



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM
 Allmänna avdelningen

DOM
 2011-01-13
 Meddelad i
 Stockholm

Mål nr
 243-11
 Enhet 12

SÖKANDE

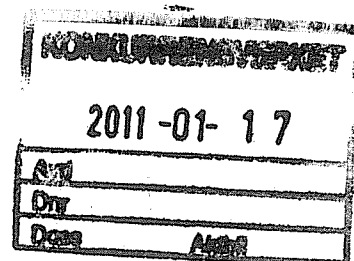
Sjöbergsdynan AB, 556806-9131
 Fruktvägen 6
 131 33 Nacka

MOTPART

Stockholms läns landsting
 Upphandlingsenheten
 Box 6401
 113 82 Stockholm

SAKEN

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



DOMSLUT

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 91740

Postadress

115 76 Stockholm

Besöksadress

Tegeluddsvägen 1

Telefon

08-561 680 00

E-post:

forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax

08-561 680 01

Expeditionstid

måndag – fredag

09:00-15:00

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (landstinget) har inbjudit leverantörer att lämna anbud avseende upphandling av dynor, ryggkuddar och underlägg, dnr SLL323. Landstinget har i tilldelningsbeslut som daterats den 3 januari 2011 meddelat att man har för avsikt att teckna avtal med andra leverantörer än Sjöbergsdynan AB.

Sjöbergsdynan AB (Sjöbergsdynan) har ansökt om överprövning av upphandlingen enligt LOU.

YRKANDEN M.M.

Sjöbergsdynan ansöker om överprövning av upphandlingen och anför i huvudsak följande. I första hand överklagas de specifika bedömningar som gjordes på bolagets dynor i fyra olika poster. Dynorna har på felaktiga grunder blivit underkända, dvs. inte passerat skallkraven. I andra hand yrkas att upphandlingen i sin helhet görs om, då den är uppbyggd och bedömd på ett sätt som motverkar konkurrensen till fördel för vissa specifika företag. Upphandlingen är inte skapad för att hitta de dynor som tillgodoser specifika behov till det mest ekonomiskt fördelaktiga priset, utan är uppbyggd för att landstinget ska kunna köpa på förhand bestämda dynor.

Deras produkter har felaktigt underkänts beträffande positionerna 26, 24, 12 samt 10.

Den av bolaget erbjudna produkten i position 26 "ÖVHINKVIT" underkändes med följande motivering.

1. Överdraget är inte märkt med storlek i centimeter.
2. Inköverdraget är märkt med skötselråd för kallskumsdyna.

Deras erbjudna produkt har felaktigt underkänts eftersom bolagets artikelnummer, som står på överdraget, anger storleken bredd*djup i cm, något som även framgår tydligt i produktbladet som bifogats i upphandlingen. Etiketten till provöverdraget är i grunden en etikett till en kallskumsdyna, men belagd med klisteretikett som anger skötselråd för ÖVHINKVIT. För att se skötselråden för kallskumsdynan måste man riva bort etiketten från provöverdraget.

Deras erbjudna produkt i position 24 ”621 HINK” underkändes med följande motivering. ”Dynöverdraget är inte märkt med storlek i cm.” Detta stämmer inte eftersom bolagets artikelnummer anger storleken bredd*djup i cm, vilket tydligt framgår i produktbladet som bifogats i upphandlingen.

Bolagets erbjudna produkt avseende Position 12 ”621 BAS” underkändes med följande motivering. ”Dynan har inte ett ytskikt av kallskum eller ett likvärdigt material i sittgropen.” Detta är fel eftersom produkten har ett trögelastiskt kallskum i sittgropen, vilket också är dynans ytskikt. Detta är de facto en typ av kallskum, något som är lätt att konfirmera med kallskumsleverantörer.

Den av bolaget offererade produkten avseende position 10 ”621 DECO” underkändes med följande motivering.

1. Har ej fjädrande material i dyngropen.
2. Kupad och plan?

Detta stämmer inte mot bakgrund av följande.

