



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I JÖNKÖPING**
Enhet 1
Mikael Wiktorsson

DOM
2013-02-06
Meddelad i
Jönköping

Mål nr
6046-12
Domare 1:2

Sida 1 (8)

SÖKANDE

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

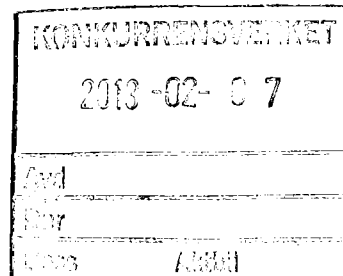
MOTPART

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
Box 2201
550 02 Jönköping

Besöksadress
Hamngatan 15

Telefon
036-15 66 00

E-post:
forvaltningsrattenijonkoping@dom.se
www.forvaltningsrattenijonkoping.domstol.se

Telefax
036-15 66 55

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

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 sluten 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 Arbetsskydds anbud inte uppfyller samtliga ska-krav. NordiCare anför i huvudsak följande till stöd för sin ansökan.

Teknisk och yrkesmässig kapacitet

Arbetsskydd 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 skravet 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 skravet 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 Arbetskydds anbud inte kravet på att man i matrisen ska ange storlek/cm. Arbetskydds 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 Arbetskydd 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. Arbetskydd 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 återopande 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. Arbetskydd har inte på något sätt åberopat något annat bolags kapacitet. Att Arbetskydd 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 Arbetskydd inte skulle ha nödvändiga resurser för att fullgöra kontraktet.

Arbetskydd 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. Arbetskydds 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 Arbetskydds 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. Arbetskydds

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 anbud. Den upphandlande myndigheten måste ges ett visst utrymme vid bedömningen och utvärderingen av anbud 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 anbud, 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