

**LÄNSRÄTTEN I
BLEKINGE LÄN**

E Beyer

DOM

2008-10-07

Meddelad i

Karlskrona

Mål nr

807-08

813-08

SÖKANDE

Absorb-Plus AB, 556615-9421

Trollåsvägen 28

436 42 Askim

MOTPARTER

1. Alvesta kommun

342 80 Alvesta

2. Karlshamns kommun

374 81 Karlshamn

3. Karlskrona kommun

371 83 Karlskrona

4. Landstinget Blekinge

Landstingsservice, Koncernupphandling

371 81 Karlskrona

5. Landstinget Kronoberg

Upphandlingsavdelningen

Box 1223

351 12 Växjö

6. Lessebo kommun

Box 13

360 50 Lessebo

7. Ljungby kommun

341 83 Ljungby

8. Markaryds kommun

Box 74

285 22 Markaryd

9. Olofströms kommun

Box 302

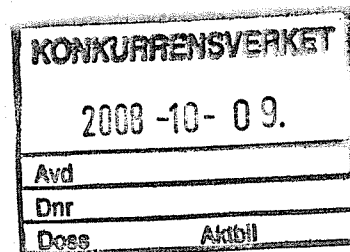
293 24 Olofström

10. Ronneby kommun

372 80 Ronneby

11. Sölvesborgs kommun

294 80 Sölvesborg



Dok.Id 23834

Postadress

Box 516

371 23 Karlskrona

Besöksadress

Rådhuset, Stortorget

Telefon

0455-33 54 50

E-post: lansratteniblekinge@dom.se

Telefax

0455-215 80

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-12:00

13:00-15:00

12. Tingsryds kommun
Box 88
362 22 Tingsryd

13. Uppvidinge kommun
Box 59
360 70 Åseda

14. Växjö kommun
Box 1222
351 12 Växjö

15. Älmhults kommun
Box 500
343 23 Älmhult

SAKEN

Överprövning enligt lagen (1992:1528) om offentlig upphandling, LOU

BAKGRUND

De ovan som motparter angivna upphandlande enheterna genomför en gemensam ramavtalsupphandling avseende absorberande inkontinensprodukter. Genom tilldelningsbeslut den 18 augusti 2008 antogs andra anbudsgivare än Absorb-Plus AB som leverantörer.

Absorb-Plus AB ansökte den 21 augusti 2008 om överprövning av upphandlingen såvitt avser produkterna under position 68, 69 och 70 i anbudsinvjudan.

Länsrätten beslutade samma dag att överlämna målet i den del det avsåg upphandling genomförd av landstinget Kronoberg samt Alvesta, Lessebo, Ljungby, Markaryds, Uppvidinge, Tingsryds, Växjö och Älmhults kommuner till länsrätten i Kronobergs län för handläggning.

Länsrätten beslutade samtidigt att upphandlingen beträffande landstinget Blekinge samt Karlskrona, Ronneby, Karlshamns, Sölvesborgs och Olof-

ströms kommuner avseende de aktuella produkterna tills vidare inte fick avslutas.

Länsrätten i Kronobergs län beslutade den 22 augusti 2008 att upphandlingen beträffande landstinget Kronoberg samt Alvesta, Lessebo, Ljungby, Markaryds, Uppvidinge, Tingsryds, Växjö och Älmhults kommuner såvitt avsåg de aktuella produkterna tills vidare inte fick avslutas.

Länsrätten i Kronobergs län beslutade vidare med stöd av 14 § tredje stycket lagen om allmänna förvaltningsdomstolar att förordna att målet skulle överlämnas till länsrätten i Blekinge län för handläggning.

YRKANDEN

Absorb-Plus AB yrkar att upphandlingen såvitt avser produkterna under positionerna 68, 69 och 70 i anbudsinbjudan ska rättas.

De upphandlande enheterna bestrider Absorb-Plus AB:s yrkande och yrkar att länsrätten beslutar att aktuell upphandling får avslutas.

