, 4. arbetsterapeut, Sahlgrenska, 5. materialkonsulent, koncerninköp, 6. projektledare, koncerninköp, 7. projektledare koncerninköp, 8. kundservice, koncerninköp, och 9. fysioterapeut/lymfaterapeut. Det framgår även vilka poäng BSN och 3M har fått vid utvärderingen. VGR har även framhållit i skriftväxlingen i målet att bandagen har lagts enligt de bruksanvisningar/instruktioner som det har ålegat respektive leverantör att lämna in tillsammans med anbudet. VGR har vidare beskrivit att bandagen har, efter att de har lagts enligt bruksanvisningarna/instruktionerna, prövats och utvärderats av medlemmarna i projektgruppen enligt uppställda utvärderingskriterier. Därefter har ett konsensusbeslut för varje anbud fattats. Någon ytterligare dokumentation avseende utvärderingen har dock inte åberopats i målet.

Som framgått anser förvaltningsrätten att utvärderingsmetoden är tillräckligt tydligt beskriven i förfrågningsunderlaget. Beskrivningen i förfrågningsunderlaget är samtidigt sådan att den ger VGR ett visst handlingsutrymme i fråga om hur utvärderingen närmare ska genomföras. Att VGR har ett visst sådant utrymme innebär dock inte att VGR kan utnyttja detta helt skönsmässigt. De åtgärder VGR vidtar inom nämnda utrymme ska sålunda vara förenliga med LOU. Det finns alltså ett krav på VGR att de inte agerar i strid med bl.a. likabehandlingsprincipen vid utvärderingen. En grundläggande förutsättning för leverantörernas kontroll – och nu förvaltningsrättens överprövning – av att VGR inte har agerat i strid med likabehand-

lingsprincipen är att VGR så långt möjligt har dokumenterat utvärderingen och närmare kan beskriva hur utvärderingen har gått till. Brister i detta hänseende kan innebära att upphandlingen strider mot öppenhetsprincipen.

Enligt förvaltningsrättens mening ligger dels beskrivningen i tilldelningsbeslutet av projektgruppens sammansättning och gruppmedlemmarnas befattningar/kompetens och av resultatet av utvärderingen, dels VGR:s beskrivning i skriftväxlingen i målet av utvärderingens genomförande väl i linje med det som bör krävas inom ramen för öppenhetsprincipen. Förvaltningsrätten anser vidare att beskrivningen talar emot att utvärderingen har skett i strid med likabehandlingsprincipen. Vad som däremot framstår som en brist i upphandlingen är att gruppmedlemmarnas respektive bedömningar eller utvärderingar inte har redovisats. Enligt förvaltningsrättens uppfattning är det av avgörande betydelse vid kontrollen av det s.k. konsensusbeslutet att underlaget för detta – dvs. varje enskild gruppmedlems bedömning eller utvärdering – finns öppet redovisat. Eftersom så inte är fallet, anser förvaltningsrätten att upphandlingen strider mot öppenhetsprincipen.

Såvitt gäller frågan om den ovan konstaterade bristen har medfört att BSN lidit eller kan komma att lida skada, konstaterar förvaltningsrätten att BSN:s anbudspris är lägst samt att BSN:s jämförelsevärde för produktgrupp 9 är det näst högsta och att BSN:s anbud därmed är det näst bästa anbudet efter 3M:s. Sammantaget framstår det därför som sannolikt att BSN har lidit skada till följd av att VGR har brutit mot LOU på sätt som framgår ovan.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten att VGR har brutit mot öppenhetsprincipen vid utvärderingen och att detta har medfört att BSN har lidit skada. Förvaltningsrätten finner därför skäl att ingripa mot upphandlingen genom rättelse. Upphandlingen avseende produktgrupp 9 får därvid avslutas först sedan rättelse har gjorts genom att VGR genomför en ny utvärdering.

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

Mattias Almqvist

Rådman

Föredragande i målet har varit förvaltningsrättsnotarien Alexandra Tham
Johansson.



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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

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 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut 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, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.