



KLAGANDE

Codan Triplus AB, 556080-8841
Box 10233
434 23 Kungsbacka

Ombud: Advokaten Caroline Ygge och jur.kand. Tobias Hamrin
Advokatfirman Delphi
Östra Hamngatan 29
411 10 Göteborg

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

Ombud: Advokaten Mikael Karlsson och jur. kand. Katerina Strömsholm
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Länsrätten i Skåne läns dom den 28 september 2009 i mål nr 6382-09, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten undanröjer länsrättens dom och avskriver målet.

YRKANDEN M.M.

Codan Triplus AB (Bolaget) yrkar att kammarrätten med ändring av länsrättens dom ska besluta att Region Skånes (Regionen) beslut att avbryta upphandlingen upphävs och att rättelse av upphandlingen ska ske i enlighet med tidigare yrkande. För det fall kammarrätten skulle finna att yrkandet om

rättelse inte kan prövas i denna instans bör målet återförvisas till förvaltningsrätten för prövning av yrkandet om rättelse. Till stöd för sin talan anför Bolaget bl.a. följande. En upphandlande enhet som avbryter en pågående upphandling måste kunna presentera sakliga skäl för sådant beslut. Länsrätten har funnit att de i målet aktuella utvärderingskriterierna är otydligt formulerade, men detta kan ifrågasättas. De krav som uppställts måste anses klart utformade då betydelsen av dem är precis som uttrycks, dvs. att dropphastigheten bör vara lätt att ställa in samt att infusionsaggregatet bör ge en jämn och säker infusionshastighet efter inställd dropphastighet. Kravens utformning står helt i enlighet med vad som är praxis i branschen och vad som generellt sett används vid upphandlingar av liknande slag. Ingen av testgrupperna har haft problem med frågornas utformning. Även slutsatsen att modellen för utvärdering inte skulle uppfylla kraven enligt LOU och de gemenskapsrättsliga principerna är felaktig. Det framgår tydligt av kravspecifikationen vilka egenskaper som kommer att tillmätas betydelse vid poängsättningen, nämligen att dropphastigheten är lätt att ställa in samt en jämn och säker infusionshastighet. Det framgår vidare tydligt hur poängsättningen kommer att ske, nämligen mindre bra-0 p, bra-2,5 och mycket bra-5 p. Anbudsgivarna har därmed haft alla möjligheter att förutse vilka egenskaper som kommer att tillmätas betydelse vid poängsättningen och hur denna kommer att ske. När det gäller poängsättningen i utvärderingen har denna helt utgått från testgruppens bedömning. Ett kriterium som t.ex. ”dropphastigheten bör vara lätt att ställa in” lämnar visserligen ett visst utrymme för en subjektiv bedömning från den tillfrågade personen. Detta är emellertid ofrånkomligt vid denna typ av kvalitativ utvärdering. Testgruppens bedömning i form av testprotokoll får anses vara så nära det går att komma en objektiv bedömning av de aktuella egenskaperna inom rimliga ekonomiska ramar. Användandet av testgrupper för att utföra bedömningar av kvalitativa krav är också en gängse metod i upphandlingar av denna typ. Att testgrupperna får utvärdera de uppställda egenskaperna enligt en skala är också vanligt. Vanligtvis består skalan dock bara av två steg- bra eller dåligt- varför skalan som använts i detta fall måste betraktas som ovanligt

väldefinierad och tydlig. Det har således inte förelegat för stort utrymme för subjektiva bedömningar på så sätt att det skulle föreligga fri prövningsrätt för Regionen. Regionens beslut att avbryta pågående upphandling är inte förenligt med bestämmelserna i LOU och EG-rätten. I detta fall har myndigheten framfört påståendet om brister efter att myndigheten felaktigt tilldelat en anbudsgivare upphandlingskontraktet och först sedan frågan om rättelse till förmån för en annan anbudsgivare aktualiserats. Regionen har vid genomförandet av den aktuella upphandlingen åsidosatt bestämmelserna i LOU genom att göra en felaktig utvärdering av anbuden med följd att Mediplast AB felaktigt tilldelats upphandlingskontraktet avseende grupperna 4 och 43 i stället för Bolaget.