PARTERNAS TALAN

Absorb-Plus AB anför till stöd för sin talan i huvudsak följande. På positionerna 68, 69 och 70 har upphandlingen tilldelats annan anbudsgivare till priser väsentligt högre än bolagets anbudspriser. Motiveringen till förkastandet av Absorb-Plus AB:s anbudsprover/priser är kort hållen och inte detaljerade. Enligt förfrågningsunderlaget ska det för de upphandlande enheterna mest ekonomiska anbudet antas. Detta har inte skett enligt Absorb-Plus AB:s mening.

Absorb-Plus AB begär överprövning för att få till stånd ett annat tilldelningsbeslut på positionerna flergångslakans- och stolsskydd och för att belysa brister i utvärderingsrutinerna vid upphandlingar av inkontinenshjälp-

medel hos de upphandlande enheterna och eventuellt andra landsting. Den klart viktigaste rutinen/vanan, som måste ändras, hos utvärderingsgrupperna är att man använder sig av konkurrerande anbudsgivares egna uppgifter för att fatta tilldelningsbeslut utan att kontrollera riktigheten i dessa påståenden. Saknas egen kompetens att värdera en produktinformation bör man remittera oklara frågor till sakkunnig kompetens, i detta fall t.ex. textilhögskolor, landstingstvätterier eller privata tvätterier.

När det handlar om plagiat och därmed till utseende och förväxling jämförbara produkter är det särskilt viktigt att notera avvikelser i produktinformationen från anbudsgivarna. Det är viktigt att begära in dokumentation och värdera densamma innan tilldelningsbeslut fattas. Absorb-Plus AB har i sitt anbud i produktbeskrivningar lämnat en komplett teknisk beskrivning över produkterna och egen dokumentation över hur många tvättar bolagets skydd kan förväntas klara med full funktion. Som bolaget förstått det har ingen sådan dokumentation kunnat presenteras av konkurrerande anbudsgivare. Absorb-Plus AB har således förlorat upphandlingen på dessa positioner på grund av sin egen dokumentation.

Sanicare AB:s (den vinnande anbudsgivaren på de aktuella positionerna) skydd är plagiat på Absorb-Plus AB:s originalskydd. Dessa kopior är tekniskt och utseendemässigt, i allt väsentligt, jämförbara med Absorb-Plus AB:s originalprodukter. Givetvis är också tvättegenskaperna i huvudsak desamma för original och kopior. Olika uppgifter om tvättegenskaper föreligger. Sanicare AB:s uppgift om en funktionslängd på ca 450 tvättar, är enligt Absorb-Plus AB:s mening felaktig och grovt överdriven. De upphandlande enheterna har accepterat denna uppgift som trovärdig, uppenbarligen utan att göra en närmare undersökning hur det kan förhålla sig på det sättet. Man förlitar sig, enligt egen uppgift, på ett under åren uppstått förtroende mellan avtalsparterna. Absorb-Plus AB vill påminna om att detta är

en upphandling som ska ske i överensstämmelse med LOU. I lagen lämnas inget utrymme för sådana hänsyn.

Sanicare AB:s prissättning kan också i övrigt ifrågasättas med hänsyn till produktionskostnaderna mellan olika offererade produkter. Utvärderingsgruppen har inte heller beaktat eller ifrågasatt denna oseriösa prissättning.

Absorb-Plus AB har gett in ett räkneexempel som, enligt bolagets uppfattning, visar på en urfasning av förbrukade skydd redan vid 50-100 tvättar per skydd och år under förutsättning av nyinköp av 900 skydd per år och 300 användare.

Förskrivning av aktuella produkter sker till den största delen för hemsjukvårdens vårdtagare. Till varje vårdtagare/patient förskrivs en låda om tre lakansskydd eller stolsskydd. (Några få landsting förskriver lådor om 4 st stolsskydd, bl.a. landstingen i Blekinge och Kronoberg). Vid förskrivning och skötsel av lakansskydd och stolsskydd till institutioner och äldreboende är det troligt att man av praktiska skäl hanterar tvätten och rundgången av produkter tillsammans med övrig tvätt. Vid förskrivning via hemsjukvården tvättas skydden normalt i egen tvättmaskin och skydden är patientens egna.

