



KLAGANDE

NordiCare Ortopedi & Rehab AB, 556493-4304
Hamnplanen 24
263 61 Viken

Ombud: Advokaten Per-Ola Bergqvist och jur.kand. Christoffer Löfquist
Foyen Advokatfirma i Sverige KB
Södergatan 15
211 34 Malmö

MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Pernilla Larsson
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

KONKURRENSVERKET	
2013-05-16	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Jönköpings dom den 6 februari 2013 i mål nr 6046-12, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Försäkringskassan
- Förvaltningsrätten
- Socialstyrelsen

KonkurrensV

- För kännedom
- För åtgärd
- För delgivning
-

BAKGRUND

Landstinget i Jönköpings län (landstinget) genomför en upphandling avseende höftskyddsbyxor och har beslutat att tilldela Arbetskydd AB (Arbetskydd) kontraktet. Aktuella delar ur förfrågningsunderlaget framgår av underinstansens dom. Därutöver kan tilläggas följande utdrag ur förfrågningsunderlaget.

2. KRAV OCH KRITERIESPECIFIKATION

2.3. Obligatoriska krav och utvärderingskriterier

Samtliga krav och kriterier ska besvaras.

Om hänvisning till annat dokument görs är det viktigt att det tydligt framgår under vilken punkt eller rubrik i detta dokument informationen finns. Anbud kan komma att förkastas om svaren är ofullständiga eller saknas.

På anmodan ska leverantören kunna verifiera sina uppfyllda obligatoriska krav. Verifikationer kan vara referenser, intyg, certifieringar etc. Anbuden kan komma att förkastas om svaren är ofullständiga eller saknas.

2.11. Priser

Anbudspriser ska anges netto i svenska kronor (SEK) exklusive mervärdesskatt i prismatris (i prismatris angivna faktorer används endast för beräkning av anbudets pris/kostnad och är inte någon utfästelse för verklig beställningsvolym) nedan.

Anbudspriser ska inkludera samtliga åtaganden och kostnader enligt detta förfrågningsunderlag och lämnat anbud.

I de fall ytterligare kostnader tillkommer för Landstinget/Regionen för visst anbud/lösning kommer Landstinget att addera dessa kostnader till offererade priser i samband med beräkning av anbudets pris/kostnad.

Ange pris/ styck, för- offererad produkt (allt inkluderat), samt artikelnummer, benämning och storlek i cm. Offererade produkter ska ha en följsamt stigande centimeter intervall, således oproportionerligt stora hopp mellan storlekarna får inte förekomma. (Prismatris)

Som svar på förfrågningsunderlagets punkt 1.4.2. gällande teknisk och yrkesmässig kapacitet har Arbetsskydd i sitt anbud lämnat följande beskrivning.

"Arbetsskydd AB som redan är leverantör till Jönköpings Läns Landsting, tillverkar ett brett sortiment av personligt skydd. Med ett nära samarbete med CareLine i Tyskland sker utveckling och tillverkning gemensamt. Vi har en tillverkningskapacitet på ca 48 000 Medipants/år av de modeller som Jönköpings Läns Landsting är intresserad av. Då försäljningen sker mestadels genom egen webbshop finns ej referens till något större avtal men eftersom vi utbildar, utvecklar och tillverkar höftskyddsbyxor anser vi att vi har både teknisk och yrkesmässig kapacitet för ett avtal med Er."

YRKANDEN M.M.

NordiCare Ortopedi & Rehab AB (NordiCare) yrkar att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, förordnar att upphandlingen rättas på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras vid vilken Arbetsskydds anbud förkastas, med följd att NordiCare tilldelas kontraktet.

Landstinget motsätter sig bifall till överklagandet.

VAD PARTERNA ANFÖRT

NordiCare

Arbetsskydd har inte uppfyllt centrala och ovillkorliga skall-krav. Genom att inte utesluta Arbetsskydds anbud har landstinget handlat i strid mot LOU samt de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna om förutsebarhet, transparens och likabehandling. NordiCare har härigenom lidit skada.

