



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Föredraganden
 Lina Levin

DOM
 2013-04-23
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 350-13
 Enhet 2

SÖKANDE

Aktiv Ortopedteknik i Gävleborg AB, 556526-5955

Ombud: Advokaterna Henrik Stenberg och Hanna Vikström
 Avenir Advokater AB
 Drottninggatan 19
 602 24 Norrköping

MOTPART

Landstinget Gävleborg, 232100-0198
 801 88 Gävle

Ombud: Advokat Roger Hagman
 Advokatfirman Roger Hagman AB
 Box 45030
 104 30 Stockholm

SAKEN

Ansökan om överprövning

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

KONKURRENSVERKET	
2013 -04- 2 5	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

Dok.Id 81536

Postadress
 Box 45
 S-791 21 Falun

Besöksadress
 Kullen 4

Telefon
 023-383 00 00
 E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se

Telefax
 023-383 00 80

Expeditionstid
 måndag – fredag
 08:00-12:00
 13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstinget Gävleborg (Landstinget) genomför genom förenklat förfarande en upphandling av "Ortopedteknisk verksamhet", diarienummer LS 2012/185. Tilldelningsbeslut fattades den 15 januari 2013, varvid Team Olmed Nord AB (Team Olmed) tilldelades kontraktet.

Aktiv Ortopedteknik i Gävleborg AB (Bolaget) ansöker om överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att Team Olmeds anbud diskvalificeras och Bolaget tilldelas kontraktet. I andra hand yrkar Bolaget att upphandlingen ska göras om.

Landstinget bestrider bifall till ansökan.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Parternas argumentation

Bolaget har till stöd för sin talan anfört i huvudsak följande. Team Olmed har såvitt avser position 19 och 22 offererat en ortos exklusive skinnklädsel, vilket innebär att den inte är komplett ens i grundutförande. Team Olmed har därefter, efter anbudstidens utgång, tillåtits göra en otillåten komplettering och getts möjlighet att bekräfta att skinnklädsel ingår i den offererade produkten. Team Olmed har i positionerna 20, 21 och 29 offererat prefabricerade ortoser, trots att Landstinget efterfrågat ortoser med avgjutning. En ortos i plast som tillverkas efter avgjutning kan per definition aldrig vara prefabricerad. Team Olmed har därefter, efter anbudstidens utgång, tillåtits ändra anbudet och på dessa positioner offerera produkter tillverkade efter avgjutning. Att Landstinget efterfrågat ortoser med avgjutning framgår av bifogat mail den 30 november 2012. Vidare har Team Olmed offererat fast utprovningsskostnad på 100 kr för skor och benortoser. Kostnaden avser "standardskor från butikssortiment som provas ut", vilket inte är vad Landstinget efterfrågat. Landstinget upphandlar inte skor i butikssortiment och de skor som efterfrågas i varukorgen är inte butiksskor. Att då offerera utprovningsskostnad avseende enbart standardskor i butiks-

sortiment motsvarar inte vad Landstinget efterfrågat på dessa positioner. Att Landstinget accepterat den offererade utprovningkostnaden strider mot principerna om förutsebarhet och likabehandling, eftersom Landstinget då helt frångått föremålet för upphandlingen och kraven i förfrågningsunderlaget. Förfrågningsunderlaget brister också i transparens, tydlighet och affärsmässighet. Anbudsgivarna har uppenbarligen lämnat anbud på helt olika produkter, vilket rimligen inte kan ha varit avsikten med upphandlingen. Ett förfrågningsunderlag som är så oklart utformat att det inte varit möjligt för leverantörerna att avgöra vilken produkt som efterfrågas strider mot de grundläggande unionsrättsliga principerna. Bolaget har till följd av bristerna i upphandlingsförfarandet lidit skada.

Landstinget har till stöd för sin inställning anfört i huvudsak följande.

