



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I UPPSALA**

DOM
2016-08-31
Meddelad i
Uppsala

Mål nr
1350-16 E

SÖKANDE

Comco AB, 556618-4932
Brädgårdsvägen 28
236 32 Höllviken

MOTPARTER

1. Landstinget Sörmland
611 88 Nyköping

2. Landstinget Västmanland
721 89 Västerås

SAKEN

Ansökan om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling, LOU

KONKURRENSVERKET	
2016-08-05	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan.

Dok.Id 177276

Postadress
Box 1853
751 48 Uppsala

Besöksadress
Kungsgatan 49

Telefon
018-431 63 00
E-post: forvaltningsratteni uppsala@dom.se
www.forvaltningsratteni uppsala.domstol.se

Telefax
018-10 00 34

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:00

BAKGRUND

Landstinget Sörmland och Landstinget Västmanland (landstingen) har på uppdrag av Landstinget Sörmland, Landstinget Västmanland, Landstinget i Värmland, Uppsala läns landsting, Region Gävleborg och Landstinget i Dalarna genomfört en upphandling av ramavtal avseende antidecubitusmadrasser, dnr DU-UPP15-0147. Upphandlingen genomfördes med ett öppet förfarande. I tilldelningsbeslutet den 24 februari 2016 beslutade landstingen bl.a. att anta anbudet från Care of Sweden AB beträffande upphandlingsobjekt 1, bäddmadrass fiber.

YRKANDEN M.M.

Comco AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen för upphandlingsobjekt 1 och yrkar att upphandlingen rättas på så sätt att bolagets offererade madrass kan återupptas för utvärdering och funktionsprövning mot den valda anbudsgivarens madrass. Bolaget anför bl.a. följande.

Anbuden har inte blivit likvärdigt behandlade. Bolagets madrass har undantagits från vidare utvärdering och funktionsprovning på grund av att uppmätt bäddmått 83 x 190 cm inte överensstämde med det i kravspecifikationen stipulerade bäddmättet 90x 200 cm. Bolaget har vid besök på Hjälpmiddelscentralen tillsammans med två representanter från landstinget kontrollerat både bolagets och Care of Sweden AB:s madrasser. Mätningen visade på ett bäddmått på 90 x 200 cm avseende bolagets madrass. Vid mätningen av Care of Sweden AB:s madrass visade måttbandet att madrassens längd var 192 cm. Det saknas en avvikelsernotering för Care of Sweden AB:s bäddmått i protokollet vilket innebär en grov åsidosättning av likabehandling. Anbuden har därmed inte blivit likvärdigt behandlade. Baserat på historiska volymer kan landstingen som ingår i upphandlingen göra betydande kostnadsbesparingar genom att anta bolagets anbud. Care of Sweden AB:s

madrass är 30 procent dyrare, vilket skulle ha gett en fördyring på cirka 470 000 kr under den 4-åriga avtalsperioden. Bolaget kommer lida skada om inte överprövning sker.

Landstingen bestrider bifall till ansökan och anför bl.a. följande.

Av kravspecifikationens punkt 1.2 framgår att bäddmadrassen är till för personer som är i behov av tryckfördelning och ska kunna användas i både vård- och hemmiljö. Det aktuella kravet i punkt 2.2 är utformat som ett funktionskrav. Madrassen ska passa sängar med bäddmått 90 x 200. Kravet är utformat på detta sätt eftersom den här typen av madrasser kan ha mindre avvikelser i storlek med bibehållen funktion på grund av att fiberfyllningen kan vara olika sammanpressad vilket i sin tur påverkar yttermått. Syftet med kravet, vilket framgår av ordalydelsen, är att madrassen ska passa i en säng med angivet mått så väl att det beskrivna användningsområdet enligt punkt 1.2 kan anses uppnått. Detta torde inte vålla några problem för en rimligt informerad och normalt omsorgsfull leverantör av denna typ av hjälpmedel. Vid funktionsutvärderingen placerades respektive madrass i en säng (vars typ och konfiguration angivits i förfrågningsunderlagets föreskrifter punkt 4.3) för att upphandlingsgruppen visuellt skulle kunna bedöma om madrassen passade i enlighet med det aktuella funktionskravet.

