



SÖKANDE

Lahega Kemi AB, 556067-5505
Box 13073
250 13 Helsingborg

Ombud: Advokat Ola Axelsson
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

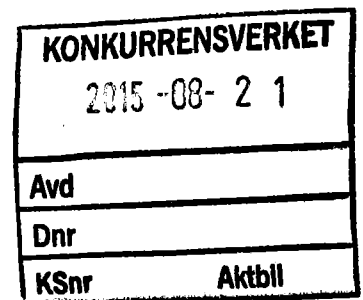
Ombud: Advokat Johan Carle
Mannheimer Swartling Advokatbyrå AB
Box 1711
111 87 Stockholm

MOTPART

Region Kronoberg, Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

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



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Region Kronoberg (myndigheten) har för egen den samt som ombud för och tillsammans med Landstinget Blekinge genomfört upphandling av ramavtal avseende hud-, rengörings- och desinfektionsprodukter, benämning 14LTK602. Upphandlingen har genomförts som ett öppet förfarande med antagande av det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Som utvärderingsmodell har ett betygssystem använts där varje produkt betygsätts utifrån kriterierna funktion och handhavande. Myndigheten har beslutat att avseende positionsgrupp 2 anta det anbud som lämnats av CCS Healthcare AB och avseende position 59 det anbud som lämnats av Rekal Svenska AB (Rekal).

Lahega Kemi AB (Lahega) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska rättas på så vis att en ny utvärdering i enlighet med förfrågningsunderlaget genomförs och att Lahega tilldelas kontraktet avseende positionsgrupp 2. I andra hand yrkas att upphandlingen avseende positionsgrupp 2 ska göras om. Vidare yrkas att upphandlingen ska rättas på så vis att lottningsavgörande ska avgöra om Lahega eller Rekal ska tilldelas kontrakt avseende position 59.

Myndigheten bestrider yrkandena om att upphandlingen i aktuella delar ska rättas eller göras om.

Parterna anför bl.a. följande.

Lahega

Avseende positionsgrupp 2 har tilldelningsgrund varit ekonomiskt mest fördelaktiga anbud. Myndigheterna har i förfrågningsunderlaget beskrivit följande utvärderingsmodell. Den leverantör som offererar en position eller en positionsgrupp till lägst kostnad ska tilldelas kontraktet under förutsätt-

ning att de offererade produkterna (i) uppfyller uppställda obligatoriska krav, och (ii) vid utvärdering av kriterierna funktion och handhavande tilldelas minst betyg 2 för vart och ett av kriterierna samt, vid sammanläggning, uppgår till minst totalbetyg 6. För såväl funktion som handhavande innebär betyg 2 att produkten uppvisar brister och betyg 3 innebär att produkten är godkänd och motsvarar förväntningarna. Avseende utvärderingen av kriteriet funktion anges att produkter kommer att jämföras med idag avtalade produkter samt att hänsyn görs utifrån hur väl produkten fungerar för ändamålet. Lahegas produkt har i utvärderingen tilldelats betyg 2 avseende funktion och betyg 3 avseende handhavande; således totalbetyget 5. Som motivering till varför Lahegas produkt tilldelats betyg 2 och därmed uppvisar brister har myndigheten anfört att Lahegas produkt inte testats för norovirus och adenovirus. Den produkt som Lahega offererat är densamma som myndigheten idag har avtalad med Lahega som leverantör. Det är således en omöjlighet att de offererade produkterna uppvisar brister jämfört med idag avtalade produkter. Utvärderingsmodellen kan inte förstås på annat sätt än att de idag avtalade produkterna motsvarar betyg 3 godkänd och motsvarar förväntningarna. Eftersom produkterna är identiska skulle Lahega istället rätteligen tilldelats betyg 3 avseende funktion. Det är inte möjligt att med tillämpning av den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen, göra någon annan bedömning. Myndigheten har helt bortsett från meningen ”Produkterna kommer att jämföras med idag avtalade produkter.”. Meningen saknar därför helt betydelse. Myndigheten har frångått den i förfrågningsunderlaget angivna utvärderingsmodellen och har därmed brutit mot de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling och därmed också mot 1 kap. 9 § LOU. Lahega har lidit eller riskerar att lida skada av myndighetens lagstridiga agerande i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU. Om Lahega tilldelats betyg 3 skulle Lahega ha tilldelats kontraktet i upphandlingen avseende positionsgrupp 2.

