



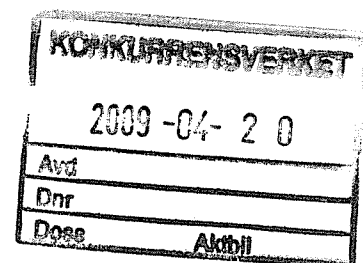
**LÄNSRÄTTEN I  
KRONOBERGS LÄN**

**DOM**  
2009-04-17  
Meddelad i  
Växjö

Mål nr  
136-09 E  
Rotel 2

**SÖKANDE**

LifeScan Johnson & Johnson AB, 556063-2514  
Staffans väg 2  
191 84 Sollentuna



Ombud: Advokat Anna Ulfsson Forssell, jur.kand. Jenny Crafoord och  
jur.kand. Viktor Morawski  
Advokatfirman Delphi KB  
Box 1432  
111 84 Stockholm

**MOTPART**

Landstinget Kronoberg, 232100-0065  
Upphandlingsavdelningen  
Box 1223  
351 12 Växjö

**SAKEN**

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

Landstinget Kronoberg (landstinget) har genomfört en upphandling avseende diabeteshjälpmedel. Upphandlingen omfattade de olika produktionsområdena basmätare med teststickor, avancerad glukosmätare med teststickor, glukosmätare laddad med flera teststickor och teststickor, glukosmätare vid peritonealdialys med teststickor, kanyler till insulinpenna, blodprovtagare engångs samt lansetter till flergångsprovtagare. Anbud kunde lämnas på hela eller delar av efterfrågat sortiment. Avtalsperioden omfattar den 1 mars 2009 – 28 februari 2010, med option om förlängning med maximalt 2 x 12 månader. Upphandlingen har skett som en öppen upphandling, över tröskelvärdena. Kommunen beslutade den 19 januari 2009 att anta det anbud som lämnats på rekvisition dnr B 49-08-021.

LifeScan Johnson & Johnson AB (bolaget) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Det har vidare begärt inhibition. Länsrätten beslutade den 29 januari 2009 att upphandlingen beträffande

Dok.Id 37721

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42	Kungsgatan 8	0470-868 00	0470-869 50	måndag – fredag
351 03 Växjö		E-post: lansrattenikronoberg@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

diabeteshjälpmedel på rekvisition dnr B 49-08-021 inte får avslutas i avvaktan på att länsrätten beslutar något annat.

Bolaget anför bland annat följande. Landstinget har brutit mot den gemenskrättsliga principen om transparens, och därmed mot 1 kap. 9 § LOU, genom att i förfrågningsunderlaget använda sig av en utvärderingsmodell, som är utformad så att den – ordalydelsen till trots – i verkligheten tillmäter kriteriet Pris betydligt större vikt än vad som anges i underlaget. Utvärderingsmodellen är därmed så oklar, att det inte av denna går att utläsa vad som ska tillmätas betydelse i realiteten. Som en följd av att landstinget har brutit i sina förpliktelser enligt LOU har bolaget lidit eller i vart fall riskerat att lida skada genom att inte tilldelas kontrakt för fler delar i upphandlingen, i den mening som avses i 16 kap 1 § första stycket LOU och 16 kap. 2 § första stycket LOU. Regeringsrätten har i sin dom i mål 958-05, MiRoi i-learning AB ./ Uppsala kommun, uttalat att om bristerna i en upphandling är hänförliga till en upphandlings konkurrensuppsökande skede ska upphandlingen göras om. De påtalade bristerna är hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen ska göras om. Det grundläggande felet i upphandlingen är att utvärderingsmodellen inte stämmer överens med den angivna viktningen, vilket innebär att utvärderingsmodellen strider mot transparensprincipen i 1 kap. 9 § LOU. Av länsrätten i Jönköpings dom i mål 1735-08, som vunnit laga kraft, framgår 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. I målet hade landstinget i Jönköpings län angett att de inkomna anbuderna skulle utvärderas genom att kriterierna viktas på så sätt att pris gavs 40 % och övriga kriterier gavs 60 % vikt. Den uppställda viktningen upprätthölls inte konstant i utvärderingen vilket fick till konsekvens att anbudsgivarna inte fullt ut kunde avgöra vad som skulle tillmätas betydelse i upphandlingen. Det faktum att den angivna viktningen mellan pris och övriga kriterier inte upprätthölls i utvärderingen