I sitt anbud har Team Olmed såvitt avser position 19 och 22 angett att de offererar fotledsortoser exklusive skinnklädsel. Med anledning av detta och då Landstingets produktbeskrivning inte varit helt tydlig avseende dessa positioner frågade Landstinget anbudsgivarna om skinnklädsel ingick i offererat pris. Båda anbudsgivarna bekräftade att skinnklädsel ingick. Anbudsgivarna har således behandlats lika och en oklarhet i förfrågningsunderlaget har undanröjts. Team Olmed uppfyller således ställda krav. Landstinget har såvitt avser positionerna 20 och 21 frågat Team Olmed om avgjutning ingick i priset, vilket Team Olmed bekräftat. Det saknas anledning att ifrågasätta Team Olmeds svar. Den omständigheten att Team Olmed offererat prefabricerade produkter står inte i strid med att avgjutning ingår i priset. Vad gäller position 29 anser Landstinget att den av Team Olmed offererade produkten inte står i strid med vad Landstinget efterfrågat. Produkten kan – trots att den är redovisad som prefabricerad – anpassas, värmas och formas, vilket också ingår i åtagandet. Landstinget har uppfattat att Team Olmed har ett butikssortiment som är anpassat till kunder med fotrelaterade problem och att Team Olmed kan uppfylla ställda krav genom att anpassa produkterna i sitt standardsortiment. Förfrågningsunderlaget är tydligt och det framgår klart av avsnitt 1.1.1 i de administrativa föreskrif-

terna vad upphandlingen omfattar. De krav som ställs i de administrativa föreskrifterna och kravspecifikationen kan inte missuppfattas. Bolaget har till stöd för sitt påstående om att förfrågningsunderlaget brister i transparens i allt väsentligt åberopat prisskillnaden mellan Bolaget och Team Olmeds anbud samt de brister som Bolaget anser att Team Olmeds anbud är behäftade med. Dessa omständigheter är dock inte skäl för att upphandlingen ska göras om.

Tillämplig lagtext, praxis mm samt förvaltningsrättens egna överväganden
För att förvaltningsrätten ska kunna besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts, måste Bolaget visa att Landstinget brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att bolaget lidit eller kan komma att lida skada (16 kap. 6 § lagen [2007:1091] om offentlig upphandling, LOU). De grundläggande principerna i LOU 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 (1 kap. 9 § LOU).

När en anbudsgivare som i förevarande fall gör gällande flera skäl för ingripande enligt LOU bör förvaltningsrätten i första hand pröva de grunder som hänför sig till upphandlingens konkurrensuppsökande skede. Förvaltningsrätten prövar därför först om förfrågningsunderlaget brister i transparens, tydlighet och affärsmässighet.

Högsta förvaltningsdomstolen har uttalat att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmåter betydelse vid upphandlingen. Detta följer också av unionsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. De skiftande förhållanden som förekommer

i det ekonomiska livet gör att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (RÅ 2002 ref. 50). Ett förfrågningsunderlag får dock inte vara utformat så att det ger den upphandlande myndigheten en i princip fri prövningsrätt (jfr Kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6996-08 och Kammarrätten i Sundsvalls dom i mål nr 237-08).

Av förfrågningsunderlaget framgår att upphandlingen avser ortopedteknisk verksamhet och omfattar bl.a. tjänsterna måttagning, tillverkning, utprovning, anpassning, reparationer och service samt produktområdena extremtetsortoser, spinala ortoser, skor över individuell läst, skor för ortopedisk ändring och behandlingsskor (AF 1.1.1). Vidare framgår att det anbud som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och som erbjuder lägsta pris enligt bilaga 1, "Varukorg" kommer att antas (AF 3.3).

Slutligen anges följande i bilagan "Varukorg". Nedanstående angivna volymuppgifter kommer att utgöra beräkningsgrund för utvärdering av pris. Priser inklusive utprovning, anpassning, hanteringskostnad och leveransposition 1-40.

Pos nr	Artikelbenämning
19	Fotledsortos enkelsidig ledad lättkomposit och läder
20	Fotledsortos ledad plast
21	Fotledsortos oledad plast
22	Fotledsortos oledad läder
29	Frakturortos vid humerusfraktur termoplast
	Utprovningskostnad skor herr/par
	Utprovningskostnad skor dam/par
	Utprovningskostnad skor barn/par
	Utprovningskostnad benortoser

Vad gäller frågan om förfrågningsunderlaget brister i tydlighet såvitt avser efterfrågade produkter på position 19 och 22 gör förvaltningsrätten föl-

jande bedömning. Bolaget har gjort gällande att det angivna priset för produkterna på position 19 och 22 ska inkludera skinnklädsel. Landstinget har medgivit detta, men anfört att förfrågningsunderlaget brustit i tydlighet på denna punkt. Enligt förvaltningsrättens mening står det klart att det i förfrågningsunderlaget saknas uppgift om att de aktuella produkterna ska offereras inklusive läderklädsel. Förfrågningsunderlaget har således brustit i transparens i detta avseende.

