

KLAGANDE

Salubrious AB, 556592-9717
Näås Fabriker 5021
448 51 Tollered

Ombud: Advokaten Kaisa Adlercreutz och advokaten Maria Lidbom
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Västra Götalandsregionen
462 80 Vänersborg

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Göteborgs dom den 15 april 2010 i mål nr 7510-10,
se bilaga A

SAKEN

Överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU);
nu fråga om prövningstillstånd m.m.

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten meddelar prövningstillstånd.

Kammarrätten undanröjer förvaltningsrättens dom och visar målet åter till
förvaltningsrätten för ny prövning.

Kammarrättens interimistiska beslut den 23 april 2010 ska inte längre gälla.

Konkurrensverket
Dok.Id 155040 F.v.

Postadress
Box 1531
401 50 Göteborg

Besöksadress
Stora Nygatan 21

Telefon
031-732 74 00
E-post: kammarratten.goteborg@dom.se
www.kammarratten.goteborg.se

Telefax
031-732 76 00

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:40

YRKANDEN M.M.

Salubrious AB (bolaget) yrkar att kammarrätten, efter att prövningstillstånd har beviljats, undanröjer förvaltningsrättens dom och visar målet åter till förvaltningsrätten för ny prövning i sak. Till stöd för sin talan anför bolaget bl.a. följande. Bolaget yrkade i förvaltningsrätten i första hand att upphandlingen skulle rättas och i andra hand att den skulle göras om. Som grund för att upphandlingen skulle rättas anfördes att det vinnande anbudet inte uppfyllde alla skall-kraven och att den av Västra Götalandsregionen (VGR) begärda kompletteringen varit oförenlig med 9 kap. 8 § LOU. Som grund för att upphandlingen skulle göras om anförde bolaget att VGR genom att använda bör-krav som dels varit så otydliga att det inte gått att utläsa vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen, dels lämnat öppet för ett stort mått av godtycke och fri prövningsrätt, har brutit mot principerna om transparens och öppenhet. Utvärderingsmodellen har därmed varit så otydlig att leverantörerna inte kunnat förutse hur deras anbud skulle komma att värderas. Avsaknaden av vägledning avseende utvärderingen av bör-kraven innebär att leverantörerna saknar möjlighet att förutse vad som kommer att tillmätas betydelse vid utvärderingen. Förvaltningsrätten har endast prövat grunderna för rättelse. Förvaltningsrätten har följaktligen inte prövat den grund som bolaget har åberopat i andra hand, dvs. grunden för att upphandlingen ska göras om.

Västra Götalandsregionen bestrider överklagandet och anför bl.a. följande. Det åberopade yrkandet om att upphandlingen ska göras om och den åberopade grunden härför har inte förbisetts av förvaltningsrätten. Förvaltningsrätten har redovisat bolagets andrahandsyrkande och grunden för detta. Förvaltningsrätten har visserligen i sina domskäl inte gjort någon närmare genomgång i sin bedömning av andrahandsyrkandet, men har i slutet av domen konstaterat att det vid angivna förhållanden inte finns skäl för ingripande enligt LOU på de av bolaget anförda grunderna, varför ansökan ska avslås. Förvaltningsrätten har stor frihet att avgöra domskälens omfattning

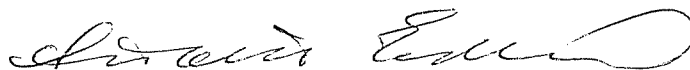
och har inte någon skyldighet att redovisa närmare bedömningar kring var och en av de grunder som åberopats. Förvaltningsrättens prövning är därför korrekt.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

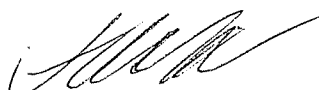
Kammarrätten anser att det finns skäl att meddela prövningstillstånd.

Enligt kammarrättens mening framstår det som klart att förvaltningsrätten i sin dom inte har prövat Salubrious AB:s andrahandsyrkande att aktuell upphandling ska göras om och bolagets anförda grunder härför. Mot bakgrund härav finner kammarrätten med hänsyn till instansordningsprincipen och att målet bör prövas i ett sammanhang, att förvaltningsrättens dom ska undanröjas och målet visas åter till förvaltningsrätten för prövning av samtliga av Salubrious AB:s yrkanden och anförda grunder.

