



SÖKANDE

Fysioline Sweden AB, 556627-5672

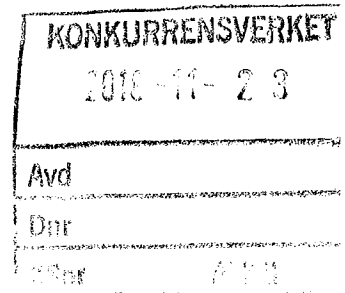
Ombud: Advokaten Helena Kalliomäki
Advokatbyrå Ius Civile AB
Fågelviksvägen 9
145 84 Stockholm

MOTPART

Västra Götalandsregionen
Regionens Hus
462 80 Vänersborg

SAKEN

Offentlig upphandling



FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

YRKANDEN M.M.

Västra Götalandsregionen (VGR) genomför, genom ett öppet förfarande enligt lagen (2016:1145) om offentlig upphandling (LOU) en upphandling av stå- och träningshjälpmedel (dnr RS 2018-01422). VGR beslutade den 1 oktober 2018 att tilldela kontrakt till Primed Fysio & Rehab AB (Primed) såvitt avser produktgrupp D5 (arm - bentränare elektrisk vuxen).

Fysioline Sweden AB (Fysioline) ansöker om överprövning såvitt avser produktgrupp D5 och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas genom att anbudskvalificeringen görs om och i andra hand att kontraktet ska tilldelas Fysioline. Till stöd för ansökan anförs i korthet att VGR har förfarit i strid med likabehandlingsprincipen vid utvärderingen av Fysiolines anbud då anbudet har värderats felaktigt och fått ett prispåslag gentemot det vinnande anbudet.

VGR medger att Fysioline felaktigt har påförts ett prispåslag såvitt gäller krav nr 16. VGR motsätter sig ansökan i övrigt.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Utgångspunkter för rättens prövning

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrätten har således att pröva om det på grundval av vad Fysioline anfört är visat att VGR brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta har medfört att Fysioline lidit eller kan komma att lida skada (20 kap. 6 § LOU). De grundläggande principerna innebär att upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt, genomföra

upphandlingar på ett öppet sätt samt iaktta principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet (4 kap. 1 § LOU).

Vad parterna anför

Fysioline anför bl.a. följande. VGR har vid utvärderingen av krav nr 16, 17, 25 och 28 gett Fysioline prispåslag på felaktiga grunder. Av VGR:s utvärdering av krav nr 16 framgår att Fysiolines offererade produkt ("THERA Trainer Tigo") saknar symbol för km, vilket är felaktigt. Vad gäller *krav nr 17* (Display bör vara användarvänlig [tydliga knappar, enkla att trycka på]), har VGR bedömt att Fysiolines produkt har något smala knappar, vilket inte säger någonting om användarvänligheten. Av kravet framgår inte hur knapparna ska sitta, utan kravet är att displayen ska vara användarvänlig. THERA Trainer Tigos display är tydlig och användarvänlig. Knapparna sitter inte så tätt att brukaren kan förväxla dessa. Prispåslaget är godtyckligt och saknar grund. På Primeds offererade produkt ("MOTomed viva2 light") sitter endast en knapp som förvirrar brukaren. Den produkten kan dessutom endast justeras i höjd, vilket är en stor brist som borde ha gett prispåslag för Primed. Såvitt gäller *krav nr 25* (Produkten bör vara förberedd för enkel montering av tillbehör) behövs endast ett verktyg för montering av tillbehör på Fysiolines produkt, vilket följer med. Insexnycklar behövs vid montering, dock inte vid användning. THERA Trainer Tigo levereras monterad och prispåslag har påförts på felaktiga grunder. Primeds offererade produkt har inga medföljande tillbehör, den monteras också med verktyg men kräver en i förhållande till Fysiolines produkt mer komplicerad montering och borde därför fått avdrag för krav nr 25. Vad gäller *krav nr 28* (Produkten bör vara utformad med så släta ytor som möjligt så att smuts och bakterier inte ansamlas) har Primeds offererade produkt fler skrymslen än Fysiolines. Primeds produkt har dessutom speciella fotstöd, dock endast mot tilläggsavgift. Fotstödet innehåller skumgummi, vilket är ohygieniskt. Primed borde ha fått prispåslag då produkten inte håller hygienisk standard. Fysiolines produkt har däremot

släta ytor, är av lackat stål och lätt att rengöra. Produkten innehåller inte heller några vadderade delar, vilket är viktigt ur hygiensynpunkt. Primed har dessutom inte visat den enhet som anges i anbudet ("MOTomed viva 2 light") utan modellen "Gracile". "MOTomed viva 2 light" har även en elkoppling, vilket gör det tveksamt om produkten är CE-godkänd och uppnår standardiseringskraven för medicinteknisk godkänd säkerhet.

