


**FÖRVALTNINGSRÄTTEN  
I VÄXJÖ**

 Föredragande:  
Carin Gunnarsson

**DOM**  
2011-06-14  
Meddelad i  
Växjö

 Mål nr  
971-11

**SÖKANDE**

 Mermaid Medical A/S  
Frydensbergvej 25  
DK-3660 Stenløse  
Danmark

 Ombud: Daniel Lennartz  
c/o Mermaid Medical A/S  
Frydensbergvej 25  
DK-3660 Stenløse  
Danmark

**MOTPART**

 Landstinget i Kalmar län  
Landstingets Serviceförvaltning, Upphandling  
Box 601  
391 26 Kalmar

**SAKEN**

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

<b>KONKURRENSVERKET</b>	
2011-06-15	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om avseende position 108, produktgrupp 55 samt position 109, produktgrupp 56.

Förvaltningsrätten prövar inte Mermaid Medical A/S:s yrkande om ersättning för kostnader i ärendet.

Dok.Id 29622

**Postadress**  
Box 42  
351 03 Växjö

**Besöksadress**  
Kungsgatan 8

**Telefon**  
0470-868 00  
**E-post:** forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

**Telefax**  
0470-869 50

**Expeditionstid**  
måndag – fredag  
08:00-16:30

**YRKANDEN M.M.**

Landstinget i Kalmar län (landstinget) har genomfört en upphandling av sjukvårdsprodukter. Enligt tilldelningsbeslut den 10 mars 2011 har landstinget beslutat att anta anbud från Bard Norden AB vad gäller position 109, produktgrupp 56. Landstinget beslutade att inte anta något anbud i position 108, produktgrupp 55, eftersom offererade produkter från Mermaid Medical A/S, RBN-84 och RTN-84, inte ansågs motsvara efterfrågad produkt.

Mermaid Medical A/S (bolaget) ansöker om överprövning i dessa delar och yrkar ersättning för nerlagt arbete med 10 000 kr. Bolaget anför i huvudsak följande. Utvärderingskriterierna är godtyckliga och det redogörs inte i anbudsunderlaget för hur dessa ska definieras. Mätbarhet och transparens saknas. Skall-krav i position 108 produktgrupp 55, som benämns ”skall vara lätthanterlig” och ”skall vara stadig”, anses inte uppfylla kraven på mätbarhet och transparens. Upphandlande enhet testade inte deras produkt kliniskt men gav sig ändå på att utvärdera den. Detta bryter mot lika-behandlingsprincipen. Analysen måste bli att upphandlande enhet valde att värdera offererad produkt som inte godkänd. Det finns inget objektivt underlag till varför bedömningen görs som den gör. Eftersom nämnda stickskydd inte är något lagkrav eller en del av produkten i sig, utan ett tillbehör, ska detta argument helt bortses från. Om landstinget varit tillräckligt tydlig i sina krav och angett stickskydd som ett skall-krav hade det varit fullständigt transparent. Bolaget har nämnda stickskydd i sitt sortiment och hade kunnat erbjuda detta om det stått i underlaget. Om förutsättningarna varit klargjorda och transparenta hade bolaget kunnat uppnå alla ställda krav och således blivit antagen som ensam leverantör. Vad gäller RBN-84 anser bolaget att utvärderingen är gjord på ett felaktigt sätt då det var minst 3 år sedan produkten testades och att den utvecklats sedan dess. Om landstinget menar att de inte kan använda produkten till avsedd procedur så måste det innebära att landstinget har stora handhavandeproblem vid an-

vändandet av produkten. Bör-krav i position 109, produktgrupp 56, som benämns ”bör vara enkelt att fixera nålen i instrumentet” och ”bör vara stadig” anses inte uppfylla kraven om mätbarhet och transparens. I position 109 har enligt upphandlande enhet valts en leverantör efter vem man tror är bäst på service av en produkt som inte är en del av underlaget. Detta är ett brott mot transparensprincipen. Bolaget hänvisar till dom från Förvaltningsrätten i Göteborg och åberopar korrespondens med landstingets upphandlare efter att tilldelningsbeslut fattats.

Landstinget motsätter sig bifall till ansökan och yrkar att ersättningsyrkandet om 10 000 kr avvisas. Landstinget anför följande. Bolagets offererade produkt RTN-84 saknar till skillnad från exemplifierad produkt stickskydd, vilket innebär en väsentlig avvikelse som medför fara för såväl arbetsmiljön som patientsäkerheten. Produkten uppfyllde således inte samtliga skallkrav och gick därmed inte vidare till utvärdering. Bolaget har därmed inte lidit skada. Utvärderingen av bolagets produkt RBN-84 grundade sig på bedömning av insänt varuprov samt landstingets tidigare erfarenhet av produkten helt enligt förfrågningsunderlaget. Det saknas skäl att göra annan bedömning av hur väl de kvalitativa kriterierna uppfylldes gällande såväl bolagets produkt som tilldelad leverantörs produkt. Landstinget menar att kraven varit tillräckligt klart uttryckta så att det går att förstå hur ett konkurrenskraftigt anbud skulle utformas samt att kraven bedömts korrekt. Utvärderingen av den produkt bolaget offererade inom produktionsgrupp 56, position 109, grundades på bedömning av insänt varuprov helt i enlighet med förfrågningsunderlaget. Det saknas skäl att göra annan bedömning av hur väl de kvalitativa kriterierna uppfylldes gällande såväl bolagets produkt som tilldelad leverantörs produkt. Utvärderingskriterierna ”bör vara enkelt att fixera nålen i instrumentet” och ”bör vara stadig” uppfyller väl transparensprincipen och utvärderingen har varit förenlig med likabehandlings- och transparensprincipen. Bolaget kunde inte ges högre poäng för de omtvistade bör-kraven bl.a. med anledning av att kanylen upplevs ostadig

