



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Enhet 2
 Ann-Louise Jonsson

DOM
 2011-12-21
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 4132-11-- 4147-11,
 4164-11,
 4186-11 -- 4206-11

SÖKANDE

Hartmann-ScandiCare AB, 556366-9828
 Box 24
 33421 Anderstorp

Ombud: Advokat Anna Ulfsdotter Forssell och jur.kand. Sara-Li Olovsson
 Advokatfirman Delphi, Box 1432, 111 84 Stockholm

MOTPARTER

1. Avesta kommun, 774 81 Avesta
2. Borlänge kommun, 781 81 Borlänge
3. Falu kommun, 791 83 Falun
4. Gagnef kommun, 785 80 Gagnef
5. Hedemora kommun, Box 201, 776 28 Hedemora
6. Leksand kommun, 793 80 Leksand
7. Ludvika kommun, 771 82 Ludvika
8. Malungs kommun, Box 14, 782 21 Malung
9. Mora kommun, 792 80 Mora
10. Orsa kommun, Box 23, 794 21 Orsa
11. Rättviks kommun, 795 80 Rättvik
12. Smedjebackens kommun, 777 81 Smedjebacken
13. Säters kommun, Box 300, 783 27 Säter
14. Vansbro kommun, Norra Allégatan 30, 780 50 Vansbro
15. Älvdalens kommun, Box 100, 796 22 Älvdalen
16. Lanstinget Dalarna, Box 712, 791 29 Falun
17. Enköpings kommun, 745 80 Enköping
18. Heby kommun, 744 88 Heby
19. Håbo kommun, 746 80 Bålsta
20. Knivsta kommun, 741 75 Knivsta
21. Tierps kommun, 815 80 Tierp
22. Uppsala kommun, 753 75 Uppsala
23. Älvkarleby kommun, Box 4, 814 21 Skutskär
24. Östhammars kommun, Box 66, 742 21 Östhammar
25. Landstinget i Uppsala län, Box 602, 751 25 Uppsala
26. Arboga kommun, Box 45, 732 21 Arboga
27. Fagersta kommun, 737 80 Fagersta
28. Hallstahammars kommun, 734 80 Hallstahammar
29. Kungsörs kommun, 736 85 Kungsör
30. Köpings kommun, 731 85 Köping
31. Norbergs kommun, Box 25, 738 21 Norberg
32. Sala kommun, Box 304, 733 25 Sala
33. Skinnskattebergs kommun, Box 101, 739 22 Skinnskatteberg
34. Surahammars kommun, Box 203, 735 23 Surahammar
35. Västerås stad, 721 87 Västerås
36. Landstinget Västmanland, 721 89 Västerås

KONKURRENSVERKET	
2011-12-23	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Dok.Id 42529

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00 13:00-16:00

Enhet 2

37. Lanstinget Sörmland, 611 88 Nyköping
38. Örebro läns landsting, Box 1613, 701 16 Örebro

Ombud för samtliga motparter:
Gunilla Larsson
Varuförsörjningen, Mälarsjukhuset
631 88 Eskilstuna

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Hartmann ScandiCare AB:s ansökan om överprövning.

Enhet 2

BAKGRUND

Varuförsörjningen Landstinget i Uppsala län (i det följande Varuförsörjningen) genomför som ombud för Landstinget i Uppsala län, Landstinget Dalarna, Landstinget Västmanland med tillhörande kommuner samt sluten vården i Landstinget Sörmland och Örebro läns landsting en samordnad upphandling av ramavtal avseende ”Inkontinensmaterial” med diarienummer VF2010-0001. Tilldelningsbeslut fattades den 22 september 2011.

YRKANDEN M.M.

Hartmann-ScandiCare AB (i det följande Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska bestämma att upphandlingen – såvitt avser positionerna 55-58, 61, 67-70, 73, 78-79 och 81 – ska göras om. Bolaget anför som grunder för sin ansökan i korthet följande. Varuförsörjningen har brutit mot såväl transparensprincipen som likabehandlingsprincipen då förfrågningsunderlaget har varit så otydligt att det inte kunnat utläsas varken hur anbudsutvärderingen skulle ske eller hur många anbudsgivare som skulle antas per position. Bolaget har till följd av överträdelserna lidit, eller i vart fall riskerat att lida skada.