innebar att kraven på transparens och förutsebarhet inte var uppfyllda och att upphandlingen därmed stred mot LOU. Länsrätten förordnade på dessa grunder att upphandlingen skulle göras om. Rättsfallet är av stor relevans för det aktuella målet. – Vidare framgår av förfrågningsunderlaget att för Avancerad glukosmätare kommer pris ges 60 % vikt och produktspecifika krav ges 40 % vikt. Dock följer av den av landstinget tillämpade utvärderingsmodellen att proportionerna mellan pris och produktspecifika krav i något enskilt fall kommer att vara 60/40 men att proportionerna i de allra flesta fall kommer att bli något helt annat. Utvärderingsmodellen är konstruerad på ett sådant sätt att pris får den i de flesta fall helt avgörande betydelsen, vilket innebär att förhållandet mellan pris och produktkrav inte alls stämmer överens med den viktning som är angiven i förfrågningsunderlaget. Dessutom innebär det faktum att samtliga anbudgivares anbudspris jämförs med det lägsta anbudspriset att det som anbudsgivare inte på förhand går att bedöma hur priset kommer att betygsättas, vilket i sin tur innebär att anbudsgivarna inte har möjlighet att utforma sitt anbud på det mest konkurrenskraftiga sättet. – Redan av den beskrivna utvärderingsmodellen går det enkelt att förstå att priset inte alls väger 60 % för exempelvis de avancerade glukosmätare. Redan när priset i ett anbud bara är 8 % eller mer dyrare än det lägsta priset väger priset 100 %. Skäl föreligger att i enlighet med 16 kap 2 § första stycket LOU förordna att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider bifall till ansökan och anför huvudsakligen följande. Upphandlingen avser successiva leveranser av diabeteshjälpmedel på rekvisition samt direktleveranser efter avrop till Landstinget Kronoberg. Upphandlingen genomfördes som en öppen upphandling. Landstinget bestrider bolagets påståenden. I anbudsinvjudan anges klart och tydligt hur anbudena kommer att utvärderas och landstinget har även vid anbudsutvärderingen följt angiven utvärderingsmodell och med de vikter som angivits. Landstinget har därmed inte avvikit från den utvärderingsmodell som anges i

anbudsinbjudan. Att landstinget inte har avvikit från utvärderingsmodellen framgår även av utvärderingsrapporten. I Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 344-06 den 28 mars 2006, som har vunnit laga kraft, prövades frågeställning beträffande en poängsättningsmodell för pris där den upphandlande myndigheten använde sig av en linjär poängsättningsmodell inom spannet 0-33 procent. I målet hade den upphandlande myndigheten i anbudsinbjudan angivit att prövning av pris sker genom poängsättning mellan 5 och 0 poäng linjärt inom spannet mellan den lägsta anbudsprövningssumman (5 poäng) och den anbudsprövningssumman som ligger 33 procent därutöver (0 poäng). Kammarrätten har således godkänt en utvärderingsmodell liknande den som landstinget har tillämpat i aktuell upphandling. Av anbudsinbjudan framgår klart och tydligt vad landstinget har tillmätt betydelse i upphandlingen och därmed uppfylls kravet på transparens. Utvärderingen har skett i enlighet med modellen. Kravet på likabehandling har därmed också uppfyllts. Landstinget hänvisar även till Kammarrätten i Göteborgs dom i mål 4799-07 den 16 januari 2008.

Bolaget har genmält bland annat följande. Det är inte korrekt att Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 344-06 skulle tala för att den utvärderingsmodell som landstinget använt inte strider mot reglerna i LOU. För det första var den utvärderingsmodell som användes i det åberopade rättsfallet konstruerad på ett annat sätt än den nu aktuella modellen. Dessutom var betygssättningen när det gäller kriteriet pris helt annorlunda. Landstinget valde i upphandlingen att ge lägsta pris betyget 5 och tilldelade en anbudsgivare med mer än 8 % högre pris betyget 0. I det åberopade rättsfallet fick den anbudsgivare med lägst pris betyget 5 och de anbudsgivare med ett pris som var 33 % dyrare fick betyget 0. Det är tveklöst en stor skillnad mellan 8 % och 33 %, vilket innebär att det inte går att dra den slutsats landstinget gör av det åberopade rättsfallet. För det andra aktualiserades i mål 344-06 aldrig frågan huruvida viktningen och utvärderingsmodellen överensstämde med varandra (var konstant). Kammarrätten konstaterade