Beslutet kan inte överklagas.



Lisbeth Edlund



Anders Cedhagen



Lennart Berglund

referent



/Erika Lund



SÖKANDE

Salubrious AB, 556592-9717
Näås Fabriker 5021
448 51 Tollered

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

MOTPART

Västra Götalandsregionen
462 80 Vänersborg

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan till följ varav det interimistiska beslutet upphör.

TILLDELNINGSBESLUTET

Västra Götalandsregionen (VGR) har genomfört en upphandling av sitt-dynor, förhöjningsdynor, ryggdynor och kildynor (dnr SN401-2008 Dynor). Elva leverantörer har lämnat anbud inom sammanlagt 28 produktgrupper. I tilldelningsbeslutet den 11 december 2009 meddelades att Göran Sjödéns Rehabshop AB (Rehabshop) vunnit upphandlingen i den del som ansökningen om överprövningen avser, dvs. produktgrupp Q.

YRKANDEN M.M.

Salubrious AB (bolaget) ansöker om överprövning i den del som avser produktgrupp Q "Dyna med extra hög luftventilation som avleder fukt och värme" och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så vis att utvärderingen görs om varvid anbud från Rehabshop förkastas och därmed undantas från utvärderingen. I andra hand yrkar bolaget att upphandlingen ska göras om och att en ny upphandling genomförs med iakttagande av reglerna i LOU. Bolaget anför bl.a. följande. Bolaget har fått näst högsta totalpoäng efter den anbudsgivare som tilldelats uppdraget och således kommit på andra plats i utvärderingen. Det vinnande anbudet uppfyller inte två av de skall-krav som uppställts i förfrågningsunderlaget, dels att all dokumentation ska vara på svenska och dels maxvikt på brukarvikt. Av anbudsutvärderingen för produktgrupp Q framgår under punkten Q.6.9 att den av Rehabshop offererade produkten innehåller anvisning på engelska. Under punkten Q.1.10 framgår att den av Rehabshop offererade produkten Stimulite Contoured XS har max brukarvikt "ca 120 kg". Det har varit mycket tydligt att Rehabshops anbud inte har uppfyllt skall-kravet i förfrågningsunderlagets för språk och brukarvikt och skulle därför ha förkastats och inte upptagits till utvärdering. VGR:s förfarande strider mot såväl kravet på likabehandling som transparens. – VGR har efter anbudstidens utgång vid utvärderingen kunnat konstatera att Rehabshops anbud utgör ett orent anbud

då det inte uppfyllt skall-kravet för brukarvikt och har därför i en begäran om komplettering begärt att Rehabshop ska bekräfta att deras produkt har en max brukarvikt om 125 kg. VGR har således i strid med likabehandlingsprincipen och kravet på transparens begärt en komplettering av ett inte uppfyllt skall-krav. Ett förtydligande eller en komplettering får inte leda till att annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan. VGR:s begäran om komplettering har inneburit särbehandling av anbudsgivaren och är inte förenlig med bestämmelserna i 9 kap. 8 § LOU. Den strider mot i första hand likabehandlingsprincipen i 1 kap. 9 § LOU. VGR har använt ett börkrav i produktkravspecifikationen, som dels är så otydlig att det inte går att utläsa vad som ska tillmätas betydelse vid utvärderingen, dels lämnar öppet för ett stort mått av godtycke och fri prövningsrätt och därigenom brutit mot principerna om transparens och öppenhet. Den av VGR presenterade utvärderingsmodellen är så otydlig att leverantörerna inte kan förutse hur deras anbud skulle komma att värderas. – I kravspecifikationen punkten tolv anger VGR tydligt att ”information som skall bifogas anbudet” och ”instruktioner och bruksanvisningar för handhavande och förvaring” ska vara på svenska. Det har således varit tydligt för varje anbudsgivare att uppställda skall-krav på såväl information som bifogas anbudet som bruksanvisning för handhavande ska vara på svenska. Bruksanvisningen på dynans märkning utgör undantag från skall-kravet att alla bruksanvisningar ska vara på svenska – ett undantag som inte nämnts i förfrågningsunderlaget. Av ordalydelsen i punkten tolv framgår vidare att för det fall bruksanvisningen inte är på svenska kan även alternativt internationella standardiserade symboler accepteras. Precis som VGR medger i sitt yttrande innehåller märkningen på Rehabshops offererade produkt endast instruktion på engelska och saknar även internationella standardiserade symboler. VGR:s påstående att bruksanvisningen på dynan inte ska vara på svenska är således en ren efterhandskonstruktion. Ur ett brukarperspektiv är det ett rimligt antagande att det måste anses vara mer angeläget att instruktionen på själva dynan är på svenska än på det informationsblad som bilagts anbudet. – VGR gör gällande att den omständig-

