



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I LINKÖPING**
Enhet 2

DOM
2012-05-25
Meddelad i
Linköping

Mål nr
1010-12

SÖKANDE

Ecowest AB, 556492-0436
Tackjärnsgatan 3
417 07 Göteborg

Ombud: Advokat Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

MOTPARTER

1. Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

2. Landstinget i Östergötland
581 91 Linköping

Ombud för 1 och 2: Hannes Olsson
Landstinget i Östergötland
Upphandlingscentrum
581 85 Linköping

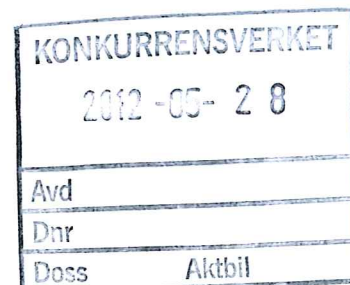
SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bifaller ansökan och förordnar att Landstinget i Östergötlands och Landstinget i Kalmar läns upphandling *Spol- och diskdesinfektorer med tillbehör* ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 17 februari 2012 upphör därmed att gälla.



Dok.Id 82612

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 406 581 04 Linköping	Brigadgatan 3	013-25 10 00 E-post: forvaltningsrattenilinkoping@dom.se	013-25 11 40	måndag – fredag 08:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN

Landstinget i Östergötland och Landstinget i Kalmar län (Landstingen) genomför i samverkan en upphandling benämnd Spol- och diskdesinfektorer med tillbehör, referensnummer UC-2011-135. Upphandlingen syftar till ingående av ramavtal och sista dag för att lämna anbud var den 28 februari 2012. Något tilldelningsbeslut i upphandlingen har inte tagits. Upphandlingen administreras av Landstinget i Östergötland, varför ansökan om överprövning inlämnad till Förvaltningsrätten i Växjö har överlämnats till Förvaltningsrätten i Linköping för gemensam handläggning.

Ecowest AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar att den ska göras om.

Landstingen motsätter sig bifall till bolagets yrkande.

VAD PARTERNA ANFÖRT

Bolaget

Landstingen avser ingå ramavtal på längre tid än fyra år. Det är inte visat att det föreligger några särskilda skäl i lagens mening som berättigar till en förlängd avtalstid. Det får anses förhållandevis vanligt att upphandlingar av ramavtal sker i anslutning till den här typen av projekt eller händelser. Därför är det uppenbart att det utbyggnads- och renoveringsprojekt som Landstingen hänvisar till inte i sig utgör en sådan omständighet som föranleder att särskilda skäl för en förlängd avtalstid ska anses föreligga. De skäl som Landstingen anför till stöd för en förlängd avtalstid är något som ligger i själva sakens natur när en upphandling sker i form av ramavtalsupphandling, d.v.s. det handlar om en icke i förväg bestämd volym. Vidare anger Landstingen att upphandlingen av desinfektorer och byggnationen måste göras beroende av varandra. Så är givet inte fallet. Byggnationens

färdigställande är inte beroende av desinfektorerna. Om detta vore fallet skulle leverans av desinfektorer ingå i den entreprenadupphandling som förutsatt ha genomförts avseende byggnationerna. Eftersom det i upphandlingen inte är berättigat med en längre avtalstid än fyra år föreligger det brott mot LOU.

I förfrågningsunderlaget ställer Landstingen krav på att offererade produkter inte får återcirkulera vattnet i någon fas av processerna. För i upphandlingen aktuella produkter finns en internationellt gällande ISO-standard, SS-EN 15883 (standarden). Aktuell standard redovisar två olika men likvärdiga sätt för vattnets hantering i spolnings- och rengöringsprocesserna. För att Landstingens utslutande av den enligt standarden godkända metoden med återcirkulering ska vara tillåten så måste det finnas tydligt verifierade bevis för att metoden med återcirkulering är klart mycket farligare ur ett patient- och personalsäkerhetsperspektiv än den metod som Landstingen pekar ut som exklusiv. En upphandlande myndighet får inte begränsa konkurrensen genom att ställa upp krav som innebär att produkter som uppfyller kraven enligt gällande standard utesluts från upphandlingen. Detta är i direkt strid med likabehandlingsprincipen. Vidare får en upphandlande myndighet inte ställa andra eller högre krav än vad som är ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen enligt proportionalitetsprincipen.

I förfrågningsunderlaget har Landstingen även ställt krav på att spoldesinfektorernas yttermått ska vara max 600 x 600 mm (bredd gånger djup). Bolagets produkt har yttermått 600 x 603 mm och skulle därmed vara diskvalificerad. Avseende byggnormer har Landstingen inte redovisat några tvingande normer som skulle medföra att man vore förhindrad att godta utrustning med de dimensioner som bolaget offererar, i vart fall innebär inte dimensionerna en överträdelse som legalt sett är allvarigare än de dimensioner som Landstingen nu accepterar.