Varuförsörjningen motsätter sig Bolagets ansökan och anför i korthet följande. Förfrågningsunderlaget och däri angiven utvärderingsmodell har följt de av NIKOLA (Nätverk Inkontinens Kommuner Landsting) framtagna rekommendationerna, dvs. i enlighet med av parterna accepteras branschpraxis. Av förfrågningsunderlaget framgår hur utvärderingen kommer att ske och att samtliga utvärderingskriterier tillmäts samma betydelse. De aktuella produkterna har bedömts av sortiments-/referensgrupp i respektive län och har i vissa fall testats av användare alternativt personal på patient/vårdtagare. Utvärderingsresultaten från de olika länen har sedan sammanställts i ett gemensamt slutresultat. De upphandlade produkterna är av den karaktären att vissa s.k. mjuka parametrar med nödvändighet måste tas med i utvärderingen. Dessa parametrar kan inte på ett helt objektivt sätt

Enhet 2

utvärderas utan utrymme måste finnas för ett visst mått av subjektivitet. Av kriterierna i förfrågningsunderlaget framgår i klartext, vilka egenskaper som respektive kriterie avser. Utvärderingen har skett med stor eftertanke och mycket konsekvent för att alla ska bli lika behandlade och få samma avdrag för samma typ av avvikelser. Det skulle vara en omöjlighet att i förväg ange att minst tre leverantörer kommer att antas per produktgrupp. För att minimera antalet leverantörer per position har produktgrupperna brutits ner, men på grund av den individuella anpassningen kan man inte klara detta utan synonymprodukter. I förfrågningsunderlaget 2.1.11. anges att ramavtal kan komma att träffas med flera anbudsgivare, då särskild anpassning krävs på grund av den enskilde patientens/vårdtagarens behov vid vård-/förskrivningstillfälle eller specifikt behov av prestanda och/eller funktionalitet. Följden blir att konkurrensen hårdnar, men att transparensen för den skull är lika för alla.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

Av 16 kap. 5 § LOU följer att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

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

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

I förfrågningsunderlaget 2.1.11. anges att ramavtal kan komma att träffas med flera anbudsgivare för specifik produkt eller produktgrupp, då särskild anpassning krävs på grund av den enskilde patientens/vårdtagarens behov vid vård-/förskrivningstillfället eller specifikt behov av prestanda och/eller funktionalitet. Under punkten 1.1.3. i förfrågningsunder-

Enhet 2

laget anges att avrop kommer att ske enligt särskild fördelningsnyckel beroende av den enskilde patientens/vårdtagarens behov vid vård-/förskrivningstillfället eller specifika prestanda- och/eller funktionalitetsbehov.

Av förfrågningsunderlaget 2.4.9. "Utvärdering" framgår att det/de anbud kommer att antas, som är det/de ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till angivna utvärderingskriterier, vilka framgår av punkt 6 "Kravspecifikation".

I förfrågningsunderlaget punkten 6.1.2. "Absorberande produkter – Ugrp 50-74" anges bl.a. följande:

- Tvättegenskaper avser endast flergångsprodukter. Produkten bör klara frekvent tvätt, torktumling samt att tvättas i hög temperatur. Produkten skall tåla att tvättas i minst 60 grader Celsius.
- Produkten (avser flergångsbyxor m absorberande gren) bör vara märkt med permanent tvättanvisning.
- Produkten bör ha en god komfort vad avser torrhet, mjukhet, smidighet, vara diskret, vara lätt att ta av och på.
- Produkten bör ha en god passform med god följsamhet samt fixera väl.
- Förpackningsstorleken bör vara väl anpassad för såväl sluten- som öppenvård.
- Sortimentetsbredden bör vara väl anpassad och avvägd genom ett flexibelt och täckande sortiment.
- Produkten bör finnas i samtliga efterfrågade storlekar.
- Utsidan bör vara av nonwoven (avser endast engångsprodukter).
- Bör tydligt framgå av produkten vad som är fram och bak samt vilken storlek skyddet har.
- Produkten bör vara försedd med våtindikator (avser Ugrp 57/58/73/74).
- För produkter försedda med tejpfunktion avsedd att fästa i trosa/fixeringsbyxa bör av tejprensan framgå såväl produktnamn som storlek.
- För produkter försedda med tejpfunktion bör fixeringstejpen inte lämna häftrester på textilier.

I förfrågningsunderlaget punkten 6.1.4. "Fixeringsbyxor – Ugrp 77-81" anges bl.a. följande:

- Tvättegenskaper avser endast flergångsprodukter. Produkten bör klara frekvent tvätt, torktumling samt att tvättas i hög temperatur. Produkten skall klara att tvättas i minst 60 grader Celsius.
- Produkten (avser >30 tvättar) bör vara märkt med permanent tvättanvisning.

