



**LÄNSRÄTTEN I
VÄSTERNORRLANDS LÄN**

Länsrättsnotarien J Machuca

DOM
2009-08-10
Meddelad i
Härnösand

Mål nr
1195-09 E

SÖKANDE

Harpun Scandinavia AB
Hallsta 2310
841 92 Ånge

MOTPART

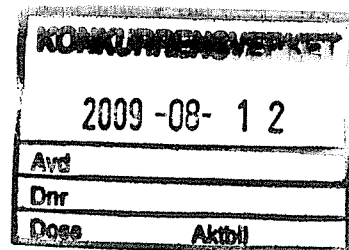
Ånge kommun
841 81 Ånge

SAKEN

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

Ånge kommun genomför upphandling gällande dykutbildning i form av certifierade PADI-kurser (Professional Association of Diving Instructors) för elever i årskurs 1, 2 och 3 vid Brobergsgymnasiet, Ånge kommun; ref. nr 2009/15. Upphandlingen genomförs genom förenklat förfarande.

Harpun Scandinavia AB ansöker om överprövning enligt LOU. Bolaget yrkar att länsrätten vid sin slutliga prövning ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse vidtagits. Till stöd för sin ansökan anför bolaget i huvudsak följande. Ånge kommuns förfrågningsunderlag avseende upphandlingen innehåller krav som starkt begränsar potentiella anbudsgivares möjligheter att lämna anbud. Bolaget skadas av detta då det inte har en rimlig chans att lämna anbud. – Av förfrågningsunderlaget framgår att anbudsgivaren ska ha tillstånd från Arbetsmiljöverket att utföra dykutbildning för personer under 18 år. Tillståndskravet är inte möjligt att uppfylla för enskilda företag som bedriver dykutbildning utan att ha tillgång till en egen skola. Tillstånd utfärdas inte till anbudsgivare. Enligt Arbetsmiljöverket är det skolans rektor som är att anse som elevernas arbetsgivare och det är därför skolans rektor eller ansvarig kommunal nämnds uppdrag att söka ett sådant tillstånd och inte enskilda företag som bedriver dykutbildning. Tillståndet är vidare inget bevis på att anbudsgivare innehar vissa kvalifikationer utan är en bedömning utifrån in-



Dok.Id 54669

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 314	Backgränd 9	0611-34 98 00	0611-34 98 10	måndag – fredag
871 27 Härnösand		E-post: lansrattenivasternorrland@dom.se		09:00-12:00 13:00-15:00

lämnade kursplaner om att utbildningen är så minimalt riskfylld som möjligt. Förfrågningsunderlaget anger att utbildningen ska genomföras i form av PADI-kurser och dessa är utarbetade för att minimera alla risker. Alla utbildare som är certifierade enligt PADI kan detta säkerhetsarbete. Med anledning härav är nämnda krav diskriminerande för bolaget som potentiell anbudsgivare och det är därtill inte ett relevant krav att ställa på ett dykutbildningsföretag. Om det skulle vara anbudsgivarens uppgift att söka detta tillstånd skulle troligen inte anbudstiden räcka till för att få ett sådant tillstånd. – I förfrågningsunderlaget uppställs vidare krav på kollektivavtal eller motsvarande. Detta krav utgick enligt beslut av kommunen den 11 juni 2009. Detta skedde dock vid ett mycket sent tillfälle i upphandlingsprocessen eftersom tiden för att ta emot frågor om upphandlingen gick ut den 12 juni 2009 och anbudstiden går ut den 17 juni 2009. Kravets existens fram till den 11 juni 2009 kan ha medfört att potentiella leverantörer avstått från att lämna anbud. – Av förfrågningsunderlaget framgår att leverantören ska erbjuda samtliga elever prova-på dyk i bassänger med ett större djup än 3,5 m. Ett sådant krav på att bassänger ska vara djupare än 3,5 m föreligger inte enligt PADI-standard. Den lokala bassängen (Fränsta badhus) och många fler har ett djup på 3,5 meter och uppfyller inte kravet. Detta skulle innebära att endast ett fåtal anbudsgivare skulle kunna lämna anbud. Kravet är diskriminerande för bolaget som anbudsgivare och det går utöver vad som är nödvändigt. – I förfrågningsunderlaget anges vidare att kommunen kan komma att ta egna referenser utöver de två som ska lämnas och dessutom väga in sina egna erfarenheter vid bedömningen. I förfrågningsunderlaget har inte redovisats vilka erfarenheter som kommer att vägas in eller hur värderingen av referenserna kommer att genomföras. Användandet av egna referenser torde vidare endast kunna komma ifråga för en viss leverantör eftersom kommunen tidigare endast har haft en leverantör. – Enligt förfrågningsunderlaget ska leverantören vidare använda instruktörer och hjälpinstruktörer som har behörighet från behörig läkare att administrera syrgas vid olyckssituationer eller akut sjukdom. För dykare som har