heten att märkningen av dynan endast är på engelska istället är något som värderas inom ramen för bör-kravet i punkten Q.6.9 och att Rehabshops offererade produkt endast fått fyra poäng för det aktuella kravet. I punkten anges överhuvudtaget inte att en instruktion på engelska ger lägre poäng för det sagda bör-kravet. En sådan utvärderingsmetod är varken tydlig eller förutsägbar för anbudsgivarna. Den av Rehabshop offererade produkten har inte innehållit märkning med instruktion på svenska och uppfyller därför inte skall-kravet i punkten tolv i kravspecifikationen. Anbudet skulle därför rätteligen ha förkastats och upphandling rättas på så vis att det inte upptas till utvärdering.

VGR anser att ansökan om överprövning ska avslås och anför bl.a. följande. Det har inte begåtts fel vid upphandlingen på sätt som Salubrious påstår. Upphandlingen syftar till ramavtal och har delats upp i flera olika produktgrupper. Anbud kunde lämnas i en eller flera produktgrupper och aktuell överprövning gäller produktgrupp Q. Den procentuella fördelningen för produktgruppen Q viktas funktion till 65 procent och pris till 35 procent. Vid produktutvärderingen gavs 1–5 poäng per krav. Denna poäng kommer sedan att multipliceras med viktningen, vilket ger produktutvärderingspoängen. – VGR bestrider bolagets påstående att det vinnande anbudet skulle ha förkastats på grund av bristande uppfyllelse av skall-krav gällande dokumentation på svenska. I bifogad kravspecifikation har Rehabshop fyllt i att det accepterar kravet på dokumentation. Rehabshop har också ingett information om erbjudna produkter på svenska. Förutom kvalitetspolicyn och produktinformationen som bilagts ansökan har Rehabshop när det gäller den vinnande produkten Stimulite Contoured XS till anbudet bifogat bilagda produktblad, och skall-kravet under avsnitt 12 i kravspecifikationen är med hänsyn till ovanstående uppfyllt av Rehabshop. VGR har vid utvärderingen av anbudet i kommentarsrutan till detta bör-krav angivit: ”Inga tvättsymboler. Anvisning på engelska.” Kommentaren om anvisning på engelska avser att märkningen på själva dynan är på engelska. Utvärderingspoängen påver-