Enhet 2

- Byxan bör ha en god komfort såsom hålla skyddet på plats, vara lätt att bära utan obehag, mjuk, lätt att ta av och på, diskret.
- Byxan bör ha en tydlig storleksmarkering.
- Förpackningsstorleken bör vara väl anpassad för såväl sluten- som öppenvård.
- För produkter som har fram och baksida bör detta tydligt framgå.

I förfrågningsunderlaget 2.4.9. "Utvärdering" anges att vid utvärderingen kommer varje kriterium att poängsättas utifrån en skala på -/+ /++ /+++ , beroende på hur väl respektive anbud uppfyller det aktuella kriteriet. - Minus betyder "Mindre bra/ej uppfyllt, + plus betyder "Bra", ++ dubbla plus betyder "Mycket bra" medan +++ tredubbla plus betyder "Utmärkt". Därefter beräknas ett pålägg i förhållande till hur stor del av maximal poäng för kriteriet, som inte uppnås. I detta fall kommer 50 % av andelen ej uppfyllda kriterier att belasta offererat pris. Pålägget adderas sedan till anbudspriset och det anbud får det lägsta jämförelsevärde är det för köparen mest fördelaktiga.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Frågan om utvärderingskriterierna varit otydliga

Bolaget har gjort gällande att utvärderingskriterierna är så ospecifikt formulerade och definierade att Varuförsörjningen kunnat bedöma anbuden helt subjektivt och att det inte kunnat utläsas av förfrågningsunderlaget hur de olika kriterierna kommer att utvärderas. Bolaget har som exempel avseende utvärderingskriteriet "Tvättegenskaper" angett att det inte framgår vad som avses med "frekvent tvätt", "upprepade gånger" och hur bedömningen av om produkten "tappar formen" har skett samt att det är oklart vilka av de uppräknade egenskaperna inom huvudkriteriet som har tilldelats poäng. Det har enligt Bolaget varit oerhört svårt för leverantörerna att göra en rimlig bedömning av hur utfallet av kvalitetsutvärderingen skulle bli och därmed beräkna vilka prisnivåer som ska offereras.

Varuförsörjningen har å sin sida anfört att förfrågningsunderlaget och däri angiven utvärderingsmodell följer de av NIKOLA framtagna rekommendationerna och den däri ingående Kravgruppens dokument "Klara Krav", avseende metoder för utvärdering i sortiments-/referensgrupp, laboratorie-

Enhet 2

prov och användarprov. Beställaren har bl.a. uppgett att provning av "Tvättegenskaper" har skett genom att produkten tvättats och torktumlat enligt angiven tvättanvisning och att det till förfrågningsunderlaget bifogade artikelspecifikationen framgår vad som avses med t.ex. "frekvent tvätt". Vid utvärderingen har poängavdrag skett, då efterfrågade egenskaper ej uppfyllts/uppfyllts mindre bra. I fall där ett kriterie varit svårbedömt har samtliga anbudsgivare tilldelats samma poäng.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta följer av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer i det ekonomiska livet gör att även 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 (RÅ 2002 ref. 50).

Ett förfrågningsunderlag får inte vara utformat så att det ger den upphandlande myndigheten en i princip fri prövningsrätt. I praxis har en sådan ansetts föreligga när förfrågningsunderlaget inte gav någon ledning för vilka omständigheter som skulle komma att vägas in i bedömningen av om ett svar skulle framstå som "bäst", "näst bäst" osv. eller "väl godkänd", "godkänd" osv. Den poängsättning som gjordes av utvärderingskriterierna ansågs ha lämnat ett stort utrymme för godtycklighet och leverantörerna saknade möjlighet att förutse vad som skulle komma att beaktas vid prövningen av anbuden (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6996-08 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 237-08).