Regionen bestrider bifall till överklagandet och vidhåller vad den tidigare anfört samt gör följande tillägg. Regionen har haft saklig grund för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Regionen har iakttagit LOU och de gemenskapsrättsliga principerna. Det föreligger allvarliga fel i förfrågningsunderlaget och till följd av dessa har Regionen inte kunnat genomföra en rättvis utvärdering. Kraven och principerna för poängsättning är inte utformade på ett transparent sätt. Aktuella och potentiella anbudsgivare har inte haft möjlighet att med tillräcklig tydlighet förutse vilka egenskaper som Regionen kommer att tillmäta betydelse vid utvärderingen. Modellen för utvärdering ger ett stort utrymme för subjektiva bedömningar och kan därför inte säkerställa en rättvis och objektiv bedömning. Betygsskalan "mindre bra- bra- mycket bra" innehåller inte någon vägledning beträffande den nivå som krävs för att uppnå respektive betyg. Visst utrymme för subjektiv bedömning kan vara ofrånkomlig vid kvantitativa bedömningar, men i förevarande fall leder modellen för poängsättning till helt subjektiva och personliga bedömningar. Det finns därför stort utrymme för godtycke och följaktligen i praktiken fri prövningsrätt. Varken referenspersoner eller anbudsgivare har fått någon information i förfrågningsunderlaget beträffande vad Regionens referensgrupp ska väga in för att produkten ska anses mindre bra, bra eller mycket bra. Det framgår inte heller några objektiva måttstockar för vilken

kvalitetsnivå som krävs för att erhålla de olika poängen. Vad som menas med "bra" beträffande krav på att "lätt att ställa in" eller "jämn och säker infusionshastighet" är omöjlig att förutse. Kravet på transparens beträffande utvärderingskriterier och den poängskala som ligger till grund för poängsättningen i upphandlingar av tekniskt komplicerade produkter ställs enligt praxis högt (se Kammarrätten i Stockholms dom i mål nr 3582-09). Patient-säkerhet ställer höga krav på infusions- och transfusionsaggregatens kvalitet. Det är därför av principiell vikt att höga krav på tydlighet i uttryckssättet ställs angående förfrågningsunderlag som gäller produkter som själva måste uppfylla höga krav, såsom medicinsktekniska produkter. I förevarande fall har förfrågningsunderlaget varit för otydligt och detta särskilt mot bakgrund av produktens karaktär. Mot bakgrund av ovanstående skulle en rättelse inte vara relevant och tillräcklig åtgärd. Det föreligger därför en saklig grund för avbrytande av upphandlingen. Regionen motsätter sig vidare prövning av Bolagets yrkande om rättelse då detta inte har prövats av länsrätten. Det skulle strida mot instansordningsprincipen att pröva yrkandet om rättelse.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

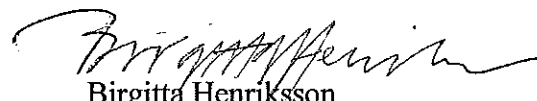
Regionen meddelade i tilldelningsbeslut den 18 juni 2009 att Mediplast AB tilldelats upphandlingskontraktet i de aktuella produktgrupperna. Den 26 juni samma år ansökte Bolaget om överprövning och yrkade att den aktuella upphandlingen inte fick avslutas förrän rättelse gjorts på så sätt att Bolagets anbud skulle bedömas som det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Länsrätten beslutade interimistiskt att upphandlingen inte fick avslutas innan något annat hade beslutats. Den 14 juli 2009 beslutade Regionen att avbryta upphandlingen. Länsrättens prövade i dom den 28 september 2009 frågan om avbrytandet av upphandlingen hade varit korrekt.