kades av att märkningen på dynan inte var på svenska och att Rehabshop tilldelades fyra poäng för det aktuella kravet. I produktinformationen som bilagts anbudet finns skötselråd på svenska med utförliga tvättinstruktioner för dyna och överdrag. Anvisningen på engelska som finns på dynan innehåller inte någon annan information än den som finns i produktinformationen. Av skall-kravet i kravspecifikationen kan utläsas att information om erbjudna produkter som bifogas anbudet ska vara på svenska. Vidare anges att text i instruktioner och bruksanvisningar ska vara avfattade på svenska alternativt internationella standardiserade symboler. Hur märkning på själva dynan ska se ut kan inte utläsas av aktuellt krav. Det faktum att tvättrådsmärkningen på dynan är på engelska kan inte innebära att skall-kravet för dokumentation på svenska inte skulle vara uppfyllt, särskilt inte då motsvarande information finns inlämnad även på svenska. – VGR tillbakavisar bolagets påstående om att Rehabshops anbud inte uppfyller skall-kravet avseende brukarvikt. Som framgår av anbudsprövningen har Rehabshop svarat ja på skall-kravet för brukarvikt 125 kg uppfylls. Rehabshop har också i kommentarsrutan vid max brukarvikt skrivit ”ca 120 kg”. VGR menar att uppgifterna således har lämnats i anbudet och ger utrymme för att skall-kravet om brukarvikt är uppfyllt. Att dynan klarar ca 120 kg kan rent terminologiskt betyda att den klarar en vikt även något överstigande 120 kg och 125 kg kan således innefattas. Uppenbarligen ansåg Rehabshop själv att skall-kravet om brukarvikt uppfylldes av den aktuella dynan. VGR ansåg sig mot den bakgrunden inte kunna diskvalificera anbudet men önskade samtidigt ett förtydligande av anbudet i det avseendet. Efter begäran om förtydligande har Rehabshop bekräftat dynans brukarvikt 125 kg och VGR har konstaterat att skall-kravet är uppfyllt. VGR har således inte ändrat eller frångått uppställt skall-krav. – VGR bestrider även att förtydligandet av Rehabshops anbud skulle ha inneburit en otillåten särbehandling av anbudsgivaren. Det är inte riktigt som bolaget påstår att VGR haft till syfte att se till att Rehabshop kom att uppfylla ett ouppfyllt skall-krav. Syftet med begäran var att få ett förtydligande från Rehabshop om lämnade uppgifter i anbudet

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I GÖTEBORG
Avdelning 2

DOM

innebar att dynan klarade en brukarvikt på 125 kg. Det var således inte fråga om att Rehabshops anbud helt saknade uppgifter av vad som efterfrågades i förfrågningsunderlaget. Förtydligandet ligger inom ramen för de uppgifter som lämnats i anbudet. Anbudet och förtydligandet får förstås så att Rehabshop redan vid anbudets lämnande uppfyllde det uppställda skall-kravet. Det är samma produkt som avses och bekräftelse har erhållits om att den klarar brukarvikten 125 kg. Förtydligandet kan därför inte anses medföra sådan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning som avses i 9 kap. 8 § LOU. – Utvärderingsmodellen är inte otydlig och VGR har inte brutit mot principerna om transparens och öppenhet. Till skillnad från det avgörande som bolaget åberopar (Kammarrätten i Göteborg den 20 mars 2009 mål nr 6996-08) finns i förevarande fall vägledning kring vad som är av betydelse vid utvärderingen av de olika kraven och det är inte fråga om en sådan fri prövningsrätt som i det nämnda avgörandet. Den utvärderingsmodell som använts är förenlig med transparensprincipen. Det är genom förfrågningsunderlaget känt att skalan för varje bör-krav är ett till fem. Angelägenhetsgraden för varje krav är också angiven genom viktningen från ett till 20 för varje bör-krav. Poängen för de olika bör-kraven adderas därefter till en funktionsutvärderingspoäng som viktas i förhållande till priset. I kombination med angivande av omständigheter som beaktas i anslutning till varje bör-krav har leverantörerna fått klart för sig hur anbudet kommer att värderas. VGR har också vid anbudsutvärderingen redovisat kommentarer till poängsättningen. Bedömningar har således gjorts i enlighet med vad som angetts i förfrågningsunderlaget. På så sätt är det också lätt för leverantörerna att jämföra och se varför en produkt har fått en högre eller lägre poäng än en annan produkt. Genom denna öppenhet motverkas godtyckliga bedömningar. Leverantörerna har genom förfrågningsunderlaget fått tillräcklig information för att kunna lämna konkurrenskraftiga anbud. Sammanfattningsvis uppfyller Rehabshops anbud ställda skall-krav och upphandlingen har genomförts i enlighet med principerna om transparens och öppenhet, och grund för åtgärd enligt LOU finns inte.

Dåvarande Länsrätten i Vänersborg har den 21 december 2009 förordnat att upphandlingen ”SN401-2008 Dynor”, i den del som avser produktgrupp Q ”Dyna med extra hög luftventilation som avleder fukt och värme”, inte får avslutas innan målet avgjorts slutligt eller något annat har beslutats.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

I 1 kap. 9 § LOU anges följande. Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingen på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

I 16 kap. 1 § första stycket LOU anges att en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol får ansöka om åtgärd enligt paragrafen.