VGR anför å sin sida bl.a. följande. Av anbudsinvändningen (avsnitt 1.5.5) framgår vad gäller anbudsutvärderingen bl.a. att de kvalitetskrav som anges i produktkravspecifikationen kommer att bedömas av en expertgrupp inom VGR via dokumentation, provning och/eller utifrån erfarenhet.

Expertgruppen, som består av representanter från berörda verksamheter, har en hög kompetens och klinisk erfarenhet inom upphandlingsområdet. Vid anbudsutvärderingen bedömde expertgruppen att Fysioline's anbud inte uppfyllde samtliga kvalitetskrav tillräckligt väl för att tilldelas maxpoäng. Fysioline fick därför prispåslag. VGR har i samband med bolagets begäran om överprövning gjort en förnyad genomgång av Fysioline's anbud och då funnit att bolaget ska tilldelas maxpoäng för *krav nr 16*. VGR vidhåller sin tidigare bedömning såvitt gäller de övriga ifrågasatta kraven. Vad gäller *krav nr 17* kan Fysioline's anbud inte tilldelas maximal poäng när det gäller displayens användarvänlighet. Av bruksanvisningen framgår att produkten rekommenderas särskilt vid t.ex. MS, slaganfall, Parkinson och reumatiska sjukdomar. Det rör sig alltså om en brukargrupp med funktionshinder där det är särskilt viktigt med en tydlig och enkel display. Knapparna är i sin utformning något smala och sitter tätt placerade och det finns därför en risk att man trycker på flera knappar samtidigt liksom att det kan vara svårt att urskilja var en knapp slutar och en annan börjar, vilket kan upplevas som otydligt och icke användarvänligt av den tänkta brukargruppen. VGR kvarstår även i sin bedömning av *krav nr 25*, då det är svårt att komma åt att montera produkten och det krävs sammanlagt fem olika verktyg för att montera och justera densamma. Vad gäller *krav nr 28* kvarstår bedömningen

att Fysioline produkt har svåråtkomliga ställen i form av skruvskåror, skruvinfästningar och skåror där produkten är ihopsatt, vilket försvårar ordentlig rengöring av produkten både för brukaren och för personal på hjälpmedelscentralen. Dessa faktorer motiverar ett poängavdrag.

Förvaltningsrättens bedömning

Det är Fysioline som ska visa att VGR har utfört anbudsutvärderingen på ett felaktigt sätt. Vid en överprövning måste förvaltningsrätten utgå från att den upphandlande myndigheten själv har bäst förutsättningar att utvärdera anbuden. Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att överprövningen inte tar sikte på upphandlingens materiella resultat utan endast på om den upphandlande myndigheten har förfarit formellt korrekt och iakttagit de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU (HFD 2013 ref. 5). Endast om den upphandlande myndigheten tagit ovidkommande hänsyn eller påtagligt avvikit från de kriterier som angetts i upphandlingsdokumenten kan det således bli aktuellt att ingripa mot en upphandling på denna grund.

Av produktkravspecifikationen kan bl.a. utläsas att maxpoängen för krav nr 17, 25 och 28 uppgår till 10 poäng samt att poängsättning sker fritt inom intervallet 0 – 10 poäng. I kravspecifikationen redogörs vidare för det maximala prispåslaget vid uteblivet mervärde för respektive utvärderingskriterium samt hur poängsättningen sker (0 p = ej användarvänlig/10 p = användarvänlig, 0 p = uppfyller ej kriterium/10 p = uppfyller kriterium, 0 p = svårt att rengöra, svårt att komma åt/10 p = enkel att rengöra, enkel att komma åt).

Förvaltningsrätten konstaterar att parterna numera är överens om att Fysioline rätteligen ska tilldelas maximal poäng för krav nr 16. Fysioline har tilldelats 7 poäng för krav nr 17 samt 5 poäng vardera för krav nr 25 och 28.

Det ligger i sakens natur att en upphandlande myndighet vid anbudsutvärderingen värderar de uppgifter och den information i form av t.ex. produktblad och bruksanvisningar som anbudsgivaren har lämnat i anbudet. Det är vidare ofrånkomligt att utvärderingskriterier som på något vis rör mänskliga aspekter såsom användarvänlighet lämnar ett visst utrymme för skönsmässiga bedömningar. Att en upphandlande myndighet vid utvärderingen använder sig av ytterligare parametrar och förfinade mätverktyg bör enligt förvaltningsrättens mening också kunna godtas, under förutsättning att dessa håller sig inom ramen för upphandlingsdokumenten.

Vad Fysioline har anfört i målet ger enligt förvaltningsrättens mening inte stöd för uppfattningen att VGR har tagit ovidkommande hänsyn vid utvärderingen av krav nr 17, 25 och 28 eller att Fysioline har tilldelats för låga poäng i förhållande till vad som framkommit i anbudet om den offererade produkten med avseende på displayens användarvänlighet, monteringen av tillbehör samt rengöring av produkten. VGR har därmed också haft fog för att belasta Fysiolines anbud med ett prispåslag på de aktuella posterna. Förvaltningsrätten finner inte heller visat att VGR har tilldelat den vinnande leverantören Primed för höga poäng eller på annat sätt utvärderat anbuden på ett sätt som inte är förenligt med de grundläggande principerna och LOU.