Avseende position 59 har Rekal och Lahega offererat identiska jämförelsepris. Det anges inte uttryckligen varför Rekal tilldelats kontraktet trots att de och Lahega offererat samma jämförelsepris avseende positionen. I den detaljerade upphandlingsrapporten anges dock "F3 H3 Djupare bygel sitter stadigt på sängen". Det förefaller således som om myndigheten efter att ha konstaterat att Rekal och Lahega offererat identiska priser gjort en jämförelse mellan Rekals och Lahegas produkter och därvid valt att tilldela Rekal kontraktet. Sådan jämförelse ska eller kan inte göras utifrån den tillämpade utvärderingsmodellen som anges i förfrågningsunderlaget. Myndigheten har således frångått den angivna utvärderingsmodellen och därmed brutit mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU. Det framgår inte av förfrågningsunderlaget med vilken metod två lika anbud ska åtskiljas. Lottningsförfarande kan tillämpas vid offentlig upphandling om två anbud har exakt samma pris, även om det inte tidigare framgått av utvärderingsmodellen eller förfrågningsunderlaget. Lahega har lidit, eller riskerar att lida, skada av myndigheten lagstridiga agerande i den mening som avses i 16 kap. 6 § LOU. Om lottning genomförts, eller om upphandlingen avbrutits och en ny upphandling genomförts avseende position 59, kunde Lahega ha tilldelats kontraktet.

Myndigheten

Avseende positionsgrupp 2 är det korrekt att det i förfrågningsunderlaget anges att produkterna kommer att jämföras med idag avtalade produkter samt att hänsyn tas till hur väl produkterna fungerar för ändamålet. Det anges emellertid inte i förfrågningsunderlaget att de idag avtalade produkterna motsvarar betyg 3, d.v.s. godkänd. Det anges heller inte att anbudsgivare som i aktuell upphandling offererar produkter som idag är avtalade med automatik tilldelas betyg 3. Med hänsyn till den produktutveckling som sker på området kan det mycket väl vara så att en offererad produkt i förekommande upphandling uppvisar brister trots att det idag är en avtalad produkt. Position 3 och 4 avser handdesinfektionsmedel, etanolbaserat (i

dagligt tal kallat för handsprit). Myndigheten eftersträvar en produkt med dokumenterad effekt på såväl bakterier, svamp som virus. Som funktionskriterium för position 3 och 4 anges därför att inaktivering av norovirus samt inaktivering av adenovirus bedöms. Med norovirus avses det virus som orsakar vinterkräksjuka och med adenovirus åsyftas ett virus som också orsakar magsjuka och i symptombilden är snarlik vinterkräksjuka. Genomförd inaktiveringstest avseende virus bedöms vara viktigt då bl.a. norovirus är ett återkommande problem inom vården. Vårdens verksamheter behöver ett medel som snabbt och effektivt avdödar mikroorganismer inklusive de virus som orsakar smittsam magsjuka. Lahegas offererade produkt uppfyller inte kriterierna för inaktivering av norovirus och adenovirus. Produkten har därmed ansetts vara bristfällig varför betyg 2 tilldelats. Den angivna utvärderingsmodellen har inte frångåtts och de grundläggande EU-rättsliga principerna om transparens och likabehandling har inte träts för när. Förfrågningsunderlaget anger vilka faktorer som tillmätts betydelse vid upphandlingen. Den upphandlande myndigheten måste på objektiva grunder inom ramen för vad som anges i förfrågningsunderlaget ges visst utrymme för bedömning vid utvärdering av anbuden. Upphandlande myndigheter har inte avvikit från de kriterier som angivits eller gått utanför den ram som anges i förfrågningsunderlaget.