I 16 kap. 2 § första stycket LOU anges att om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag 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 9 kap. 8 § andra stycket LOU anges att den upphandlande myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

I kravspecifikationen vid avsnitt ”12 Dokumentation” anges följande.

Till anbudet skall bifogas information om erbjudna produkter. Denna information kan bestå av broschyrer, produktblad, säkerhetsdatablad etc. och skall vara på svenska.

All text i instruktioner och bruksanvisningar för handhavande och förvaring skall vara avfattade på svenska alternativt internationella standardiserade symboler.

Under texten finns en ruta där anbudsgivaren kan ange om dessa krav accepteras eller inte.

I den del som är benämnd "Q. Funktionella krav" anges vid punkten Q.1.10 "Brukarvikt minst 100 kg i sb. 45 cm eller närmaste storlek, brukarvikt 125 kg i sb. 47 cm eller närmaste storlek." Leverantören ska här dels ange om dynorna uppfyller kraven och dels ange max brukarvikt.

Under rubriken Funktionsutvärdering Q6.9 Bedömning av regelbunden skötsel. Innefattar även tydlighet av skötselråd, märkning av skötselråd stomme och överdrag, enkelhet att rengöra.

FÖRVALTNINGSRÄTTENS BEDÖMNING

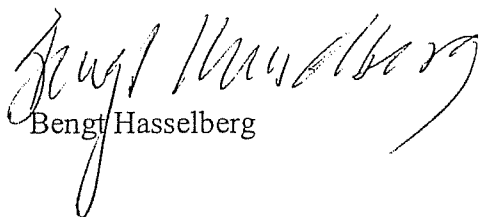
Vad först gäller bolagets invändning att Rehabshop inte uppfyller skall-kravet att all text i instruktioner och bruksanvisningar för handhavande och förvaring ska vara avfattade på svenska alternativt internationella standardiserade symboler gör förvaltningsrätten följande överväganden. Rehabshop har dels markerat att kravet på dokumentation accepterats och har dels lämnat information om erbjudna produkter på svenska. Vad bolaget har anfört i denna del innebär inte att VGR borde ha förkastat det vinnande anbudet. Det finns därför inte skäl att ingripa mot upphandlingen på denna grund.

Bolaget har härefter invänt att det förtydligande VGR begärt från Rehabshop står i strid med bestämmelserna i LOU. Med anledning av att Rehabshop dels svarat ja på skall-kravet för brukarvikt 125 kg och dels i kommentaren skrivit ca 120 kg har VGR tillskrivit Rehabshop och angett att de "behöver ha bekräftat att dynorna har en max brukarvikt på 125 kg, samt att det inte kommer att stå något annat på dynor eller i bruksanvisning vid avtalsstart". Den fråga som

förvaltningsrätten ska ta ställning till är om VGR i strid med LOU har begärt in ett förtydligande. En första förutsättning för att ett förtydligande ska kunna ske är att det redan finns uppgifter som i någon del är oklara. I förevarande mål har som framgår av det ovan anförda angivits olika uppgifter om brukarvikten som föranlett den upphandlande myndigheten genom inhämtande av ett förtydligande försäkrat sig om att den aktuella produkten uppfyllde i förfrågningsunderlaget ställda krav. Förvaltningsrätten anser inte att denna åtgärd innebär att anbudet tillförts nya uppgifter som inte funnits med i det ursprungliga beslutet utan enbart varit en kontroll av redan lämnade uppgifter. VGR:s agerande innebär inte att det slutliga resultatet av utvärderingen och beslutet som sådant kan ifrågasättas av den anledningen. Vid angivna förhållanden finns det inte skäl för ingripande enligt LOU på de av bolaget anförda grunderna varför ansökan ska avslås.

En ny tiodagarsfrist börjar löpa i och med att förvaltningsrätten upphäver det interimistiska beslutet. Det innebär att om ett upphandlingskontrakt tecknas eller föreligger efter den nya fristens utgång, kan rätten till domstolsprövning upphöra. Detta gäller även om överklagande kommer in inom den i bilagan angivna tiden tre veckor.

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


Bengt Hasselberg

/ MG