1. Trögskum är ett fjädrande material. Konceptet med fjädrande material är att det böjer sig vid hårt tryck medan det trycker tillbaks mot sitt ursprungsläge. Och att det sedan återgår till ursprungsläget när trycket

lättar. Den upphandlande enheten specificerade inte med vilken hastighet materialet skulle fjädra tillbaka. Om landstinget ville ha en dyna som fjädrar snabbt så kunde de enkelt lägga i ett annat skum som fjädrar snabbt.

2. Det specificeras att dynan ska finnas med kupad och plan botten. Deras dyna är gjord för att vara både plan och kupad just för att passa in i hängmattesits såväl som plan sits. Dynans undersida är plan medan sidorna kupas in för att sjunka under hängmattesitsrullstolens rör. Detta framgår tydligt produktbladet.

Upphandlingen är inte gjord för att hitta de dynor som tillgodoser specifika behov till det mest ekonomiskt fördelaktiga priset utan är uppbyggd för att landstinget ska kunna köpa på förhand bestämda dynor av bestämda företag. Dynupphandlingar är i regel gjorda för att få fram dynor som täcker specifika problem. I denna upphandling uppställdes inte krav på vad dynan skulle göra utan på hur den skulle vara uppbyggd. I normala upphandlingar brukar ett ganska stort antal dynor vara med och tävla i pris på samma post. I denna upphandling har den upphandlande myndigheten ansett att endast en dyna ens kunde bedömas. I och med att det inte fanns mer än en dyna på posten så kan denna dyna också betinga vilket pris som helst, eftersom den inte har några konkurrenter. I fem av de sex posterna var det ett enda företag som ansågs uppfylla skallkraven. Detta företag använder samma metoder och material som bolaget och många andra företag. Genom att det uppställts skallkrav på dynornas uppbyggnad i stället för funktion samt genom sina bedömningar har den upphandlande enheten förhindrat många av de leverantörer som normalt är med i upphandlingar för liknande produkter i Sverige från att delta. Den upphandlande enheten har också tagit bort priskonkurrensen i sex av positionerna då endast en dyna ansetts klara skallkraven. Denna dyna har därefter inte haft någon priskonkurrens. Upphandlingen har därför eliminerat både mångfalden av dynor samt priskonkurrens och borde därför göra om så att den påminner om de andra dynupphandlingar som gjorts i Sverige i år.

Landstinget bestrider att upphandlingen ska göras om alternativt rättas. Till stöd för sin inställning anför landstinget i huvudsak följande. Upphandlingen har gjorts på ett korrekt sätt och landstinget har inte på något sätt brutit mot LOU eller de unionsrättsliga principerna. Sjöbergsdynan lider inte eller riskerar inte lida någon skada. Det föreligger därför inte skäl att besluta om åtgärder enligt 16 kap. LOU.

Sjöbergsdynan har gjort gällande att deras dynor blev underkända på felaktiga grunder. När det gäller position 26 har produkten inte uppfyllt skallkravet att inkontinensöverdraget ska vara märkt med storlek i cm. Skallkraven framgår av kravspecifikationen för position 26. Storleken ska tydligt framgå för samtliga användare. På Sjöbergsdynans överdrag framgår storleken endast indirekt genom artikelbeteckningen, vilket kräver att man tar del av produktbladet för att förstå vad överdraget har för storlek. Skötselråden är påsatta med temporär klisteretikett och inte permanent märkning. Den permanenta märkningen avser kallskumsdyna. Överdraget uppfyller inte skallkraven att vara märkt med artikelnamn, artikelnummer och märkt med storlek i cm.

När det gäller position 24 är det även här ett skallkrav enligt kravspecifikationen att dynan ska vara märkt med storlek i cm. Storleken ska tydligt framgå för samtliga användare. På Sjöbergsdynans överdrag framgår storleken endast indirekt genom artikelbeteckningen, vilket kräver att man tar del av produktbladet för att förstå vad överdraget har för storlek. Sjöbergsdynan har således inte uppfyllt detta skallkrav. Dynan har en klisterlapp märkt provdyna som saknar märkning med storlek i cm, vilket är ett skallkrav. Under klisterlappen finns en märklapp som också saknar märkning med storlek i cm, märkning med artikelnamn och artikelnummer. Själva dynan saknar artikelnummer, vilket är ett skallkrav. Dynan har inte heller kupad botten vilket är ett skallkrav.