I länsrätten rörde saken rättelse av pågående upphandling. Eftersom Regionen i beslut den 14 juli 2009 meddelat att upphandlingen avbrutits, har det inte funnits förutsättningar för länsrätten att pröva målet på sätt som

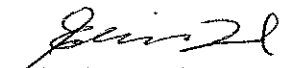
skett. Länsrättens dom ska därför undanröjas och målet avskrivs från vidare handläggning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1)


Barbro Stenstad


Birgitta Henriksson
referent


Lennart Berglund


/Erika Lund



LÄNSRÄTTEN I
SKÅNE LÄN
Avdelning 1
Christian Härdgård

DOM
2009 -09- 28
Meddelad i
Malmö

Mål nr
6382-09 E

KLAGANDE

Codan Triplus AB, 556080-8841
Box 10233
434 23 Kungsbacka

Ombud:
Advokat Caroline Ygge
Jur. kand. Tobias Hamrin
Advokatfirman Delphi KB
Östra Hamngatan 29
411 10 Göteborg

MOTPART

Region Skåne
291 89 Kristianstad

Ombud:
Advokat Mikael Karlsson
Jur. kand. Katerina Strömsholm
Moll Wendén Advokatbyrå AB
Stortorget 8
211 34 Malmö

SAKEN

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

DOMSLUT

Länsrätten avslår yrkandet om ingripande enligt LOU.

Dok.Id 238863

Postadress
Box 4522
203 20 Malmö

Besöksadress
Kalendegatan 6

Telefon
040-35 35 00

E-post: lansratteniskane@dom.se

Telefax
040-97 24 90

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Bakgrund

Region Skåne genomförde en upphandling benämnd "Injektions-, infusions-, transfusions- och punktionsprodukter", dnr 0802483. Upphandlingen genomfördes med tillämpning av öppet förfarande enligt LOU. Codan Triplus AB (Codan) ansökte den 26 juni 2009 om överprövning av upphandlingen i den del den avser produktgrupperna 4 och 43. Samma dag förordnade länsrätten att upphandlingen inte får avslutas till dess annat beslutas.

Den 14 juli 2009 beslutade Region Skåne att avbryta upphandlingen i de aktuella delarna. Som skäl för beslutet angavs att Region Skåne på grund av ett allvarligt fel i förfrågningsunderlaget inte har kunnat välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet.

Parternas yrkande och argumentation

Codan har begärt överprövning av avbrytandebeslutet och yrkat att länsrätten ska upphäva det samt besluta om rättelse i enlighet med vad bolaget yrkat i ansökan om överprövning. Som grund för sin talan har Codan anfört i huvudsak följande. När det gäller utformningen av börkraven "Dropphastigheten bör vara lätt att ställa in" och "Efter inställd dropphastighet bör infagg ge en jämn och säker infusionshastighet" anför Region Skåne att dessa är allmänt hållna och inte tillräckligt tydliga. Codan ifrågasätter Region Skånes påstående och undrar vari otydligheten skulle bestå. Kraven är språkligt sett klart utformade. Betydelsen av dem är precis det som uttrycks. Kravens utformning står helt i enlighet med vad som är praxis i branschen och som generellt sett används vid upphandlingar av t.ex. infusionsaggregat. Hade testgrupperna ansett att frågorna var otydliga skul-

le det framgått av att blanka svar lämnats in, vilket inte skett. Testgrupperna har således inte delat Region Skånes bedömning att frågorna skulle vara otydliga. Codan ifrågasätter även Region Skånes påstående att principerna för poängsättningen ger för stort utrymme för subjektiva bedömningar och att anbudsgivarna därför saknat möjlighet att förutse vilka egenskaper som kommer att tillmätas betydelse vid poängsättningen. Det framgår tydligt hur poängsättningen kommer att ske, nämligen enligt följande. "Mindre bra – 0p, bra – 2,5p, mycket bra – 5p". Användandet av testgrupper är vanligt förekommande vid upphandlingar av aktuella typer av produkter. Dock ska det tilläggas att vanligtvis består skalan bara av två steg – bra eller dåligt. Den skala som använts i den aktuella upphandlingen får därför betraktas som ovanligt väldefinierad och tydlig. Codan bestrider att det skulle föreligga fri prövningsrätt för Region Skåne i denna del. Testgruppernas bedömning får anses vara så nära det går att komma en objektiv bedömning av de aktuella egenskaperna inom rimliga ekonomiska ramar.