I 2004 års upphandling av inkontinensprodukter (U-03-28) under landstinget Kronobergs huvudmannaskap angavs årsbehovet av lakansskydd med handtag till 1 149 st. I pågående upphandling anges årsbehovet på samma position (position 70) till 987 st. I 2004 års upphandling deltog även landstinget Halland i landstingen Kronobergs och Blekinges upphandling, så är inte fallet nu. Landstinget Halland har nyligen avslutat sin egen upphandling av inkontinensprodukter och där har motsvarande lakansskydd på denna position angett ett årsbehov av 567 st.

Om landstinget Hallands upphandlingsbehov på denna position, alltså 567 st, tas bort från de upphandlande enheternas nuvarande upphandling skulle årsbehovet vara $(987 - 567) = 420$ st. Ändå anges årsbehovet på position 70 till 987 st. Refererande till Absorb-Plus AB:s sammanställning av relationen nyanskaffning/utfasningsfrekvens relaterat till anbudsgivares uppgift om cirka 450 möjliga tvättar med full funktion, visar ovanstående redogörelse i än högre grad på att utfasningen av förbrukade skydd sker innan lakansskydden tvättats 100 gånger. De största anledningarna till utfasning av lakansskydd anser Absorb-Plus AB vara bestående fläckning och sönder-torkade spärrskikt. Hur kan man förmås tro att en intim-produkt, som lakansskydd måste anses vara, med bestående fläckning, ska kunna klara cirka 450 tvättars mekaniska bearbetning i tvättmaskiner? En sådan hantering klarar vare sig ingående textilmaterial eller spärrskikt, enligt Absorb-Plus AB:s bestämda uppfattning. Bolaget anser att bevisbördan vad avser anbudsvinnarens produkters tvättegenskaper bör ligga på landstinget och anbudsvinnaren. Absorb-Plus AB har lämnat sin dokumentation medan anbudsvinnarens dokumentation saknas.

De upphandlande enheterna anför till stöd för sin inställning i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts som en samordnad upphandling och omfattar förutom landstinget Blekinge även landstinget Kronoberg samt primärkommunerna i bådas upptagningsområde. Upphandlingen omfattar totalt sett 165 positioner, d.v.s. 165 st olika produkter till ett totalt årligt värde om ca 21 miljoner kr.

Av förfrågningsunderlaget framgår att för aktuell produkt/produktgrupp kommer det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet att antas, utifrån däri angiven utvärderingsmetod. Avseende produkterna för positionerna 68, 69 och 70 har Sanicare AB:s produkter antagits, då de vid den sammanvägda bedömningen ansågs innebära de ekonomiskt mest fördelaktiga alternativen. Utvärderingen har skett helt i enlighet med den utvärderingsmetod som

uppställt i förfrågningsunderlaget. Utvärderingsgruppen har varit sammansatt av experter på området och bestod av, förutom ansvarig upphandlare och materialkonsulent, både av landstinget Blekinges uroterapeut och inkontinenssjuusköterskor/undersköterskor som företräder såväl landstingen som länens primärkommuner. Utvärderingen av aktuella produkter har gjorts utifrån anbuden och inlämnade anbudsprover. Det finns därmed ingen risk att de upphandlande enheternas agerande skulle innebära skada för Absorb-Plus AB.

Absorb-Plus AB:s offererade sittskydd (position 68-69) och underlägg flergångs (position 70) innebar lägsta totalkostnad utifrån förbrukning men erhöll vid en sammanvägd bedömning av kriteriet Funktion betyget 2. Motiveringen till det var framför allt antalet tvättar. Av Absorb-Plus AB:s anbud framgår att deras produkter klarar 200-300 tvättar. Det kan jämföras med Sanicare AB:s offererade produkter som klarar 450 tvättar, d.v.s. i princip nästan dubbelt upp mot konkurrentens. Absorb-Plus AB:s produkter måste som en konsekvens bytas ut betydligt oftare än Sanicare AB:s och innebär därmed en högre totalkostnad. Sanicare AB:s produkter bedömdes därför vara det ekonomiskt mest fördelaktiga alternativet.