Vid kontrollen av tilldelad leverantörs madrass noterades inga betydande glipor mellan madrass och säng oavsett om madrassen låg obelastad eller under belastning av person. Den bedömdes därför uppfylla kravet utan behov av vidare kontrollmätning. Vid kontrollen av bolagets madrass noterades stora glipor mellan madrass och säng när madrassen placerats i sängen och dessa kvarstod även då madrassen belastades av en person. Därför utfördes kontrollmätningar av madrassen både obelastad och belastad av person. Sammantaget kunde madrassen inte anses uppfylla kravet.

Bolagets mätning av madrassen när den är i sitt mest utsträckta tillstånd är mindre lämpligt då kravet är utformat utifrån funktion och inte anger ett exakt mått. Att en madrass inte passar i sängen för att den är för liten kan få konsekvenser. Samtliga madrasser i gruppen har utvärderats på samma sätt varför likabehandlingsprincipen har iakttagits. Endast avvikelser från krav har ansetts nödvändiga att protokollföra.

Med anledning av överprövningen har de aktuella madrasserna återigen kontrollerats. Bolagets madrass passar på längden men inte på bredden då den är för smal för att uppfylla kravet. Vad avser det protokoll bolaget bifogat sin ansökan om överprövning kan noteras att det är ensidigt upprättat och bör tillmätas lågt bevisvärde.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Tillämpliga bestämmelser m.m.

Enligt 16 kap. 6 § LOU ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts, om den upphandlande myndigheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska den upphandlande myndigheten 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 praxis följer att det strider mot likabehandlingsprincipen att utvärdera och anta anbud som inte uppfyller ett eller flera uppställda obligatoriska krav (se EU-domstolens dom i mål C-243/89, kommissionen mot Danmark, p. 37, jfr även Kammarrätten i Sundsvalls dom den 20 april 2015 i mål nr 652-15).

I mål om offentlig upphandling grundar rätten sin prövning på de omständigheter som sökanden åberopar och parterna får själva bära ansvaret för utredningen (jfr Högsta förvaltningsdomstolens avgörande i RÅ 2009 ref. 69).

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrätten har att pröva om det finns skäl att ingripa mot upphandlingen med anledning av vad bolaget anfört. Eftersom bolaget har yrkat att bolagets offererade madrass ska återupptas för utvärdering och funktionsprövning mot den valda anbudsgivarens madrass har förvaltningsrätten först att pröva om bolagets anbud ska anses uppfylla det aktuella obligatoriska kravet. Bolaget har vidare anfört att anbudet inte blivit likvärdigt behandlade genom att bolagets offererade madrass har undantagits från vidare utvärdering och funktionsprövning men inte Care of Sweden AB:s offererade madrass. Förvaltningsrätten ska därför även pröva om Care of Sweden AB:s offererade madrass ska anses uppfylla det aktuella obligatoriska kravet

I punkt 2.1 i de administrativa föreskrifterna för upphandlingen anges att förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal krav som är obligatoriska samt att förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda.

Enligt punkt 2.2 i kravspecifikationen för upphandlingsobjekt 1 ska madrassen passa sängar med bäddmått 90 x 200 cm. I punkt 1.2 i kravspecifikationen anges att madrassen ska användas i vård- och omsorgsmiljö samt hemmiljö och att bäddmadrassen är till för personer som är i behov av tryckfördelning.

I punkt 2.7 i upphandlingsprotokollet anges att bolagets offererade madrass är för liten för att kunna anses passa i säng med angivna bäddmått och uppfyller därmed inte punkt 2.2 i kravspecifikationen.

Förvaltningsrätten ska därmed ta ställning till om bolagets offererade madrass uppfyller det obligatoriska kravet att den ska passa sängar med bäddmått 90 x 200 cm. I likhet med landstingen anser förvaltningsrätten att syftet med kravet får anses framgå av ordalydelsen, närmare bestämt att madrassen ska passa i en säng med angivet mått så väl att det beskrivna användningsområdet enligt punkt 1.2 i kravspecifikationen kan anses uppnått.

I det av bolaget upprättade protokollet från mötet angående mätning av storlek på bäddmadrass fiber, upphandlingsobjekt 1, anges bl.a. följande. Från bolagets sida närvarade Claes Johnsson och Andreas Johnsson. Landstingen representerades av Anki Forsberg, upphandlingssamordnare samt en kollega från inköpsavdelningen i Eskilstuna. Bolagets madrass kontrollerades av Claes Johnsson och Andreas Johnsson. Madrassen uppmättes till måtten 90 x 200 cm med sträckta kanter. De förklarade för landstingens representanter att eftersom madrassen är fluffig så drar tyget ihop sig både i längd och bredd. Vid kontrollmätningen stod Anki Forsberg fast vid att madrassen inte uppfyllde måtten 90 x 200 cm. Även Care of Sweden AB:s madrass kontrollerades. Båda parter fastställde madrassens mått till 90 x 192 cm och var överens om att även denna madrass inte uppfyllde de stipulerade måtten.