Arbetskydd har i sitt anbud varken angett artikelnummer eller storlek i centimeter. Genom att inte ange storlek i centimeter har Arbetskydd inte heller kunnat ange en följsamt stigande centimeterintervall för de offerrade produkterna. Det framgår inte någonstans under punkt 2.11. i anbudet att Arbetskydd hänvisar till något produktblad. Arbetskydds anbud ska således förkastas även på den grunden att företaget inte har uppfyllt ställda skall-krav i punkt 2.3. Därutöver kan konstateras att det i produktbladet varken anges artikelnummer eller benämning på de olika höftskyddsbyxorna. Av produktbladet framgår endast modell och storlek. Under punkt 2.11. i anbudet framgår således Arbetskydds benämning och i produktbladet framgår modell och storlek. Det är därmed omöjligt att utifrån de uppgifter som Arbetskydd lämnar under punkten och de uppgifter som framgår av produktbladet kunna sammankoppla de olika uppgifterna och på så vis uppfylla ställda skall-krav under punkt 2.11. Vidare har Arbetskydd överhuvudtaget inte angett artikelnummer för de olika höftskyddsbyxorna. Benämning och artikelnummer är inte samma sak. Om landstinget skulle avropa höftskyddsbyxa benämnd CL 41 är det omöjligt att förutse vilken byxa som kommer att levereras av Arbetskydd. Under punkt 2.11. i anbudet framgår det inte vilket artikelnummer eller vilken storlek som höftskyddsbyxa benämnd CL 41 har, och av produktbladet framgår det inte alls några benämningar.

I förfrågningsunderlagets punkt 1.4.2. anges i den första och andra punkten att anbudsgivaren ska lämna två referenter och att anbudsgivaren ska beskriva sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet i förhållande till uppdragets omfattning. Det finns inget utrymme för den upphandlande myndigheten att i dessa delar tolka det som att en anbudsgivare får styrka sin tekniska eller yrkesmässiga kapacitet antingen genom att uppfylla den första eller andra punkten. Det saknar betydelse att landstinget föreskrivit

att första eller andra punkten ska uppfyllas. Arbetskydd har inte lämnat efterfrågad förteckning omfattande minst två referenter vilka under de senaste tre åren har fått uppdrag av liknande/motsvarande/jämförbar art utförda av anbudsgivaren. Landstinget har därmed vid kontroll av Arbetskydds tekniska och arbetsmässiga kapacitet inte kontrollerat och bedömt anbudet utifrån 11 kap. 11 § andra stycket 2 LOU. Såsom Arbetskydds anbud är utformat uppfyller det inte de i förfrågningsunderlaget uppställda skall-kraven på tillräcklig yrkesmässig kapacitet. Eftersom kravet om tillräcklig teknisk och yrkesmässig kapacitet är ett obligatoriskt krav ska det kontrolleras redan vid kvalificeringsfasen.

Arbetskydd är helt beroende av det tyska företaget CareLine för utveckling och tillverkning av de aktuella höftskyddsbyxorna. Det får anses vara uppenbart att Arbetskydd inte själva anser sig ha den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för uppdragets genomförande. Det ankommer på anbudsgivaren att genom t.ex. avtal visa att han förfogar över erforderlig kapacitet (prop. 2006/07:128 s. 246). Arbetskydd lämnar inga uppgifter om vilken teknisk och yrkesmässig kapacitet företaget har utan medverkan av CareLine. Arbetskydd lämnar heller inte några uppgifter om vilket samarbete, vilka bakomliggande avtal och vilka ekonomiska relationer som företaget har med CareLine. Arbetskydd har inte till anbudet bifogat en skriftlig förbindelse/intyg där CareLine bekräftar att man har ett avtal med Arbetskydd som innebär att Arbetskydd kan visa att man har den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs. Arbetskydd kan därmed inte på något sätt styrka att CareLine verkligen kan eller vill ge det stöd som krävs för att Arbetskydd ska kunna leverera höftskyddsbyxor till landstinget. Eftersom Arbetskydd inte kan visa att det kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet fullgörs uppfyller inte anbudet uppställda skall-krav.