Självklart sker alltid en värdering av anbudsgivarnas uppgifter. Finns det då anledning att anta att uppgifterna inte stämmer så görs det en uppföljning av dem. Däremot är det orimligt att påstå att en upphandlande myndighet alltid ska ifrågasätta de uppgifter som en anbudsgivare lämnar och som efterfrågats. Bortsett från det faktum att det skulle innebära en orimligt omfattande hantering som inte är ekonomiskt försvarbar så strider det mot en av de grundläggande förutsättningarna för ett avtalsförhållande, nämligen det förtroende som ett sådant måste byggas på. När det gäller de specifika produkterna som antogs för position 68-70 så är dessa inte på något sätt nya för de upphandlande enheterna och det finns inte heller någon anledning att betvivla informationen om att de klarar 450 tvättar. När det gäller de aktuel-

la produkterna så framgår av förfrågningsunderlaget omfattningen på den dokumentation/information som skulle bifogas. Såväl Sanicare AB:s som Absorb-Plus AB:s anbud uppfyller de kraven. De upphandlande enheterna har redan från början gjort bedömningen av vilken nivå som anses tillräcklig för att kunna genomföra en utvärdering i enlighet med uppställd utvärderingsmetod.

De upphandlande enheterna anser att Absorb-Plus AB:s räkneexempel är missvisande. Ett faktum som inte framgår av exemplet är att ett stort antal av skydden beställs till gemensamma boenden och hanteras gemensamt vilket innebär att specifika skydd de facto inte används av specifika individer. Som en konsekvens är det därför inte heller relevant huruvida det finns 3 alt 4 skydd i varje låda. Därför blir räkneexemplet felaktigt. Dessutom sker byte för tvätt i princip dagligen av hygienskäl då den målgrupp av användare som man vänder sig till har just ett sådant behov. Oaktat detta är det rimligt att räkna på två skydd per användare där det ena tvättas medan det andra används. Utifrån Absorb-Plus AB:s antagande om 300 byten per år ger detta: Vid 450 tvättar och 150 tvättar per skydd och år måste man byta skydd efter 3 år (med 100 tvättar per skydd och år blir det 4,5 år) jämfört med Absorb-Plus AB:s produkt där 200-300 tvättar och 150 tvättar per skydd och innebär byte av skydd efter knappt 1,5 år alternativt maximalt 2 år (med 100 tvättar per skydd och år blir det 2-3 år). 4-5 år är en fullt rimlig tid. Utifrån antalet tvättar så klarar Absorb-Plus AB:s skydd sig mellan 44 procent upp till maximalt 67 procent så länge som Sanicare AB:s. Som exempel kan man jämföra prisbilden för de olika produkterna där relationen mellan priserna för lakansskydden (position 70) är ca 77 procent och sittskydden (position 68-69) är ca 95 procent. Det torde därmed vara klarlagt att Sanicare AB:s produkter är de ekonomiskt mest fördelaktiga.

UTREDNING

I upphandlingsföreskrifterna anges under rubriken "Anbudsprövning" bl.a.

följande.

Kvalificering

Anbudsgivarens förmåga prövas mot de krav som ställs på leverantören enligt förfrågningsunderlagets punkt 1.2.4.

Anbudsgivare kan också uteslutas från upphandlingen om han lämnat ofullständiga eller felaktiga uppgifter i anbudet.

Kvalificering av produkt och utvärdering

Allmänt

Under förutsättning av att inkomna anbud uppfyller kraven enligt punkt "Kvalificering" ovan, kommer det/de anbud att antas som är det för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till nedanstående utvärderingsmetod.

Utvärderingsmetod

Utvärdering kommer att ske genom att

Lägsta kostnad – baserad på angiven förbrukning – för varje Produkt/produktgrupp enligt nedan räknas fram.

Därefter prövas om billigaste produkt uppfyller de obligatoriska krav på produkten.

Uppfylls de obligatoriska kraven görs en sammanvägd bedömning av hur väl kriterierna Funktion och Handhavande uppfylls. Om det vid den sammanvägda bedömningen visar sig att produkten ej kan antas (se nedan), prövas produkt/produktgrupp som innebär näst lägsta kostnad osv.

Utvärderingskriterier

För samtliga positioner gäller generellt att utvärdering av respektive kriterier sker enligt följande:

Bedömningen av kriteriet Funktion görs utifrån hur väl produkten fungerar för ändamålet dvs. komfort som innefattar (lätt att ta av och på, sitter på plats, diskretion, prassel, lukt, torrhet, mjukhet, ytskikt, elastik) och hudirritation. Handhavande utgår från användarvänlighet (dvs. lätt att lära, lätt att komma ihåg, lätt att öppna, svårt att göra fel och liknande).