Fysioline har slutligen ifrågasatt om Primeds offererade produkt är CE-godkänd och vidare påstått att Primed har visat en annan produkt än den som anges i anbudet. Förvaltningsrätten anser inte att Fysioline har framfört några konkreta omständigheter i denna del som ger stöd för dessa påståenden eller som tillräckligt starkt talar för att VGR har frångått de upphandlingsprinciper och förfaranderegler som anges i LOU vid bedömningen att Primeds anbud.

Förvaltningsrätten finner sammanfattningsvis att det inte finns skäl för ingripande enligt LOU med anledning av vad Fysioline har anfört. Bolagets ansökan om överprövning ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (FR-05).

Hanna Berglund
rådman



Hur man överklagar

FR-05

Den som inte är nöjd med förvaltningsrättens beslut kan överklaga. Här framgår hur det går till.

Överklaga skriftligt inom 3 veckor

Tiden räknas oftast från den dag som ni fick del av beslutet. I vissa fall räknas tiden i stället från beslutets datum. Det gäller om beslutet avkunnades vid en muntlig förhandling, eller om rätten vid förhandlingen gav besked om datum för beslutet.

För myndigheten räknas tiden alltid från beslutets datum.

Hur räknar vi ut tiden?

Sista dagen för överklagande är exakt 3 veckor från den veckodag som tiden börjar räknas. Om ni exempelvis fick del av beslutet måndagen den 2 mars går tiden ut måndagen den 23 mars.

Om sista dagen för överklagande är en helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton, räcker det att överklagandet kommer in nästa vardag.

Tänk på detta i mål om överprövning av upphandling

I vissa fall kan myndigheten ingå avtal efter 10 dagar från det att domstolen avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut, och i vissa fall får myndigheten ingå avtal omedelbart. Efter att avtal har slutits får kammarrätten inte överpröva upphandlingen. Detta gäller alltså även om tiden för överklagande fortfarande gäller.

Närmare regler finns i den lag som gäller för målet, se rutan längst ner på nästa sida för hänvisningar.

Gör så här

1. Skriv förvaltningsrättens namn och målnummer.
2. Förklara varför ni tycker att beslutet ska ändras. Tala om vilken ändring ni vill ha och varför ni tycker att kammarrätten ska ta upp ert överklagande (läs mer om prövningstillstånd längre ner).
3. Tala om vilka bevis ni vill hänvisa till. Förklara vad ni vill visa med varje bevis. Skicka med skriftliga bevis som inte redan finns i målet.
4. Lämna namn och personnummer eller organisationsnummer.

Lämna aktuella och fullständiga uppgifter om var domstolen kan nå er: postadresser, e-postadresser och telefonnummer.

Om ni har ett ombud, lämna också ombudets kontaktuppgifter.
5. Skicka eller lämna in överklagandet till förvaltningsrätten – adressen finns i beslutet.

Vad händer sedan?

Förvaltningsrätten kontrollerar att överklagandet kommit in i rätt tid. Har det kommit in för sent avvisar domstolen överklagandet. Det innebär att beslutet gäller.

Om överklagandet kommit in i tid, skickar förvaltningsrätten överklagandet och alla handlingar i målet vidare till kammarrätten.

Har ni tidigare fått brev genom förenklad delgivning kan även kammarrätten skicka brev på detta sätt.

Prövningstillstånd i kammarrätten

När överklagandet kommer in till kammarrätten tar domstolen först ställning till om målet ska tas upp till prövning.

Kammarrätten ger prövningstillstånd i fyra olika fall.

- Domstolen bedömer att det finns anledning att tvivla på att förvaltningsrätten dömt rätt.
- Domstolen anser att det inte går att bedöma om förvaltningsrätten dömt rätt utan att ta upp målet.
- Domstolen behöver ta upp målet för att ge andra domstolar vägledning i rättstillämpningen.
- Domstolen bedömer att det finns synnerliga skäl att ta upp målet av någon annan anledning.

Om ni *inte* får prövningstillstånd gäller det överklagade beslutet. Därför är det viktigt att i överklagandet ta med allt ni vill föra fram.

Vill ni veta mer?

Ta kontakt med förvaltningsrätten om ni har frågor. Adress och telefonnummer finns på första sidan i beslutet.

Mer information finns på www.domstol.se.

För fullständig information, se:

- lag (2016:1145) om offentlig upphandling, 20 kap.
- lag (2016:1146) om upphandling inom försörjningssektorerna, 20 kap.
- lag (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet, 16 kap.
- lag (2016:1147) om upphandling av koncessioner, 16 kap.