Landstinget

NordiCare har framfört en ny invändning som tidigare inte prövats av förvaltningsrätten. Av förfrågningsunderlaget framgår att artikelnummer och benämning ska anges tillsammans med pris. Detta syftar till att landstinget ska kunna identifiera den offererade produkten och koppla den till rätt pris. Arbetsskydd har i sitt anbud angivit bolagets beteckning för produkten. Som exempel har den öppna byxan i storlek XS beteckningen CL 41 medan den öppna byxan i storlek S har beteckningen CL 42. Beteckningarna CL 41, CL 42, CL 43 o.s.v. ska landstinget använda vid avrop från bolaget och dessa motsvarar således artikelnummer. Att uteluta Arbetsskydds anbud på grund av bolagets sätt att identifiera sina produkter skulle strida mot proportionalitetsprincipen och principen om likabehandling. Arbetsskydd har i prismatrisen namngivit de olika modellerna, och måtten för respektive modell framgår av det produktblad som bifogades anbudet. Av detta kan direkt utläsas de olika måtten i centimeter och en följsamt stigande centimeterintervall mellan de olika storlekarna kan konstateras. Arbetsskydds anbud består av samtliga de handlingar som lämnats in. Kopplingen mellan produktbladet och punkt 2.11 har varit tydlig. I prismatrisen är de olika produkterna angivna med storlek och om det är slutet eller öppen modell. Samma uppställning finns i Arbetsskydds produktblad. Det har därmed varit enkelt för landstinget att utläsa storleksmåtten på de olika byxorna. NordiCares påstående om brister mot punkt 2.3 ska lämnas utan avseende. Arbetsskydd har besvarat samtliga krav och kriterier. Inget svar har varit ofullständigt eller saknats och det har varit tydligt var landstinget har kunnat hämta uppgifter. Dessutom är det inte ett skall-krav att det ska finnas en direkt

hänvisning till ett annat dokument eller under vilken punkt eller rubrik detta dokument som informationen finns.

Av förfrågningsunderlaget följer att den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten ska styrkas genom en förteckning som omfattar två referenter eller en beskrivning av den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten i förhållande till uppdragets omfattning. Att det är fråga om det ena eller det andra framgår direkt av ordalydelsen i kravet. Man kan också utläsa detta av frågan i anslutning till kravet, där anbudsgivaren ska besvara om efterfrågad förteckning eller beskrivning har bifogats anbudet. Det framgår av 11 kap. 11 § LOU att det står den upphandlande myndigheten fritt att välja om den tekniska kapaciteten ska styrkas på ett eller flera sätt. Arbetskydd har uppfyllt det ena av de två alternativen och har därmed uppfyllt kravet.

Upphandlingen är en ren varuupphandling som avser leverans av höftskyddsbyxor. Genom sitt anbud har Arbetskydd åtagit sig att leverera sådana varor. Kravet på att Arbetskydd ska beskriva sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet tar sikte på att bolaget ska visa att man kan uppfylla kontraktet genom att leverera höftskyddsbyxor i efterfrågade modeller. Arbetskydd har beskrivit sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet och som en del av detta informerat om att bolaget, i samarbete med CarreLine, är delaktig även i tillverkning och utveckling av de produkter som bolaget säljer. Arbetskydd tillverkar visserligen inte ensam den offere-rade byxan, men krav på att anbudsgivaren också måste vara tillverkare finns inte. Bolaget hade haft möjlighet att lämna anbud även om tillverkningen sköttes av någon helt annan. Att en anbudsgivare offererar en produkt som tillverkats av någon annan innebär inte att anbudsgivaren åberopar tillverkarens tekniska och yrkesmässiga kapacitet, d.v.s. tillver-

karens resurser. Arbetskydd har offererat en produkt, där bolaget informerat om att CareLine är delaktig i tillverkning och utveckling. Det innebär inte att Arbetskydd är beroende av CareLines resurser. Arbetskydd har givetvis inte heller någon skyldighet att redovisa vilka relationer bolaget har med CareLine. Det finns ingenting i Arbetskydds anbud som gör att landstinget har någon anledning att betvivla att bolaget inte har de resurser som krävs för att leverera höftsskyddsbyxor i den omfattning som efterfrågats.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

I en överprövningsprocess gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig, på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter talan grundas på (jfr RÅ 2009 ref. 69). Det är således NordiCare som har att visa att landstinget har agerat i strid med LOU.

Av likabehandlingsprincipen som uttrycks i 1 kap. 9 § LOU följer att den upphandlande myndigheten inte får efterge eller bortse från sådana obligatoriska krav, s.k. skall-krav, som uppställts i förfrågningsunderlaget. Anbud som inte uppfyller samtliga skall-krav ska därför inte beaktas vid utvärderingen. Så länge bestämmelserna i LOU och tillämpliga unionsrättsliga principer beaktas, är en upphandlande myndighet normalt oförhindrad att själv bestämma om och – i förekommande fall – hur anbudsgivaren i sitt anbud ska visa att aktuella skall-krav är uppfyllda.