För ett antal positioner specificeras ytterligare vilka aspekter som kommer att bedömas specifikt för aktuell position. Dessa anges i kravspecifikationen under Utvärdering och är märkta (F) Funktion och (H) Handhavande.

Bedömningen kommer att göras utifrån arbetsgruppens samlade kompetens och beprövad erfarenhet samt genomför tester (där sådana genomförts, se Tester nedan).

Betyg

Betyg tilldelas för respektive kriterier enligt följande:

Betyg 5 Mycket bra / stort mervärde

Betyg 4 Bra / visst mervärde

Betyg 3 Acceptabel

Betyg 2 Uppvisar brister

Betyg 1 Uppvisar klara brister

Produkt där utvärdering – per kriterie – ger betyg 5-3 anses godkänd och kommer inte att kommenteras. Där produkt erhåller betyg 2 eller lägre lämnas en kortfattad kommentar till orsaken. För att produkt skall kunna antas måste minst totalbetyg 6 erhållas. Dock får ej lägre betyg än 2 erhållas per kriterier för att produkt skall kunna antas.

Utvärderingsgrupp

Utvärderingen kommer att genomföras av ansvarig upphandlare, materialkonsulent, uroterapeut samt en referensgrupp bestående av inkontinenssjuusköterskor / undersköterskor inom kommun och landsting.

Tester

Tester av produkter har i vissa fall påbörjats och genomförts i verksamheten. Där behov bedöms finnas kommer ytterligare tester att genomföras under upphandlingsperioden. Genomförda tester och bedömningsformulär kommer att ligga till grund för referensgruppen vid utvärderingen.

Tester kommer ej att utföras då aktuell produkt är upphandlad / känd och referensgruppen anser sig ha god kännedom om produkten, eller då produkt p.g.a. för hög kostnad är ej aktuell att antas.

Under rubriken "Krav och kriterier per produktgrupp" anges beträffande position 68-70 under underrubriken "Utvärdering" följande särskilda kriterier.

Ligga på plats (F)
Antal tvättar (F)
Tvättemperatur (F)
Hållfasthet / styrka (F)
Förpackningsstorlek (F)

I av de upphandlande enheterna ingiven sammanställning framgår att Absorb-Plus AB:s offererade produkter under position 68, 69 och 70 tilldelats betygen 2 avseende funktion och 3 avseende handhavande. Under motivering har beträffande position 68 och 69 angivits "färre tvättar" och beträffande position 70 "färre tvättar, smalare handtag".

DOMSKÄL

Lagen (1992:1528) om offentlig upphandling har den 1 januari 2008 ersatts av en ny lag (2007:1091) om offentlig upphandling och en lag (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster. Eftersom upphandlingen i förevarande mål påbörjades under år 2007 ska dock lagen i dess äldre lydelse tillämpas.

Enligt 7 kap. 1 § LOU får en leverantör, som anser att han lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 §, i en framställning till länsrätten ansöka om åtgärd enligt nämnda paragraf.

I 7 kap. 2 § första stycket LOU stadgas följande. Om den upphandlande enheten har brutit mot 1 kap. 4 § eller någon annan bestämmelse i LOU och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada, ska länsrätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av 1 kap. 4 § LOU framgår att en upphandling ska genomföras med utnyttjande av de konkurrensmöjligheter som finns och även i övrigt genomföras affärsmässigt samt att anbudsgivare och anbud ska behandlas utan ovidkommande hänsyn.

I 1 kap. 22 § LOU stadgas att en upphandlande enhet antingen ska anta det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga eller det anbud som har lägst anbudspris. Vid bedömningen av vilket anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga, ska enheten ta hänsyn till samtliga omständigheter såsom pris, leveranstid, driftkostnader, kvalitet, estetiska, funktionella och tekniska egenskaper, service, tekniskt stöd, miljöpåverkan m.m. Enheten ska i förfrågningsunderlaget ange vilka omständigheter den tillmäter betydelse. Omständigheterna ska om möjligt anges efter angelägenhetsgrad, med den viktigaste först.

