



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

DOM
2010-07-09

Mål nr
2833-10

Föredraganden Helene Larsson Meddelad i
Växjö

SÖKANDE

Airsonett AB, 556593-8775
Metallgatan 33
262 72 Ängelholm

Ombud: Jur.kand. Jessica Eijvergård
Adokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

Ombud: Advokat Sofia Mårtensson
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

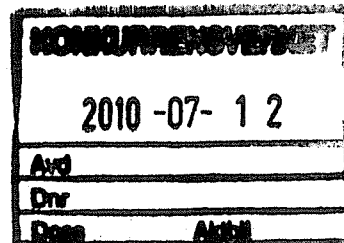
SAKEN

Begäran om överprövning enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Airsonett ABs ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 18 juni 2010 upphör att gälla.



Dok.Id 8246

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-868 00

E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se

Telefax
0470-869 50

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

YRKANDEN MM

Landstinget i Kalmar län (landstinget) har genomfört en upphandling av laminärflödestak till länssjukhuset i Kalmar och Oskarshamns sjukhus. I tilldelningsmeddelande den 10 juni 2010 har CRC medical tilldelats upphandlingskontraktet. Enligt meddelandet har sex anbud inkommit varav två förkastats.

Airsonett AB (Airsonett) begär överprövning och yrkar i första hand att upphandlingen inte får avslutas förrän rättelse vidtagits, innebärande att ny utvärdering av anbuden görs och att bolagets anbud upptas till utvärdering samt tilldelas kontraktet. I andra hand yrkas att upphandlingen avbryts och görs om.

Landstinget i Kalmar län motsätter sig bifall till ansökningen. I andra hand anser Landstinget att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrätten beslutade den 18 juni 2010 att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

BAKGRUND

Som grund för sin talan anför Airsonett i huvudsak följande. Syftet med upphandlingen är att skapa ultraren luft i angivna operationssalar. De offererade laminärflödestaken med luftfördelare uppfyller samtliga funktionella krav inklusive minimal mängd bakteriebärande partiklar. Den offererade lösningen är likvärdig kravet på mikroduk som uppställts i upphandlingen. De aktuella kraven avseende mängden bakteriebärande partiklar kan uppnås på två sätt. Det ena sättet är genom en teknik med duk och det andra sättet är genom luftfördelare/luftdusch. Airsonetts lösning har en luftfördelare som med hjälp av luftduschar fördelar luften laminärt över det operativa området. Det motsvarar landstingets krav i den aktuella upphandlingen

och landstinget har därför inte haft rätt att förkasta Airsonetts anbud. Uppbyggnaden av luftfördelare och luftduschar garanterar ett lågturbulent, laminärt luftflöde över den kravställda zonen. Tekniken med luftduschar är välbeprövad inte minst inom industriella renrum där kraven ofta är jämförbara eller till och med hårdare än de krav landstinget ställt. Tekniken med luftduschar har använts i industriella renrum i ca 20 års tid. Vid installationer som Airsonett utfört i andra operationsrum med ovan beskriven teknik har mycket låga CFU-halter uppmätts. Det har rört sig om 1-2 CFU per m³. Airsonetts anbud har därför felaktigt förkastats. Landstinget har uppställt krav på att laminärflödestaken ska vara uppbyggda på en viss sorts duk. I de tekniska föreskrifterna i förfrågningsunderlaget på sidan 5 bilaga 1, anges att anbudsgivarna ska beskriva förfarandet och tidsåtgången för byte av duk/luftfördelare. Av den formuleringen anser Airsonett att det framstår som om landstinget skulle acceptera båda teknikerna. Kravet på laminärflödestak av duk är oproportionerligt och har begränsat konkurrensen på ett otillbörligt sätt. Landstinget har inte accepterat en lösning som på ett likvärdigt sätt uppfyller syftet med upphandlingen. Landstinget har på så sätt agerat i strid med LOU och de gemensamhetsrättsliga principerna och då främst principerna om likabehandling och proportionalitet.

Landstinget har i huvudsak i yttrande anfört följande. Under anbudstiden har landstinget angett i ett förtydligande att "samtliga laminärflödestak skall vara med duk". Förtydligandet framgår av "PM 1" punkt 2 som är daterat den 18 mars 2010. Det kan därmed inte vid anbudstidens utgång ha varit oklart att det som efterfrågades var laminärflödestak med duk. Upphandlande myndigheter har en långtgående frihet att självständigt avgöra vad som ska upphandlas inom ramen för de allmänna principerna. I LOU finns inget generellt förbud mot att specificera visst utförande. Om visst fabrikat efterfrågats måste dock anges att likvärdigt fabrikat accepteras. Kraven på utförande som angetts i den tekniska beskrivningen på sidan 8 har varit förenlig med LOU. Det har varit nödvändigt att ställa dessa krav