NordiCare har i kammarrätten gjort gällande att det vinnande anbudet inte uppfyllt förfrågningsunderlagets skall-krav vad gäller punkterna priser samt teknisk och yrkesmässig kapacitet.

Priser

NordiCare har i kammarrätten till viss del anfört samma omständigheter som i förvaltningsrätten. Förvaltningsrättens prövning får anses omfatta vad som anförts i den instansen. Vad gäller de nya omständigheter som åberopats utgör dessa enligt kammarrättens mening varken någon taleändring eller att saken i målet förändrats. Enligt kammarrättens mening föreligger det inte hinder för att pröva de åberopade grunderna (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande den 15 februari 2013 i mål nr 351-12).

Arbetskydds anbud har bilagerats med ett produktblad som innehållit uppgifter hänförliga till punkt 2.11. i förfrågningsunderlaget. Anbudet innehåller visserligen ingen hänvisning till produktbladet. Den omständigheten kan dock, enligt kammarrättens mening, inte anses medföra att anbudet ska förkastas med hänvisning till punkten 2.3. i förfrågningsunderlaget. Kammarrätten konstaterar dessutom att det för ingen av parterna har rått något tvivel om produktbladets tillhörighet och plats i anbudet. Någon princip som bär upp LOU har inte trätts för när i denna del.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Av 11 kap. 2 § LOU framgår bl.a. att en upphandlande myndighet får ställa krav på en lägsta nivå för anbudssökandes och anbudsgivares ekonomiska samt tekniska och yrkesmässiga kapacitet.

Landstinget har i förfrågningsunderlaget uppställt krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Kammarrätten konstaterar, i likhet med förvaltningsrätten, att det inte kan utläsas av förfrågningsunderlaget att

landstingets krav i denna del innebar ett absolut krav på att lämna referenser, utan detta var endast ett av två alternativ när det gällde att styrka leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Att referenser inte lämnades med den vinnande leverantörens anbud medför alltså inte att anbudet inte uppfyller det krav som ställts i detta avseende.

Eftersom landstinget ställt krav på leverantörens tekniska och yrkesmässiga kapacitet ska denna, enligt 11 kap. 10 § LOU, kontrolleras och bedömas enligt 11 och 12 §§. Av 11 kap. 12 § LOU följer att en leverantör vid behov och när det gäller ett visst kontrakt får åberopa andra företags ekonomiska, tekniska och yrkesmässiga kapacitet. Leverantören ska genom att tillhandahålla ett åtagande från företagen i fråga eller på annat sätt visa att leverantören kommer att förfoga över nödvändiga resurser när kontraktet ska fullgöras.

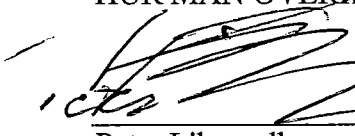
Arbetskydd har lämnat en beskrivning av sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet i förhållande till uppdragets omfattning och i samband därmed uppgett att man har ett nära samarbete med CareLine i Tyskland med gemensam utveckling och tillverkning. Kammarrätten anser emellertid inte att det enbart utifrån den uppgiften framgår att Arbetskydd i den aktuella upphandlingen åberopar ett annat företags kapacitet i den mening som avses i 11 kap. 12 § LOU. Inte heller det som anförs i övrigt i nämnda beskrivning ger anledning att dra en sådan slutsats.

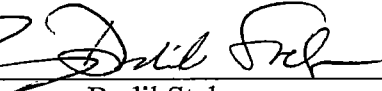
Sammanfattning

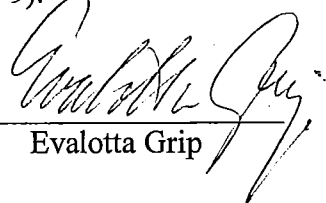
Av utredningen framgår sammanfattningsvis inte annat än att den vinnande leverantören i de avseenden som NordiCare påtalat uppfyller de krav som landstinget ställt i förfrågningsunderlaget. Mot bakgrund härav finner kam-


marrätten att NordiCare inte har visat att landstinget har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. Överklagandet ska således avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 9).