I förevarande mål har de upphandlande enheterna antagit Sanicare AB:s anbud avseende de aktuella positionerna på bekostnad av Absorb-Plus AB:s anbud. Frågan i målen är om de upphandlande enheterna brutit mot någon bestämmelse i LOU när de tilldelade Sanicare AB:s kontraktet på de aktuella positionerna.

Länsrätten gör följande bedömning.

Absorb-Plus AB har gjort gällande att Sanicare AB:s påstående att dess produkter klarar 450 tvättar är felaktigt och att de upphandlande enheterna

inte bort acceptera denna uppgift utan ytterligare dokumentation och/eller tester. De upphandlande enheterna menar å sin sida att en värdering skett av de uppgifter anbudsgivarna lämnat och att anledning att ifrågasätta Sanicare AB:s uppgifter om antalet tvättar inte framkommit. De upphandlande enheterna menar vidare att det är orimligt och ekonomiskt oförsvarbart att alltid ifrågasätta de uppgifter anbudsgivarna lämnar.

Ett grundläggande krav på en offentlig upphandling är att den genomförs affärsmässigt. I det uppställda kravet på affärsmässighet anses ligga att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat, d.v.s. att det anbud som är ekonomiskt mest fördelaktigt antas. Även utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får dock godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när (jfr rättsfallet RÅ 2002 ref 50).

I vad mån ovanstående innebär ett krav på en upphandlande enhet att ifrågasätta de uppgifter en anbudsgivare lämnar och – utöver vad som angivits i anbudsunderlaget – begära in utredning eller utföra egna tester är inte uttryckligt reglerat. Enligt länsrättens uppfattning kan ett krav på att beställaren genom testning eller på annat sätt ska kontrollera alla uppgifter om erbjudna produkter i normalfallet inte ställas. Möjligen skulle en sådan skyldighet kunna uppkomma i undantagsfall när en anbudsgivares påståenden om sin produkt uppenbart strider mot vad som kan anses rimligt. Att anta ett anbud på grundval av uppenbart orimliga uppgifter torde inte kunna anses affärsmässigt.

En jämförelse kan göras med bestämmelserna i 1 kap. 23 § LOU. Där anges att en upphandlande enhet, under vissa förutsättningar, får förkasta ett anbud som den anser vara orimligt lågt. Ett sådant undantag får emellertid inte ske utan att enheten dessförinnan undersökt anledningen till det låga priset.

Enligt länsrättens bedömning kan Sanicare AB:s påstående att deras produkter under aktuella positioner klarar 450 tvättar inte ses som så uppenbart orimligt att de upphandlande enheterna haft en skyldighet att särskilt inhämta utredning om dess riktighet. Något krav på att anbudsgivarna ska styrka sina produkters tvättegenskaper har inte ställts i förfrågningsunderlaget. De upphandlande enheterna har därför haft att förlita sig på de uppgifter som lämnats av anbudsgivarna.

Även med beaktande av Absorb-Plus AB:s räkneexempel finner länsrätten att de upphandlande enheterna haft fog för att beakta de aktuella produkternas tvättegenskaper på sätt som skett. Av handlingarna i målet framgår inte annat än att de upphandlande enheterna följt de utvärderingskriterier och den utvärderingsmetod som uppställts i anbudsinbjudan. Vad Absorb-Plus AB anfört om Sanicare AB:s prissättning eller vad Absorb-Plus AB i övrigt anfört ändrar inte denna bedömning.

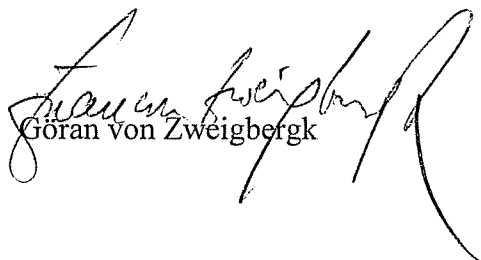
Länsrätten finner på ovan nämnda skäl att upphandlingen i aktuella delar inte strider mot bestämmelserna i LOU. Bolagets ansökan kan därför inte bifallas.

DOMSLUT

Länsrätten avslår ansökningen.

Länsrättens beslut den 21 augusti 2008 och länsrättens i Kronobergs län beslut den 22 augusti 2008 ska inte längre gälla.

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


Göran von Zweigbergk