När det gäller position 12 är det ett skallkrav enligt kravspecifikationen att dynan ska ha ett ytskikt av exempelvis kallskum eller likvärdigt material. Dynan har inte ett ytskikt av kallskum eller likvärdigt material i sittgropen. Viscoelastiska/trögskumsmaterial är mycket känsligt för skjuvkrafter. Därför ska även dynor med trögskum i sittgropen ha ett tunt lager av kallskum överst.

Beträffande position 10 är det ett skallkrav enligt kravspecifikationen att dynan ska ha ett luftigt och fjädrande material i sittgropen. Dynan uppfyller inte detta skallkrav eftersom den inte bedömts ha ett luftigt och fjädrande material i sittgropen. Trögskum är inte fjädrande utan tvärtom formar det sig efter kroppen och behåller sedan formen. Vidare ska dynan finnas med kupad och plan botten. Dynan finns inte med plan och kupad botten. Dynans plana botten deformeras i en rullstol med hängmattesits.

Samtliga skallkrav i de ovan nämnda positionerna är således inte uppfyllda varför anbudet i dessa delar har förkastats.

Sjöbergsdynan har vidare påstått att upphandlingen skulle vara uppbyggd och bedömd på ett sätt som motverkar konkurrensen till fördel för vissa specifika företag. Landstinget vill här framhålla följande. Kraven som ställts är proportionerliga och transparenta. Det faktum att det på fem av 27 positioner endast var en dyna som passerade skallkraven innebär inte att landstinget på något sätt har brutit mot LOU eller de unionsrättsliga principerna. Upphandlingen är gjord för att landstinget ska få ett brett sortiment för att kunna tillgodose många olika behov. På varje position finns en målgupp vilket framgår av kravspecifikationen, t.ex. brukare med risk för trycksår. De krav som har ställts svarar mot de behov som landstinget vill tillgodose på varje position.

Sjöbergsdynan anför härefter bl.a. följande. Angående märkningarna av överdragen använder sig bolaget av ett system där produktnamn, artikelnummer och dynans storlek beskrivs av "Artikelnumret" på dynans etikett. Dynorna uppfyller skullkraven och detta finns tydligt förklarat i produktbladen. Beträffande position 12 är skullkravet att dynan ska ha ett ytskikt av kallsaum eller liknande material i sittgropen. Landstinget har felaktigt hävdade att viscoelastiskt skum inte är trögskum. Kallsaum är ett vitt begrepp som innefattar bl.a. viscoelastiskt skum. Angående position 10 har anbudet förkastats p.g.a. att dynan inte anses ha ett luftigt och fjädrande material i sittgropen och att trögskum formar sig efter kroppen och sedan behåller formen, vilket är felaktigt. Trögskum andas oerhört bra. Det behåller inte formen utan trycker tillbaka mot sitt normaläge konstant. Trögskum är som en tempurkudde, trycker man ihop den så är den tillbaka i "utfjädrat" läge inom kanske tre sekunder. Överdraget andas då det är gjort av ett speciellt tyg som är patenterat och utvecklat för detta ändamål. Bolagets dynor är kupade i kanterna, standard är att de används i hängmattesits och det fungerar utan problem.

DOMSKÄL

Tillämpliga bestämmelser

Eftersom upphandlingen påbörjades före den 15 juli 2010 ska LOU tillämpas i den lydelse som var aktuell vid denna tidpunkt.

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.