Peter Lihuvudh


Bodil Stelzer
referent


Evalotta Grip

Föredragande: Annica Svedberg 



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Mikael Wiktorsson

DOM
2013-02-06
Meddelad i
Jönköping

110713
Mål nr
6046-12
Domare 1:2

Sida 1 (8)

SÖKANDE

NordiCare Ortopedi & Rehab AB, 556493-4304
Hamnplanen 23
260 40 Viken

MOTPART

Landstinget i Jönköpings län
Box 1024
551 11 Jönköping

Ombud: Advokaten Krister Havert
Gärde Wesslau Advokatbyrå
Box 684
551 19 Jönköping

SAKEN

Överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår NordiCare Ortopedi & Rehab AB:s ansökan om överprövning.

BAKGRUND

Landstinget i Jönköpings län genomför en upphandling benämnd "Höft-skyddsbyxor". Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande enligt reglerna i LOU. I underrättelse om beslut den 21 november 2012 meddelades att landstinget har för avsikt att tilldela Arbetsskydd AB (Arbetsskydd) kontraktet, då detta bolag har lämnat anbud med lägsta pris/kostnad.

Dok.Id 89465

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 2201 550 02 Jönköping	Hamngatan 15	036-15 66 00	036-15 66 55	måndag – fredag 08:00-16:00
		E-post: forvaltningsrattenijonkoping@dom.se www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se		

I förfrågningsunderlaget anges bl.a. följande:

1. ADMINISTRATIVA FÖRESKRIFTER

1.4 Kvalificering av leverantör

1.4.2. Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Anbudsgivaren ska ha den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som krävs för uppdragets genomförande. Anbudsgivaren ska styrka sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet på följande sätt:

1. Lämna en förteckning omfattande minst två referenter vilka under de tre senaste åren har fått uppdrag av liknande/motsvarande/jämförbar art utförda av anbudsgivaren, eller
2. Beskriva sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet i förhållande till uppdragets omfattning.

2. KRAV OCH KRITERIESPECIFIKATION

2.7. Mått

Höftskyddsbyxan ska finnas i minst 5 olika storlekar inom intervallet 65 - 125 cm mått över stussen. Respektive storlek ska finnas i både öppen och slutna modell. Ange aktuella storlekar i stigande ordning i prismatrisen.

YRKANDEN M.M.

Ansökan om överprövning

NordiCare Ortopedi & Rehab AB (NordiCare) ansöker om överprövning och yrkar att rättelse ska ske alternativt att upphandlingen görs om, då Arbetskydds anbud inte uppfyller samtliga ska-krav. NordiCare anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Arbetskydd har inte kunnat lämna någon förteckning omfattande minst två referenter och har dessutom inte kunnat beskriva sin tekniska och yrkesmässiga kapacitet när det gäller att hantera och förstå höftskyddsbyxor som en medicinskteknisk produkt av typ klass 1. I anbudet lämnar man

vidare inga uppgifter om utbildning och yrkeskvalifikationer för relevant personal, vilket utgör ett av baskraven för att visa teknisk- och yrkesmässig kapacitet.

Arbetskydd anger att man tillsammans med Careline utbildar, utvecklar och tillverkar höftskyddsbyxor. Såvitt kan förstås så producerar inte Arbetskydd själva några höftskyddsbyxor, utan åberopar Carelines kapacitet på området. Man skriver till och med i beskrivningen under punkt 1.4.2. att man inte kan lämna några referenter då man helt saknar erfarenhet av försäljning i större volymer. När Arbetskydd på detta vis åberopar ett annat företags kapacitet ställer 11 kap. 12 § LOU krav på att sådan kapacitet endast kan åberopas om man genom ett intyg kan styrka densamma. Arbetskydd har inte lämnat in ett sådant intyg och uppfyller därmed inte skalkravet om teknisk och yrkesmässig kapacitet. I själva verket har Arbetskydd först kommit i kontakt med höftskyddsbyxor som produkt och företaget Careline efter det att denna upphandling blivit tillkännagiven. Landstingets inköpsavdelning har efter NordiCares förfrågan bekräftat att det inte funnits någon ytterligare korrespondens med Arbetskydd förutom den som redan blivit tillkännagiven genom upphandlingen. Det är för övrigt mycket anmärkningsvärt att landstinget har beslutat sig för att byta ut en medicinskteknisk produkt utan att försäkra sig om att den nya produkten är kliniskt testad och utan att först försäkra sig om att produkten visar sig fungera i landstingets verksamhet.