vilket harmoniserar dåligt med verksamhetens behov av millimeterprecision för att den medicinska professionen ska kunna garantera patientsäkerheten. Bör-kraven är förenliga med kammarrättspraxis. Syftet med utvärderingsprincipen ”ekonomiskt mest fördelaktiga” anbudet är just att olika kvalitativa aspekter, även subjektiva, får vägas in i bedömningen. Det har framgått tillräckligt väl av förfrågningsunderlaget vad som skulle tillmätas betydelse vid utvärderingen av bör-kraven. Landstinget hänvisar till Kammarrättens i Göteborg dom den 9 september 2009 i mål nr 2681-09 samt RÅ 2002 ref 50.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 1 kap 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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.

Av 16 kap 5 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 5 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Av landstingets administrativa föreskrifter 3.2-3 framgår att vid provningen av de obligatoriska kraven, kontrolleras att varan uppfyller de ställda skall-kraven. Anbudsgivare som inte uppfyller kraven inom sin produktgrupp kommer inte att gå vidare i utvärderingen. Samtliga skall-krav på i gruppen ingående positioner måste vara uppfyllda för att produkten ska gå vidare till utvärdering. Under förutsättning av att inkomna anbud uppfyller de obligatoriska kraven på anbudsgivaren och varan, kommer det anbud att antas som är det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till utvärderingskriterier. När inget annat anges i bilaga 2, Kravspecifikationen produktspecifik gäller Funktion/kvalitet 60 procent och Pris 40 procent. Vad gäller Funktion/kvalitet anges att förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal utvärderingskriterier (bör-krav) som kommer att bedömas vid utvärderingen av produkterna. Det finns två olika sorters börkrav. Börkrav som kan besvaras med ja eller nej och där nej ger 0 poäng och ja ger 20 poäng. Om flera börkrav anges viktas dessa inbördes enligt redovisning i bilaga 2. Börkraven bedöms av en referensgrupp och betygs mellan 0-3 och poäng mellan 0-30. Produkter som får betyg 0 eller 1 på något utvärderingskrav vid den slutliga sammanställningen kommer inte att bli antagen. Utvärderingen görs per produkt av referensgrupp. Bedömningen av kriterierna görs antingen via produktprovning eller ges poäng baserat på tidigare erfarenhet.

Av kravspecifikationen under punkt 1.1 framgår följande. Samtliga i anbudsspecifikationen eventuellt angivna storlekar, dimensioner etc. är ungefärliga. Anbudsgivaren **skall** i sitt anbud ange de faktiska uppgifterna. Den offererade artikeln skall motsvara benämningen i anbudsspecifikationen så långt som möjligt.

Av kravspecifikationen produktspecifik bilaga 2, position 108 och produktgrupp 55, avseende Kanyl biopsi/Cristapunktion framgår följande. Produkten skall vara avsedd för benmärgsbiopsi, skall vara lätthanterlig

och skall vara stadig. För position 109, produktgrupp 56, avseende Kanyl biopsi anges att produkt som offereras skall motsvara artikel i anbudsspecifikationen. Om annat än originalprodukt offereras bifogas dokument som styrker användningsområdet. Det bör vara enkelt att fixera nålen i instrumentet och produkten bör vara stadig. Viktningen mellan dessa bör-krav är 50 procent.

Frågan i målet är om förfrågningsunderlaget och utvärderingen uppfyller kraven på likabehandling och transparens.

Landstinget har inte närmare redogjort för vad som krävs för att skall-kraven och bör-kraven i kravspecifikationen ska vara uppfyllda eller generera högre poäng. Landstinget har vidare inte närmare klargjort vad bedömningen är baserad på. Förvaltningsrätten konstaterar att de skall-krav och bör-krav som landstinget har tillämpat i nu aktuella produktgrupper är otydligt formulerade och lämnar ett stort utrymme för godtycklighet. Av utredningen framgår att samtliga produkter inte har testats och att vissa bedömningar grundar sig på landstingets tidigare erfarenhet av produkten. Det måste dock anses vara svårt att göra dessa bedömningar utan att testa de offererade produkterna och referensgruppen kan vid sin utvärdering ha låtit tidigare erfarenhet av produkten väga tungt. Förfrågningsunderlaget och utvärderingen strider därför mot principerna om transparens och likabehandling.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten sålunda att landstinget har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § LOU och att bolaget härigenom kan komma att lida skada. Eftersom förfrågningsunderlaget inte uppfyller kravet på transparens kan rättelse inte ske och upphandlingen måste därför göras om i nu aktuella delar.

Rätten till skadestånd inbegriper ersättning till en anbudssökande eller anbudsgivare som har deltagit i en upphandling och som har haft kostnader härför. Talan om skadestånd ska väckas vid allmän domstol. Förvaltningsrätten har därför inte rätt att pröva bolagets ersättningsyrkande.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga (DV3109/1D-LOU)

  
Bengt Lindh



# SVERIGES DOMSTOLAR

## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **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 var till 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 3109/1D LOU