utöver funktionskraven för att säkerställa ändamålsenlig utrustning. Det finns väsentliga skillnader mellan laminärflödestak som bygger på duk av mikroväv och laminärflödestak utformad med luftdusch. De olika tekniska lösningarna kan inte anses vara likvärdiga. Utförande med mikroduk har valts både utifrån funktion och estetiskt utförande. Tekniken med Airsonettbollar är inte lämplig i en operationssal eftersom de är svåra att rengöra och måste bytas med viss periodicitet. Släta ytor på en duk är däremot lätt att desinficera och hålla ren. Laminärflödestaken måste även estetiskt anpassas efter de redan upphandlade operationssalarna. Laminärflödestak av duk lierar med undertaket och har inbyggd luftfördelning samt släta ytor. Luftduschar består av en plåtkonstruktion med ett tjugotal bollar som hänger fullt synliga under undertaket och stör. Enligt doktrinen är det tillåtet att även väga in estetiska aspekter i ett förfrågningsunderlag.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Upphandlande myndigheter ska enligt 1 kap. 9 § LOU 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.

Enligt 12 kap. 1 § ska en upphandlande myndighet anta antingen

1. det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller
2. det anbud som innehåller det lägsta priset.

Av 16 kap. 2 § framgår att 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, skall rätten besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

En upphandlande myndighet får själv avgöra vilka krav som ska ställas i en upphandling, förutsatt att dessa inte strider mot de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Regeringsrätten har i rättsfallet RÅ 2002 ref. 50 konstaterat att 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 lagen om offentlig upphandling och gemenskapsrätten inte träds för när.

Av förfrågningsunderlaget och förtydligande till det kan konstateras att landstinget efterfrågat laminärflödestak med duk. Landstinget har alltså efterfrågat ett specifikt utförande på det upphandlade objektet och har utöver det angett ett antal övriga skallkrav som måste vara uppfyllda. Man har således inte enbart ställt krav på objektets funktion. Skallkrav är obligatoriska vilket innebär att de måste vara uppfyllda för att ett anbud ska kunna utvärderas. Airsonett har offererat laminärflödestak med luftfördelare med hjälp av luftdusch trots att krav uppställts på duk. Airsonett har därför inte offererat det som efterfrågats och kan inte anses ha uppfyllt det specifika skallkravet.

Airsonett hävdar emellertid att förfrågningsunderlaget är alltför otydligt formulerat. I de tekniska föreskrifterna i förfrågningsunderlaget på sidan 5 bilaga 1, anges att anbudsgivarna ska beskriva förfarandet och tidsåtgången för byte av duk/luftfördelare. Genom den formuleringen menar bolaget att det framstår som om landstinget skulle acceptera båda teknikerna. Förvaltningsrätten kan instämma i att kravet inte är optimalt utformat. Det får dock anses att kravet med anledning av vad som anges i förfrågningsunderlaget och vad som framgår av förtydligandet är tillräckligt tydligt. Dessut-

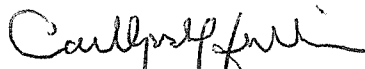
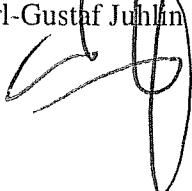
om kan konstateras att Airsonett angett i sitt anbud att de offererade en motsvarighet till duk.

Airsonett anser också att kravet på duk är oproportionerligt, begränsar konkurrensen otillbörligt samt medför att anbudsgivarna inte behandlas likvärdigt. - I en upphandling är det inte tillåtet att ställa ovidkommande krav som inte har med kontraktsföremålet att göra och som begränsar konkurrens. Landstinget har motiverat att kravet på duk uppställts både med hänsyn till dess funktion och estetiska utförande. Förvaltningsrätten kan för sin del inte finna att tillräckliga skäl framkommit för att bedöma kravet ovidkommande eller oproportionerligt. Av tilldelningsmeddelandet framgår att det i aktuell upphandling inkommit sex anbud varav två förkastats. Det har sålunda inkommit ett flertal anbud som uppfyller det ställda skalkravet och tillräckligt många för att inte konkurrensen ska snedvridas. Omständigheten att kravet på duk utesluter vissa leverantörer från att lämna anbud kan inte anses strida mot likabehandlingsprincipen. Det har inte heller i övrigt framkommit något som tyder på att det har skett en otillbörlig särbehandling av anbudsgivarna.

Sammanfattningsvis finner förvaltningsrätten att vad Airsonett anfört och åberopat i målet inte medför att landstinget kan anses ha brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i nämnda lag. Ansökningen ska därför avslås.

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

Förvaltningsrätten anmärker att en ny tiodagarsfrist enligt 16 kap. 1 § tredje stycket 2. LOU börjar löpa, vilket bör beaktas vid ett eventuellt överklagande av denna dom.


Carl-Gustaf Juhlin




SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentlig part 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 ska 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 vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står förvaltningsrättens 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 ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå 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 förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens 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 ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.