Mått

De av Arbetskydd i prismatrisen (punkt 2.11) erbjudna Carelineprodukterna/storlekarna (x-small - x-large) uppfyller inte skalkravet enligt punkt 2.7 (mått). Enligt aktuellt ska-krav ska höftskyddsbyxan finnas i minst fem storlekar inom intervallet 65 – 125 cm. Detta kan inte tolkas på annat sätt än att anbudsgivaren ska täcka hela detta intervall i sitt anbud. De av Ar-

betsskydd offererade produkterna omfattar intervallet 65 - 124 cm och uppfyller inte ska-kravet. Vidare uppfyller Arbetsskydds anbud inte kravet på att man i matrisen ska ange storlek/cm. Arbetsskydds anbud borde således ha diskvalificerats av landstinget.

Motpartens inställning

Landstinget bestrider bifall till NordiCares ansökan om överprövning och anför sammanfattningsvis följande till stöd för sin inställning. NordiCare har påstått att Arbetsskydd inte uppfyller de ställda kraven i upphandlingen. Till stöd för detta har dock NordiCare anført ska-krav som inte återfinns i upphandlingen samt gjort tolkningar som inte överensstämmer med ställda krav. Det saknas därför skäl att bifalla NordiCares ansökan. Landstinget utvecklar sin inställning enligt följande.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Enligt landstingets krav i upphandlingen ska den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten styrkas antingen genom referenser eller genom en beskrivning av den tekniska och yrkesmässiga kapaciteten. Arbetsskydd har lämnat en beskrivning och uppfyller därmed kravet. Det finns inget krav i förfrågningsunderlaget på att anbudsgivaren ska lämna uppgifter om utbildning och kvalifikationer för relevant personal. Om den upphandlande myndigheten har ställt krav på en leverantörs tekniska och yrkesmässiga kapacitet kan myndigheten, enligt LOU, välja bland ett antal alternativ som anbudsgivaren ska styrka sin kapacitet på. Uppgift om utbildning- och yrkeskvalifikationer är ett av de krav som landstinget kan välja att ställa. Landstinget har dock inte valt att ställa detta krav och det är därmed inte något som anbudgivarna måste ta hänsyn till.

NordiCare synes ha missuppfattat regeln om åberopande av annat företags kapacitet. Grunden för bestämmelsen i LOU är att leverantören ska visa att

denne/bolaget kan fullgöra kontraktet. Det finns emellertid inget upphandlingsrättsligt krav på att en anbudsgivare själv måste tillverka en produkt, för att anbudsgivaren ska få offerera den. Arbetsskydd har inte på något sätt åberopat något annat bolags kapacitet. Att Arbetsskydd har ett samarbete med CareLine betyder inte att bolaget inte på egen hand kan fullgöra kontraktet. Landstinget har inte heller på annan grund någon anledning att betvivla att Arbetsskydd inte skulle ha nödvändiga resurser för att fullgöra kontraktet.

Arbetsskydd har beskrivit att bolaget inte har någon referens till något större avtal eftersom försäljning mestadels sker genom bolagets web-shop. Det är inte detsamma som att bolaget inte har erfarenhet av försäljning i större volymer. Arbetsskydds erfarenhet av försäljning i större volymer är dessutom inte ett skäl att förkasta bolagets anbud. Det finns inget ska-krav avseende sådan erfarenhet. Enbart det faktum att en anbudsgivare saknar erfarenhet gör inte heller att bolaget måste förlita sig på något annat bolags kapacitet för att kunna fullgöra kontraktet. Bestämmelsen i LOU om tillgodoräknande av andra företags resurser är inte tillämplig i detta fall. NordiCare har därmed inget stöd för sitt påstående.

Det ska också tilläggas att det är landstinget som avgör vilka krav, med hänsyn till upphandlingsrättsliga principer, som ska ställas och vilka produkter som därmed kan accepteras. Att utfallet innebär att en ny produkt ska användas är inte i sig ett skäl för att upphandlingen strider mot LOU. Tvärtom är det ett resultat av att alla inköp ska konkurrensutsättas, vilket är ett av huvudsyftena med upphandlingslagstiftningen.