Det ligger i sakens natur att utvärderingskriterier som rör mänskliga aspekter, såsom komfort och användarvänlighet, lämnar ett visst utrymme för skönsmässiga bedömningar. Förvaltningsrätten anser emellertid att inslaget

Enhet 2

av skönsmässighet i förevarande fall begränsats i stor utsträckning genom den beskrivning av olika egenskaper som anges i förfrågningsunderlaget inom respektive utvärderingskriterium. Förvaltningsrätten anser även att utrymmet för godtyckliga bedömningar får anses begränsat redan till följd av att vissa av utvärderingskriterierna som sådana avser funktioner eller egenskaper hos produkten som antingen saknas helt eller finns i någon form. Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att utvärderingskriterierna är så pass väl utformade och beskrivna i förfrågningsunderlaget, att det tillräckligt tydligt framgår vad som kommer att tillmätas betydelse vid poängsättningen av dessa kriterier. Enligt förvaltningsrättens mening måste anbudsgivarna härigenom anses ha fått en tillräckligt god bild av vad Varuförsörjningen kommer att lägga vikt vid, vid bedömningen av utvärderingskriterierna.

Antalet leverantörer

Bolaget har anfört att förfrågningsunderlaget varit otydligt då det varken angivits hur många leverantörer som skulle antas per position eller vad som avgör om en eller flera leverantörer kommer att antas. Bolaget har gjort gällande att Varuförsörjningen härigenom har getts stort utrymme för subjektiva bedömningar. Enligt Bolaget finns inget objektivt syfte till detta då samtliga leverantörer på marknaden har kapacitet att leverera hela det efterfrågade behovet inom respektive produktgrupp som anbud lämnas på. Bolaget menar att detta inneburit en stor osäkerhet för anbudsgivarna och försvårat dess möjligheter att anpassa sitt anbud i syfte att bli det ekonomiskt mest fördelaktiga i varje position. Enligt Bolaget har Varuförsörjningen härigenom kunnat se till att en eller flera specifika leverantörer alltid har tilldelats kontrakt.

Varuförsörjningen har invänt att det skulle vara omöjligt att i förfrågningsunderlaget ange hur många anbudsgivare som ska antas per position och att man i syfte att underlätta möjligheten att anta endast en leverantör per posi-

Enhet 2

tion, har brutit ner produktgrupperna. Av nu överprövade produktgrupper är det endast två som resulterat i antagande av flera anbudsgivare för samma position. Produktområdet avser skydd vid droppinkontinens för kvinnor och produktgruppen är uppdelad på sex positioner beroende på absorptionskapacitet. Enligt Varuförsörjningen känner man på förhand till att synonyma produkter krävs inom detta produktområde, då flera bakomliggande orsaker till inkontinens kan vara skäl till att produkten förskrivs som kostnadsfritt hjälpmedel.

Av 5 kap. 5 § LOU framgår att om ett ramavtal ingås med flera leverantörer, i enlighet med 6 eller 7 §§, ska dessa vara minst tre, om det finns ett tillräckligt antal leverantörer som uppfyller urvalskriterierna och ett tillräckligt antal godtagbara anbud som uppfyller de tilldelningskriterier enligt 12 kap. 1 § andra stycket som angetts i förfrågningsunderlaget till ramavtalet.

I förarbetena till LOU påtalas de särskilda svårigheter som kan uppkomma vid den senare tilldelningen av kontrakt om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten ska tillhandahålla. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten ska kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll (prop. 2006/07:128 sid. 175).

Den nu aktuella upphandlingen avser inkontinensmaterial. I målet har framkommit att behovet inom det aktuella produktområdet kan behöva anpassas särskilt utifrån den enskilde vårdtagarens individuella behov och

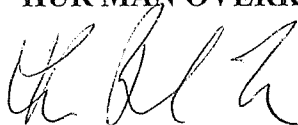
Enhet 2

önskemål och därför kräva flera synonyma produkter. Kravet på att vård och behandling så långt det är möjligt ska utformas och genomföras i samråd med patienten framgår också av 2 a § hälso- och sjukvårdslagen (1982:763). Av förfrågningsunderlaget framgår att ramavtal kan komma att tecknas med flera anbudsgivare, då särskild anpassning krävs på grund av den enskilde patientens/vårdtagarens behov vid vård-/förskrivningstillfället eller specifikt behov av prestanda och/eller funktionalitet samt att det/de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden kommer att antas (2.1.11 och 2.4.9.). Med beaktande av de upphandlade produkternas art och de svårigheter som följer att i förväg kunna förutse behovet inom respektive produktgrupp, anser förvaltningsrätten att förfrågningsunderlaget får anses tillräckligt tydligt utformat i detta avseende.

Sammanfattningsvis

Förvaltningsrätten anser sammanfattningsvis att Bolaget inte har visat att det finns skäl för ingripande enligt LOU. Bolagets ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Karin Forslund Johansson
rådman