endast att utvärderingsmodellen förvisso hade brister men att förfrågningsunderlaget var tillräckligt tydligt för att inte strida mot någon av LOU:s grundläggande principer. Rättsfallet ger inte vägledning i det nu aktuella fallet. Dessutom gällde det av landstinget åberopade rättsfallet gamla LOU. I gamla LOU fanns inte det krav på viktning som nu kan utläsas av 12 kap. 2 § LOU. Även det andra rättsfallet åberopat av landstinget saknar relevans för det aktuella målet samt avser gamla LOU. – Bolaget åberopar till stöd för sin talan ett yttrande av professor Arne Andersson. Denne menar på anförda skäl att landstingets utvärderingsmodell har två mycket grundläggande logiska fel, vilket gör den i princip helt oförutsägbar för anbudsgivarna samt att viktningen mellan pris och produktspecifika krav är missvisande.

Landstinget har slutligen anfört bland annat följande. Utvärderingsmodeller där poängsättning sker med utgångspunkt i det lägsta offererade priset är mycket vanligt förekommande. Det kan noteras att det i flera domar från kammarrätterna framgår att de tillämpade utvärderingsmodellerna varit av den typ som i detta mål, dvs att anbudspriser ställts i relation till varandra. Se bland andra Kammarrätten i Göteborgs dom i de förenade målen 7080-7081-07 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål 2947-07 samt även länsrätten i Stockholms läns dom i mål 19982-05. Bolaget har inte lidit någon skada eftersom deras anbud låg innanför spannet mellan lägsta pris och plus 8 procent. Professor Arne Anderssons analys och hypotetiska resonemang har inte påvisat att bolaget skulle ha vunnit upphandlingen genom att ta bort ett annat anbud fränsett det vinnande anbudet dvs rangordningen mellan det vinnande anbudet och bolagets anbud påverkas inte av ett tredje anbud. Det ligger i sakens natur att det, för snart sagt vilken utvärderingsmodell som helst, kan konstrueras teoretiska exempel som medför att någon ”kommer i kläm”. Det säger sig dock självt att det förhållandet inte innebär att part som, i likhet med bolaget, inte lidit någon som helst skada till följd av utvärderingsmodellen, ska kunna få ett helt upp-

handlingsförfarande att göras om. Om det vore möjligt att tilltvinga sig en ny upphandling genom teoretiska exempel skulle snart sagt vilken upphandling som helst kunna överprövas med framgång. Så är emellertid inte fallet. Den viktning som angivits i förfrågningsunderlaget, som bekant produktspecifika krav 40 % och pris 60 %, har upprätthållits i utvärderingen. Bolaget lämnade tre anbud avseende tre produkter i upphandlingen avseende Glukosmätare avancerad. Två av produkterna erhöll 5 bör-poäng för produktspecifika krav vilket viktades till 40 % och bolaget erhöll således 2 viktade bör-poäng. Priset som bolaget angav var 2,46 kronor vilket var 2,93 % högre än det lägsta anbudspriset och anbudet erhöll 3 pris-poäng. Dessa viktades till 60 % och bolaget erhöll således 1,8 viktade pris-poäng. Anbudens erhållna poäng adderades sedan varvid anbudets summa för de två respektive produkterna blev 3,8 viktade poäng. För den tredje produkten erhöles 2,5 bör-poäng vilket viktades till 40 % och bolaget erhöil således 1 viktad bör-poäng. Priset som angavs var 2,93 % högre än det lägsta anbudspriset och erhöil 3 pris-poäng vilket viktades till 60 % och företaget erhöil således 1,8 viktade pris-poäng. Sammanlagt erhöil bolaget 2,8 viktade poäng för den tredje produkten. Den i förfrågningsunderlaget angivna viktningen har därmed upprätthållits i utvärderingen. – Det kan även ifrågasättas varför bolaget, om de nu ansåg att det fanns allvarliga fel i utvärderingsmodellen, inte under anbudstiden påpekade detta, utan väntade med sin kritik till efter tilldelningsbeslutet. Bolaget har i sina yttranden medgett att utvärderingsmodellen tydligt framgår av förfrågningsunderlaget. Även om länsrätten skulle finna att den av landstinget använda utvärderingsmodellen är bristfällig på den grunden att poäng endast ges till den som ligger 8 procent över det anbud som har lägst pris, så har bolaget inte drabbats eftersom deras pris endast skilde sig 2,93 procent från det lägsta priset. Bolaget kan i vart fall i ett fall som detta inte ha talerätt, eftersom dess anbud inte ligger mer än 8 procent över det anbud som har lägst pris och således på intet sätt har "drabbats" vid poängsättningen. Bolagets talan ska således avvisas.