Sammanfattningsvis har bolaget visat att det föreligger brott mot LOU och att bolaget lidit risk för skada med anledning av detta.

Landstingen

Avseende den förlängda löptiden på kontraktet utgör den nu aktuella upphandlingen ett sådant undantag som stadgas i 5 kap. 3 § LOU. I nuläget bedrivs ett omfattande utbyggnads- och renoveringsprojekt där bl.a. flera av de befintliga byggnaderna inom US-området kommer att påbyggas med upp till ytterligare fem plan. Totalt kommer de omfattande byggnationerna att resultera i en bruttoarea på ca 60 000 kvm. Upphandlingsobjektet och framförallt upphandlingsvolymen är starkt beroende av det pågående byggnadsprojektet.

Ett eventuellt leverantörsbyte under byggnation medför en inte oväsentlig osäkerhet för den anbudsgivare som kommer att tilldelas kontraktet i nu aktuell upphandling avseende den kvantitet varom avtalet gäller. Bedömningen är att avrop kommer att ske kontinuerligt under hela byggnadsprocessen. Beställningarna är således starkt beroende av byggnationens framskridande och efter dess färdigställande kommer behovet av nya inköp av spol- och diskdesinfektorer att vara ytterst begränsat under en lång tid.

Den utökade avtalstiden är ett resultat av omständigheterna i den aktuella upphandlingen för att kunna erbjuda klara och tydliga förutsättningar redan vid annonseringstidpunkten och därmed värna anbudsgivarnas intresse. Det är nämligen inte möjligt att fränkoppla upphandlingen av spol- och diskdesinfektorer med byggnadsprojektet eftersom det existerar ett klart samband mellan dessa två upphandlingar. En kortare avtalstid medför en allt för stor osäkerhet för anbudsgivarna, beträffande upphandlingsvolym, för att kunna lägga ett konkurrenskraftigt anbud i förhållande till inköpskvantitet i upphandlingen. Det bestrids att det skulle vara vanligt förekommande

med utbyggnads- och renoveringsprojekt motsvarande den omfattning som den Landstingen nu bedriver. Det går därför inte att dra den slutsatsen som bolaget gör beträffande de brott mot LOU avseende den utökade avtalstiden.

Utifrån ett konkurrensperspektiv och eventuell negativ inverkan på marknaden får det anses uppenbart att Landstingen endast utgör en begränsad del av den totala marknaden för spol- och diskdesinfektorer, såväl i Sverige som i ett globalt perspektiv. En utökning av kontraktstiden från fyra till sex år kommer således inte ha någon, eller i vart fall ytterst marginell, betydelse för konkurrensen i Sverige och övriga världen.

Vid utformningen av nu aktuellt förfrågningsunderlag har valet gjorts att hänvisa kravformuleringen avseende utrustningen till dels standarder och dels till funktionskrav. Angående utrustningens hantering av sköljvatten framgår av standarden att två alternativa metoder accepteras. Utrustning som återcirkulerar vattnet mellan någon fas vid rengöring eller diskning har fler riskmoment avseende smitto- och kontaminationsspridning, jämfört med utrustning där vattnet töms efter varje fas. Det specificerade kravet är därför proportionerligt utifrån ett patientsäkerhets- och personalsäkerhetsperspektiv. Vidare kan kravet inte anses vara i strid mot likabehandlingsprincipen eftersom denna princip säkerställer likabehandling av leverantörer med produkter på den marknad som upphandlingen avser.

Vid kravställande av utrymmen för spoldesinfektorer har ”minsta möjliga” spoldesinfektor varit önskvärt p.g.a. utrymmesbrist. Detta för att inte inkräkta på lämpliga tillgänglighetsmått som egentligen är max 563 mm inklusive installationsutrymme. Bedömningen har dock gjorts att en mindre avvikelser från detta kan godtas, från 563 mm upp till 600 mm. Det angivna måttet 600 x 600 mm är en väl avvägd kompromiss mellan de ansvariga projektörerna och de grundläggande principerna i LOU. Genom avväg-

ningen har ytterdimensionerna satts till den absolut största dimension som är möjlig utifrån de fysiska utrymmen som finns och med sådan minimal påverkan på den fria konkurrensen som möjligt.

Vidare bestrids bolagets påstående om att ställda krav på utrustningens dimensionering och hantering av sköljvatten skulle vara kraftigt konkurrensbegränsande. Åtminstone fyra leverantörer, som tillsammans utgör ca 95 procent av marknaden, uppfyller dessa krav i förfrågningsunderlaget.

Sammanfattningsvis har inget brott mot 1 kap. 9 § LOU, någon annan bestämmelse i LOU eller principerna på vilken LOU vilar, begåtts.

SKÄLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten prövar inledningsvis frågan huruvida upphandlingen omfattar en otillåten ramavtalstid.

Enligt 5 kap. 3 § LOU får ett ramavtal löpa under längre tid än fyra år endast om det finns särskilda skäl.

Av förfrågningsunderlaget framgår att kontraktets slutdatum, exklusive förlängning, är den 31 mars 2016 och att kontraktet kan förlängas i period om tolv månader i max två förlängningsperioder (se p. 1.1.5–1.1.7). Därmed kan ramavtalets löptid uppgå till totalt sex år.

Bedömningen av om det föreligger särskilda skäl ska bl.a. göras utifrån vad som framgår av artikel 32.2 i Europaparlamentets och rådets direktiv 2004/18/EG av den 31 mars 2004 om samordning av förfarandet vid offentlig upphandling av byggentreprenader, varor och tjänster (direktivet).

I artikel 32.2 fjärde stycket i direktivet anges att ett ramavtal inte får löpa längre än fyra år, utom i vederbörligen styrkta undantagsfall, särskilt genom föremålet för ramavtalet.

I förarbetena till LOU (prop. 2006/07:128 s. 334) anges att det ligger i sakens natur att det är den upphandlande myndigheten som har bevisbördan för att det finns tillräckliga skäl att tillämpa bestämmelsen och att dessa skäl ska vara hänförliga till föremålet för upphandlingen. Enligt regeringens mening kan det vara fråga om ett avgränsat projekt som beräknas pågå något längre tid än fyra år och som inte har någon naturlig fortsättning när projektet avslutas. Det kan även vara situationer där föremålet för upphandlingen är av sådant slag att det medför stora investeringar för leverantören, vilka ska betala sig under avtalstiden.

Kammarrätten i Stockholm har i dom den 23 mars 2011 i mål nr 5609–5629-10 prövat frågan om huruvida en upphandling omfattat en otillåten ramavtalstid. Kammarrätten fann bl.a. att det ska röra sig om undantagssituationer för att en längre ramavtalstid än fyra år ska vara befogad och att de särskilda skälen för undantag ska vara kopplade till föremålet för kontraktet och därför också hänföra sig till den förevarande upphandlingen.


I målet är det ostridigt att föremålet för upphandlingen är spol- och diskdesinfektorer med tillbehör. Landstingen har bl.a. anfört att det föreligger särskilda skäl för en längre ramavtalstid än fyra år eftersom upphandlingsvolymen av spol- och diskdesinfektorer är starkt beroende av ett omfattande utbyggnads- och renoveringsprojekt som Landstingen bedriver och att ett eventuellt leverantörsbyte under byggnationen medför en inte oväsentlig osäkerhet avseende kvantiteten för den anbudsgivare som kommer att tilldelas kontrakt i nu aktuell upphandling.

Av handlingarna i målet kan förvaltningsrätten inte utläsa annat än att upphandlingen även omfattar avrop av spol- och diskdesinfektorer som inte har direkt samband med Landstingens pågående utbyggnads- och renoveringsprojekt. Inte heller är upphandlingen begränsad på så sätt att avrop av spol- och diskdesinfektorer kommer att upphöra efter att byggnationen är klar, även om det då endast kommer att ske i en begränsad mängd. Upphandlingen kan därmed inte anses begränsat till ett projekt utan naturlig fortsättning. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att Landstingen inte har visat att byggnadsprojektet är kopplat till föremålet för upphandlingen på sådant sätt att särskilda skäl för en längre ramavtalstid än fyra år kan anses vara befogad. Vad Landstingen i övrigt anfört visar inte heller på att det föreligger särskilda skäl för att tillåta att avtalstiden för aktuell upphandling överskrider längsta tillåtna ramavtalstid enligt 5 kap. 3 § LOU.

Vidare finner förvaltningsrätten att den längre avtalstiden kan komma att begränsa konkurrensen på den aktuella marknaden på ett otillbörligt sätt och att bolaget härigenom kan komma att lida skada. Det föreligger därför skäl för ingripande enligt LOU. Eftersom avtalstidens längd angetts redan i det konkurrensuppsökande skedet ska den aktuella upphandlingen göras om. Redan på denna grund ska ansökan bifallas och skäl saknas att närmare gå in på bolagets övriga invändningar.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 17 februari 2012 upphör därmed att gälla.

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


Maria Uddenfeldt

Föredragande har varit Cecilia Wågemar.



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 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 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 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
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. 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.

Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska Ni utan dröjsmål anmäla ändringen till kammarrätten.

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. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

Behöver Ni fler upplysningar om hur man överklagar kan Ni vända Er till förvaltningsrätten.

DV 3109/1D LOU