Vidare konstaterar förvaltningsrätten, såvitt avser produkterna på position 20, 21 och 29, att Bolaget gjort gällande att Landstinget efterfrågat ortoser med avgjutning och att en sådan ortos aldrig kan vara prefabricerad. De av Team Olmed offererade prefabricerade ortoserna har därmed inte efterfrågats av Landstinget. Landstinget är också av den uppfattningen att avgjutning ska ingå i priset för de offererade ortoserna på position 20 och 21, men menar att detta inte hindrar att produkterna kan vara prefabricerade. För ortosen på position 29 uppställs enbart ett krav på att produkten kan utprovas och anpassas. Förvaltningsrätten konstaterar att de aktuella produkterna enbart rubricerats som "Fotledsortos ledad plast", "Fotledsortos oledad plast" respektive "Frakturortos vid humerusfraktur termoplast" och att det inte heller i förfrågningsunderlaget i övrigt framgår hur de aktuella produkterna ska tillverkas och anpassas. Leverantörerna har mot denna bakgrund offererat helt olika produkter med stor prisskillnad. Förvaltningsrätten anser att förfrågningsunderlaget brister i tydlighet då det inte varit möjligt för leverantörerna att på grundval av förfrågningsunderlaget avgöra vilka produkter som efterfrågats av Landstinget. Leverantörerna har därmed saknat möjlighet att utifrån förfrågningsunderlaget utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

Därutöver har Bolaget gjort gällande att Landstinget, genom att acceptera de av Team Olmed offererade utprovningsekostnaderna som enbart avser "standardskor från butikssortiment som provas ut", helt har frångått föremålet för upphandlingen och kraven i förfrågningsunderlaget. Bolaget me-

nar att föremålet för upphandlingen är ortopedteknisk verksamhet bedriven genom verkstäder på sjukhusen med ortopedingenjörer på plats, dit patienter kommer för avgjutning, utprovning och anpassning enligt vårdpersonalens remittering. Landstinget ska därför inte acceptera en offererad kostnad som enbart avser utprovning av standardskor från butikssortiment och inte avgjutning eller utprovning av specialanpassade hjälpmedel. Såsom förvaltningsrätten förstår Landstingets talan, menar Landstinget att det inte finns något hinder mot att en leverantör anpassar skorna i sitt standardsortiment till kunder med fotrelaterade problem och att den offererade utprovningskostnaden därmed kan avse standardskor från butikssortiment.

Förvaltningsrätten konstaterar att de aktuella positionerna i varukorgen beskrivits mycket kortfattat och att inte heller positionerna för skor närmare utvecklar vilka typer av skor som efterfrågas. Vid angivna förhållanden anser förvaltningsrätten att det inte varit möjligt för leverantörerna att på grundval av förfrågningsunderlaget avgöra vilken typ av utprovning som efterfrågats av landstinget på de aktuella positionerna i varukorgen. Leverantörerna har därmed även på denna grund saknat möjlighet att utifrån förfrågningsunderlaget utforma ett konkurrenskraftigt anbud.

Sammanfattningsvis anser förvaltningsrätten således att förfrågningsunderlaget brister i öppenhet och förutsebarhet. Bristerna får anses ha inneburit en risk för skada för Bolaget. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger därför. Eftersom bristerna i upphandlingsförfarandet är hänförliga till det konkurrenssökande skedet bör upphandlingen göras om (jfr RÅ 2005 ref. 47). Vid denna bedömning finner förvaltningsrätten inte skäl att pröva de övriga invändningar som Bolaget framställt i sin ansökan om överprövning.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (DV 3109/1C LOU).



Karin Forslund Johansson

rådman