Mått

NordiCares påstående om brister i Arbetsskydds anbud bygger på en felaktig tolkning av det ställda kravet på att offererad höftskyddsbyxa ska finnas i minst 5 olika storlekar inom intervallet 65 - 125 cm. Arbetsskydds

byxa finns i minst fem storlekar mellan 65 - 124 cm, dvs. inom intervallet. Som kravet är formulerat krävs inte att det finns storlekar som täcker hela intervallet och så har inte heller landstingets syfte varit. Arbetskydd har i sitt anbud angett aktuella storlekar och intervaller och därmed visat att bolaget uppfyller det ställda kravet. Hinder för utvärdering föreligger således inte.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter 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 iakttas.

I 16 kap. 4 § LOU anges bl.a. följande. Efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada får allmän förvaltningsdomstol överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår bl.a. 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 har lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Överprövning enligt LOU utgör en kontroll, utifrån de omständigheter som sökanden har anfört, av att den upphandlande myndigheten har följt de grundläggande principerna som återfinns i 1 kap. 9 § LOU.

Vid överprövningar av offentliga upphandlingar måste förvaltningsrätten utgå ifrån att den upphandlande myndigheten själv har bästa förutsättningar att utvärdera anbuden. Den upphandlande myndigheten måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuden under förutsättning att det sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget. Underlåtenheten från en upphandlande myndighet att följa uppställda krav i förfrågningsunderlaget kan innefatta brott mot principen om likabehandling och transparens. Att utesluta den anbudsgivare som uppfyller kraven strider också mot samma bestämmelser och principer.

NordiCare har gjort gällande att Arbetsskydd inte uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna ska-kraven avseende dels teknisk och yrkesmässig kapacitet och dels angivna mått i krav och kriteriespecifikationen.

Det står en upphandlande myndighet fritt att själv bestämma hur förfrågningsunderlaget i en upphandling ska utformas och myndigheten väljer själv vad som ska tillmätas betydelse så länge det sker inom ramen för offentliga upphandlingars grundläggande principer (jfr RÅ 2002 ref. 50). Detta grundar sig i att det är den upphandlande myndigheten som faktiskt ska köpa de varor eller tjänster som är föremål för upphandling. Detta innebär också att den upphandlande myndigheten är den som får anses bäst lämpad att utvärdera lämnade anbud utifrån de krav som har ställts i förfrågningsunderlaget. Den upphandlande myndigheten måste därmed ges visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbuden, under förutsättning att det sker på objektiva grunder inom ramen för förfrågningsunderlaget.

Arbetsskydd har i sitt anbud beskrivit den tekniska och yrkesmässiga kapacitet som efterfrågades och landstinget har bedömt lämnad beskrivning uppfylla det som begärts i förfrågningsunderlaget. Landstinget kan inte

anse vid sin bedömning ha frångått något krav och inte heller ha brutit mot någon av de grundläggande principer som LOU bygger på.

Vad avser mått ska det enligt förfrågningsunderlaget finnas minst fem storlekar inom intervallet 65 – 125 cm. Det krävs inte – som NordiCare har tolkat förfrågningsunderlaget – att hela intervallet ska täckas. Arbetskydd har offererat fem storlekar inom intervallet och redovisat storlekarna så som har begärts i förfrågningsunderlaget. Ska-kravet är därmed uppfyllt. Sammantaget har NordiCare inte anfört något som utgör grund för att bifalla ansökan. Den ska avslås.

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

Lena Schön-Barkestam
Lena Schön-Barkestam

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande ska skriva till Högsta förvaltningsdomstolen. Skrivelsen ställs alltså till Högsta förvaltningsdomstolen *men ska skickas eller lämnas till kammarrätten*.

Överklagandet ska ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i Högsta förvaltningsdomstolen fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Högsta förvaltningsdomstolen lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Högsta förvaltningsdomstolen varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Vanligtvis får, då kammarrätten inte har fattat något interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, avtal slutas omedelbart. I de fall där kammarrätten har fattat ett interimistiskt beslut om att upphandlingen inte får avslutas, får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt det interimistiska beslutet. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Skrivelsen med överklagande ska undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska 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 Högsta förvaltningsdomstolen
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.