Region Skåne har motsatt sig bifall till Codans talan samt anfört i huvudsak följande. Utformningen av nämnda bör-krav samt modellen för betyg-sättning har sådana brister att det inte är möjligt för Region Skåne att göra en rättvis utvärdering av anbuderna. Följaktligen kan Regionen inte välja det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Båda bör-kraven är allmänt hållna och förfrågningsunderlaget ger inte någon ledning för en anbudsgivare i vad som närmare avses med "lätt att ställa in". Inte heller bör-kravet på jämn och säker infusionshastighet är tillräckligt tydligt. Principerna för poängsättning ger vidare ett alltför stort utrymme för subjektiva bedömningar och leder i till det närmaste fri prövningsrätt för Regionen. Aktuella och potentiella anbudsgivare har därför saknat möjlighet att förutse vilka egenskaper som kan komma att tillmätas betydelse vid poängsättning. De vaga formuleringarna strider mot kraven på transparens. Ett förfrågningsunderlag som har sådana brister att en rättvis utvärdering av inkomna an-

bud inte är möjlig följer inte de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten.

DOMSKÄL

Tillämplig bestämmelse

En upphandlande myndighet ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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 om proportionalitet iaktas.

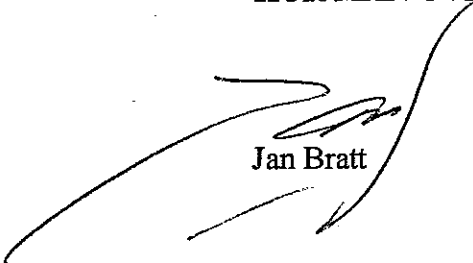
Länsrättens bedömning

Frågan i målet är om Region Skånes beslut att avbryta pågående upphandling är förenligt med bestämmelserna i LOU och EG-rätten. För att en upphandlande enhet ska ha rätt att avbryta en pågående upphandling krävs att enheten kan presentera sakliga skäl för avbrytandebeslutet och att enheten när den fattar ett sådant beslut iaktar grundläggande gemenskapsrättsliga regler inom offentlig upphandling, såsom reglerna om affärsmässighet, ickediskriminering, proportionalitet och likabehandling.

Enligt länsrättens mening kan det lämpliga i att avvakta med att avbryta en upphandling tills fråga om överprövning aktualiserats ifrågasättas. En upphandlande enhet har dock rätt att avbryta en upphandling fram till dess ett upphandlingskontrakt föreligger. En förutsättning för ett sådant beslut är dock att det är sakligt grundat. Anbudsgivarna ska vidare skriftligen underrättas om beslutet och om skälen för detta. En sådan underrättelse, om än knapphändigt motiverad, har lämnats den 14 juli 2009.

De i målet aktuella utvärderingskriterierna kan som sådana bedömas som otydligt formulerade. Det kan dock anmärkas att ett sådant förhållande inte synes ha påtalats från någon anbudsgivare. Länsrätten instämmer emellertid också i Region Skånes bedömning att modellen för poängsättning kan innebära stora svårigheter för en utvärdering som uppfyller kraven på en upphandling i enlighet med bestämmelserna i LOU och de grundläggande principerna i gemenskapsrätten. Länsrätten finner därför att Region Skåne haft saklig grund för sitt beslut att avbryta upphandlingen. Codans ansökan om överprövning ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1b)



Jan Bratt