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

Utredningen i målet

Kravspecifikation position 10 ”AC 4 Dyna med luftigt och fjädrande, eller liknande material i sittgropen”

- Skall ha ett luftigt och fjädrande material i sittgropen
- Skall finnas med kupad och plan botten
- Bör vara märkt med bredd x djup x höjd i cm

Kravspecifikation position 12 ”AC 2 Dyna med viscoelastiskt eller liknande material i sittgropen”

- Skall ha ett ytskikt av exempelvis kallskum eller likvärdigt material

Kravspecifikation position 24 ”AB 1 Dyna med anatomisk form som fördelar tryck”

- Skall vara märkt med artikelnamn
- Skall vara märkt med artikelnummer
- Skall vara märkt med storlek i cm

Kravspecifikation position 26 ”AH 3 Inkontinenshätta”

- Skall vara märkt med storlek i cm
- Skall vara märkt med artikelnamn
- Skall vara märkt med artikelnummer

Förvaltningsrättens bedömning

Enligt praxis (RÅ 2009 ref. 69) är huvudregeln att det är den part som gör gällande att en upphandling är belagd med fel, att på ett klart och tydligt sätt ange vilka omständigheter talan grundas på samt visa att upphandlande myndighet har agerat i strid med LOU.

Sjöbergsdynan yrkar i första hand att upphandlingen ska rättas på så sätt att de produkter som bolaget offererat avseende positionerna 10, 12, 24 och 26 ska gå vidare till utvärdering. Till stöd för detta yrkande har bolaget gjort gällande att dessa produkter uppfyllt ställda skallkrav. Bolaget har alternativt yrkat att hela upphandlingen ska göras om och till stöd för detta

yrkande har anförts att upphandlingen är uppbyggd för att landstinget ska kunna köpa på förhand bestämda dynor.

Beträffande position 10 har bl.a. ställts som skullkrav att dynan ska finnas med kupad och plan botten. Bolaget har anförts att dynan är anpassad för både kupad och plan botten för att passa in i hängmattesits såväl som plansits. Landstingen har emellertid påpekat att dynans plana botten deformeras i en rullstol med hängmattesits. Dynan kan då inte anses uppfylla kravet på att ha en plan botten. Förvaltningsrätten finner det därmed inte visat att landstinget förfarit felaktigt som inte låtit bolagets anbud gå vidare till utvärdering i denna del.

I position 12 anges att bl.a. att dynan skall ha ett ytskikt av exempelvis kallskum eller likvärdigt material. Av bolagets anbud framgår att offererad dynas stomme och yta består av kallskum. Detta gäller dock inte sittgropen. Det har i målet inte visats att sittgropens material kan anses vara likvärdigt kallskum. Förvaltningsrätten finner således inte visat att bolaget kan anses ha uppfyllt ställda skullkrav avseende positionen 12 beträffande produktens material och det är därmed inte visat att landstinget förfarit felaktigt som inte låtit bolagets anbud gå vidare till utvärdering i denna del.

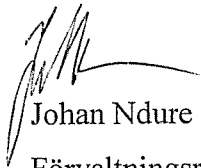
Av förfrågningsunderlaget framgår tydligt att det är ett krav att *dynan/hättan* skall vara märkta med storlek i cm. Att storleken framgår indirekt av ett produktblad kan inte anses vara samma sak som att själva dynorna/hättorna är märkta. Förvaltningsrätten finner därför att det i målet inte visat att bolaget uppfyllt ställda krav beträffande positionerna 24 och 26 angående märkning av storlek. Härvid har förvaltningsrätten särskilt beaktat att produkterna är avsedda att användas av många personer som inte kan förväntas ha kännedom om bolagets system för artikelnumrering och märkning. Förvaltningsrätten finner det därmed inte visat att

landstinget förfarit felaktigt som inte låtit bolagets anbud gå vidare till utvärdering i dessa delar.

Förvaltningsrätten finner inte heller att upphandlingen på annat sätt utformats på sådant sätt att det skulle stå i strid mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller unionsrätten.

Vad Sjöbergsdynan anfört och åberopat visar således inte att upphandlingen genomförts i strid med LOU. Ansökan ska därför avslås.

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



Johan Ndure

Förvaltningsrättsfiskal

Föredragande har varit Magnus Johansson



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. 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 offentligpart 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 var till 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 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 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.