Landstinget har anfört att det vid kontrollen av bolagets madrass noterades stora glipor mellan madrass och säng när madrassen placerades i sängen. Bolaget har inte ifrågasatt landstingens uppgift att kontrollmätningen av madrassen utfördes både obelastad och belastad av person samt att madrasserna återigen har kontrollerats med anledning av överprovningen. Av det av bolaget upprättade protokollet samt av bilder som bifogats med ansökan om överprovning framgår att bolagets offererade madrass uppmättes till måtten 90 x 200 cm med sträckta kanter under mötet mellan representanterna från bolaget och landstingen angående mätning av storlek på bäddmadrass.

Förvaltningsrätten anser i likhet med landstingen att det aktuella obligatoriska kravet är utformat utifrån funktion. Med anledning av detta saknar madrassens exakta mått betydelse om madrassen passar i en säng med bäddmått 90 x 200 cm och med den konfiguration som framgår av de administrativa föreskrifterna. Det som bolaget har anfört om att madrassen uppfyller de stipulerade måtten i utsträckt tillstånd saknar därför betydelse om inte madrassen uppfyller den åsyftade funktionen. Förvaltningsrätten anser att det inte har framkommit skäl att ifrågasätta att kontrollen av bolagets madrass har gått rätt till. Med hänsyn till detta samt att landstingen vid de båda kontrolltillfällena bedömt att madrassen varit för liten för att uppnå åsyftad funktion anser förvaltningsrätten att bolaget inte har visat att det obligatoriska kravet enligt punkt 2.2 i kravspecifikationen är uppfyllt.

Förvaltningsrätten har därefter att pröva om Care of Sweden AB:s madrass ska anses uppfylla det aktuella obligatoriska kravet. Landstingen har anfört att det vid kontrollen av tilldelad leverantörs madrass inte noterades några betydande glipor mellan madrass och säng oavsett om madrassen låg obelastad eller under belastning av person samt att den därför bedömdes uppfylla kravet utan behov av vidare kontrollmätning. Bolaget har anfört att man vid mätningen av Care of Sweden AB:s madrass noterade att madrassens längd var 192 cm samt att det saknas en avvikelsernotering i upphandlingsprotokollet. Vidare anføres i det av bolaget upprättade protokollet att både representanterna från bolaget och landstingen var överens om att madrassen inte uppfyllde de stipulerade måtten. Landstingen har anfört att protokollet bör tillmätas lågt bevisvärde eftersom det är ensidigt upprättat av bolaget.

Förvaltningsrätten anser att det även avseende Care of Sweden AB:s madrass inte har framkommit skäl att ifrågasätta att kontrollen av madrassen har gått rätt till. Eftersom det obligatoriska kravet är utformat utifrån funk-

tion och det vid kontrollen inte noterades några betydande glipor mellan madrassen och sängen anser förvaltningsrätten att det saknar betydelse att det i det av bolaget upprättade protokollet anges att madrassens längd uppmättes till 192 cm. Förvaltningsrätten anser därför att bolaget inte har visat att Care of Sweden AB:s madrass inte uppfyller det aktuella obligatoriska kravet.

Eftersom förvaltningsrätten ovan har funnit att landstingen har haft fog för sin bedömning att bolaget inte uppfyller det aktuella obligatoriska kravet men att Care of Sweden AB:s madrass gör det har landstingen haft rätt att förkasta bolagets anbud från vidare utvärdering och anta Care of Sweden AB:s anbud. Landstingen har därmed inte brutit mot någon av de grundläggande principerna för upphandling i 1 kap. 9 § LOU eller mot någon annan bestämmelse i LOU. Bolaget kan därför inte anses ha lidit eller komma att lida skada i den mening som avses i LOU. Förutsättningarna för att ingripa mot upphandlingen är således inte uppfyllda. Ansökan om överprövning ska därför avslås.

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



Per-Erik Nistér

f.d. rådman

Målet har handlagts av förvaltningsrättsnotarien Karl Rosén.



SVERIGES DOMSTOLAR

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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättsens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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 rättsens 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.