Avseende position 59 har Lahega och Rekal offererat samma pris. Båda produkterna har emellertid utvärderats mot det utvärderingskriterium som anges för positionen, d.v.s. ”ska sitta stadigt på sängen”. Vid bedömningen har Rekals produkt tilldelats betyg 3 avseende funktion d.v.s. godkänd med motiveringen ”F3 H3 Djupare bygel sitter stadigt på sängen”. Vid anbudsutvärdering har Lahegas offererade produkt bedömts och tilldelats betyg 2 eftersom den inte sitter stadigt på sängen. Av förbiseende saknas emellertid motivering i upphandlingsrapporten gällande utvärdering av Lahegas produkt. En jämförelse mellan produkterna har inte skett. Det föreligger således inte skäl för lottning. Grund för att besluta om rättelse saknas därmed.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har 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.

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. De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Frågan är därmed om förfrågningsunderlaget innehåller sådana brister att det bryter mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

I förfrågningsunderlaget anges att bedömning av produkterna i utvärderingsfasen görs genom ett betygssystem där produkterna kan erhålla betyg 1–5 i två kategorier; funktion och handhavande. Det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet är det anbud med lägsta offererade pris och som erhållit minst betyg 2 för varje kriterium och minst totalbetyget 6. Betyg 2

får därmed betraktas som lägsta godtagbara nivå, trots att betyget enligt definitioner innebär att produkten uppvisar brister. Förfrågningsunderlaget måste därmed förstås som att ett betyg som underskrider förväntningarna i ena kategorin kan kompenseras genom ett högre betyg i den andra. Mot bakgrund härav kan inte den omständigheten att myndigheten i förfrågningsunderlaget angivit att produkterna kommer att jämföras med idag avtalade produkter, anses innebära att en offererad identisk produkt per automatik kommer att tilldelas betyg 3 i respektive kategori. Det framgår heller inte av förfrågningsunderlaget att nu avtalade produkter motsvarar förväntningarna avseende kategorin funktion. I förfrågningsunderlaget har myndigheten tydligt angivit vilka utvärderingskriterium betygsättningen kommer att ske utifrån. Avseende positionsgrupp 2 har bl.a. utvärderingskriterierna inaktivering av norovirus och inaktivering av adenovirus angivits. Det måste därför ha varit uppenbart för varje rimligt informerad och normalt ansvarsfull leverantör att offererade produkter som inte uppfyller dessa krav skulle komma att bedömas som bristfälliga. Myndigheten kan därför inte anses ha brutit mot principerna om förutsebarhet och transparens när den tilldelat Lahega betyg 2 i kategorin funktion avseende positionsgrupp 2. Förfrågningsunderlaget kan därmed inte, oaktat skrivelsen att ”Produkterna kommer att jämföras med idag avtalade produkter”, anses innehålla sådana otydligheter eller brister som föranleder ett ingripande mot upphandlingen.

Avseende position 59 har Lahega och det vinnande anbudet offererat identiska priser. Lahega har anfört att en otillbörlig jämförelse skett mellan deras och det vinnande anbudets produkt. Myndigheten har å sin sida hävdade att en jämförelse inte gjorts eftersom Lahegas produkt vid utvärderingen inte erhållit minst totalbetyget 6. Med hänsyn härtill anser förvaltningsrätten att Lahega inte förmått visa att myndighetens agerande medfört att de har lidit eller kan komma att lida skada. Den omständigheten att myndigheten av förbiseende missat att redovisa utvärderingsresultat av Lahegas

produkt i upphandlingsrapporten medför intet annat ställningstagande.
Även i denna del saknas skäl att ingripa mot upphandlingen, varför ansökan om överprövning ska avslås.

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

Maria Dahlqvist

Föredraganden: Christin Kindberg



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. 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.