Bolaget har slutligen anfört bland annat följande. Pris tillmäts betydligt större vikt än de i underlaget angivna 60 %. Det är då irrelevant att utvärderingen har genomförts i enlighet med angivna förutsättningar, eller att utvärderingen har skett på samma sätt för alla anbudsgivare. Den rättspraxis som landstinget hänvisar till kan inte appliceras på nuvarande situation eftersom de utvärderingsmodeller som bedömts inte haft samma typ av brister som den aktuella utvärderingsmodellen har. Kammarrättens dom i mål 4799-07 berör inte den huvudfråga som bolaget tar upp i förevarande mål. Bolaget vidhåller att länsrätten i Jönköpings dom i mål 1735-08 i högsta grad är relevant. Bolaget åberopar vidare dom från länsrätten i Östergötlands län i mål 3828-06 som visserligen baseras på gamla LOU men där rätten underkände en utvärderingsmodell där poängen för priset – och därmed vinsten i en upphandling – var avhängigt vilka andra priser som lämnats i upphandlingen. Bolaget har givetvis ”drabbats” av den otydliga utvärderingsmodellen. Om landstinget tillämpat den angivna viktningen om 40 % respektive 60 % hade bolaget med största sannolikhet blivit tilldelad kontrakt i delen Avancerade glukosmätare. Dessutom gör endast det faktum att det är fullständigt omöjligt att av utvärderingsmodellen förstå hur utfallet av utvärderingen ska bli, att bolaget har lidit skada. Gällande bolagets talerätt har alla leverantörer som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada till följd av en överträdelse av LOU, 16 kap. 1 och 2 §§ LOU. Bolaget har riskerat att lida skada genom utvärderingsmodellens oförutsebarhet. Avslutningsvis hade det inte gjort någon skillnad för det fall att bolaget hade påpekat bristerna i upphandlingens utvärderingsmodell under anbudstiden. En upphandlande myndighet kan inte ändra förutsättningarna i en påbörjad upphandling utan att upphandlingen avbryts och görs om. Vidare är det först efter tilldelningsbeslutet, där utvärderingen och de viktade poängen har redovisats, som det med säkerhet för bolaget har visat sig att utvärderingsmodellen är precis så otydlig som befarat.

## DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att upphandlande myndigheter ska 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 iakttagas.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s 249) framgår gällande viktning att den relativa betydelsen får anges i form av intervall med en lämplig största tillåtna spridning. Det får dock inte medföra att en så stor spridning används att det i realiteten innebär att informationen förlorar sin betydelse.

De grundläggande principer som ska följas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. En upphandlande myndighet får ställa krav om de inte begränsar konkurrensen eller är diskriminerande. Kraven måste ha ett naturligt samband med och stå i proportion till det behov som ska täckas genom upphandlingen.

Den upphandlande enheten har relativt stort utrymme vid utformningen av förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller så länge de inte strider mot principerna i LOU. Under samma förutsättningar finns även ett stort utrymme för varierande lösningar vid utformningen av utvärderingsmodell.



Principen om transparens innebär att upphandlingsprocessen ska kännetecknas av förutsebarhet och öppenhet. Förfrågningsunderlaget ska vara så utformat att det klart och tydligt framgår vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Upphandlingsprocessen ska ge anbudsgivarna möjlighet att lämna så effektiva anbud som möjligt givet förutsättningarna i förfrågningsunderlaget.

Bolaget har gjort gällande att landstinget brutit mot 1 kap. 9 § LOU genom att i förfrågningsunderlaget använda sig av en utvärderingsmodell som inte stämmer överens med den angivna viktningen och därmed strider mot principerna om transparens och likabehandling. Bolaget anför att utvärderingsmodellen inte uppfyller principen om transparens eftersom det inte går att förutse hur stor del kriteriet pris respektive kriteriet produktspecifika krav kommer att tillmätas i utvärderingen då viktningen inte är konstant med utvärderingsmodellen. Landstinget har anført att utvärderingsmodellen tydligt framgår av underlaget samt att den i förfrågningsunderlaget angivna viktningen har upprätthållits i utvärderingen. För det fall att länsrätten skulle finna att utvärderingsmodellen är bristfällig på den grunden att poäng endast ges till den som ligger högst 8 procent över det lägsta Prisanbudet gör landstinget gällande att bolaget inte har drabbats eftersom deras pris endast skilde 2,93 procent från det lägsta anbudet och att då bolaget inte har drabbats ska deras talan avvisas.

Länsrätten finner inledningsvis att bolaget har talerätt. – Det framstår som ostridigt att utvärderingsmodellen i förfrågningsunderlaget inte är otydligt formulerad i sig samt att utvärderingen genomförts på det sätt som angivits i förfrågningsunderlaget. Frågan är om utvärderingsmodellens utformning strider mot principerna om transparens och likabehandling i 1 kap. 9 § LOU genom att poängsättningskriterierna i sig skulle förta viktningens innebörd. – Det framgår bland annat av EG-domstolens dom i mål C-448/01 p. 39 att den upphandlande enheten inte endast är fri att välja krite-

rier för tilldelning av kontrakt utan även att bestämma viktningen av dessa. Detta under förutsättningen att utvärderingen görs i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga.

Av förfrågningsunderlaget framgår i tillräcklig omfattning vad den upphandlande enheten tillmäter betydelse. Detta även om en anbudsgivare inte exakt kunnat avgöra hur anbudet ska utformas för att tilldelas kontraktet. Det ligger emellertid i sakens natur att en anbudsgivare aldrig med säkerhet kan veta hur dennes anbud kommer att förhålla sig till övriga anbud. En upphandlande myndighet måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuden under förutsättning att detta sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget.

De anbudspris som lämnats avseende Avancerad glukosmätare varierar mellan 2,39 och 4,19 kronor och av de 10 anbud som poängsatts har tre stycken erhållit noll poäng på grund av en större differens än 8 procent från det lägsta anbudet. Utvärderingsmodellen måste bedömas som känslig för små prisskillnader och riskerar därför att inte få samma genomslag för samtliga anbud i praktiken. Den av landstinget tillämpade utvärderingsmodellen har således vissa brister. Det kan dock inte anses råda något tvivel om att den snäva poängsättningen i utvärderingen av priset gjorts i syfte att fastställa vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga. Bristerna har därmed inte varit av sådan omfattning att de skulle åsidosätta kraven i LOU. Även om utvärderingsmodellen inte har varit optimalt utformad får förfarandet ur upphandlingssynpunkt alltså anses godtagbart i denna del.

Sammanfattningsvis finner länsrätten att det inte är visat att landstinget i upphandlingen brutit mot de grundläggande kraven i 1 kap. 9 § LOU. Någon grund för ingripande enligt 16 kap. 2 § LOU föreligger därför inte och ansökan ska avslås.

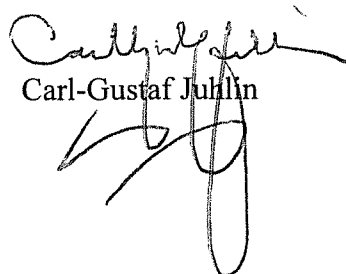
Till följd härav ska länsrättens beslut den 29 januari 2009 inte längre gälla.

**DOMSLUT**

Länsrätten avslår ansökningen.

Länsrätten upphäver det interimistiska beslutet av den 29 januari 2009.

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

  
Carl-Gustaf Juhlin



## HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Jönköping.

**Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.**

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid 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 skall kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut var till länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla**

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nås för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift om länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.