genomgått relevant utbildning föreligger inget sådant krav. Delegation av syrgas krävs endast för akutsjukvård, räddningstjänst och ambulanser. Det finns inga hinder för en dykare att ge en annan dykare syrgas. – I förfrågningsunderlaget anges att leverantören ska ha akututrustning i form av övervakningsenhet. Detta krav finns varken hos PADI eller i arbetsmiljölagen och är onödigt. Instruktörerna ska vara utbildade inom HLR (hjärt- och lungräddning) och har därför kunskap om att på bästa sätt göra livsuppehållande räddning. Det är sedan ambulanspersonalens uppgift att förse den nödställda med övervakning. Kravet går utöver vad som är nödvändigt och kan därför inte anses proportionerligt. – Enligt förfrågningsunderlaget ska all utrustning som ska användas uppfylla kraven för yrkesmässig vattendykning samt ha genomgått föreskriven revisionsbesiktning. Det är inte yrkesmässig vattendykning som ska bedrivas. Det vore mer relevant om utrustningen skulle uppfylla kraven på skyddsutrustning för personligt bruk. I förfrågningsunderlaget i övrigt hänvisas till PADI och dess standard som gäller för sportdykning/rekreativdykning. Kravet på revisionsbesiktning innebär att någon utomstående ska besiktiga utrustningen, vilket torde vara ett krav som går långt utöver vad som kan anses nödvändigt. Harpun Scandinavia AB bifogar ett beslut från Arbetsmiljöverket där en gymnasieskola beviljats dispens från arbetsmiljölagens bestämmelser för att kunna bedriva rekreativdykning. – Sammantaget innehåller kommunens förfrågningsunderlag krav som inte lever upp till de krav LOU ställer på transparens, proportionalitet, icke-diskriminering och likabehandling.

Kommunen bestrider bifall till bolagets ansökan och anför i huvudsak följande. Kravet att anbudsgivaren i anbudet ska uppvisa tillstånd från Arbetsmiljöverket avseende dispens för att genomföra dykutbildning för personer under 18 år har tagits bort. Förändringarna meddelades via kommunens upphandlingsportal den 16 juni 2009 och anbudstiden för upphandlingen förlängdes till den 17 juli 2009. – När det gäller frågan om referensupptagning är det förenligt med LOU att använda referenser i kvalifice-

ringsfasen för att kunna skaffa sig information om en anbudsgivares kapacitet att genomföra efterfrågat uppdrag. Referenser får vara de som anbudsgivaren uppgett, egna referenser samt även kommunens egna erfarenheter av anbudsgivarens kapacitet. – Vad gäller kravet på kollektivavtal, har det kravet tagits bort ganska tidigt i upphandlingsskedet. – Kravet på behörighet från läkare vad gäller administrering av syrgas är också mer långtgående än vad som gäller vanlig sportdykning och oxygen klassas numera som läkemedel, vilket innebär att oxygen inte enbart är förbehållet sjukvården. Med tanke på att utbildningen vänder sig till minderåriga ställs högre krav på säkerheten. Det uppställda kravet är inte oproportionerligt utan snarare en garanti för att kommunen kan anta en professionell anbudsgivare. – Kravet på akututrustning gäller eftersom arbetsmiljölagens krav ställer mer långtgående krav än PADI. Kommunen vitsordar att det inte finns föreskrifter om att akututrustning måste finnas tillgänglig, men med tanke på att utbildningen vänder sig till minderåriga anser kommunen kravet berättigat. Med akututrustning kan syresättningen i blodet mätas och det är mycket viktigt att vid dykolyckor kunna följa blodets syresättning. – Angående bassängdjupet ska det vara 3,5 meter eller djupare. Meddelande om omformulering av kravet meddelades på kommunens upphandlingsportal den 24 juni 2009. – När det gäller kravet på utrustningen ska den uppfylla kraven för yrkesmässig dykning eftersom minderåriga under utbildning enligt arbetsmiljölagen är att betrakta som arbetstagare. – Med hänsyn till vad som ovan anförts kan kommunen inte anses ha brutit mot LOU i samband med upphandlingen.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet 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 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Av de administrativa föreskrifterna i förfrågningsunderlaget framgår bl.a. följande.

Utvärdering av anbuderna kommer att ske enligt principen lägsta pris.
(Anbudsutvärdering, 3.3. Utvärderingsfas.)

Anbudsgivaren **skall** i anbudet lämna uppgifter om **minst 2 referensuppdrag** med omfattning och innehåll som motsvarar utbildningsuppdraget enligt denna anbudsfrågan. Minst ett av referensuppdragen bör avse liknande utbildning för elever under 18 år. (...) Om det bedöms nödvändigt kommer referenser att kontaktas för att verifiera anbudsgivarens kapacitet. Vi kan dessutom komma att ta egna referenser. Våra eventuella egna erfarenheter av anbudsgivaren kommer att vägas in vid bedömningen.
(Anbudsutvärdering, 3.2. Kvalificeringsfas.)

Leverantören **skall** vid samtliga dyktillfällen medföra akutsjukvårdsutrustning inklusive syrgasbehållare med continuous-flow ventil och Hudsonmask samt halvautomatisk defibrillator och övervakningsenhet (puls, andning, blodtyck, och saturtion).
(Kravspecifikation, 4.4. p. 6, Krav på genomförandet av utbildningen).

Leverantören **skall** använda instruktörer och hjälpinstruktörer som har behörighet från behörig läkare att administrera syrgas vid olycksituationer eller akut sjukdom.
(Kravspecifikation, 4.2. p. 4, Krav på tillstånd och kompetens).

All utrustning som används **skall** uppfylla kraven för yrkesmässig vattendykning samt ha genomgått föreskriven revisionsbesiktning.
(Kravspecifikation, 4.3. p. 1, Krav på utrustning).

Av e-postmeddelande från Tesi Aschan vid enheten för juridik vid Socialstyrelsen daterat den 14 juli 2009 framgår bl.a. följande. En läkare kan inte delegera till någon utanför hälso- och sjukvården att utföra dennes arbetsuppgifter. I en upphandling kan visserligen ställas krav på önskvärd kompetens, men ett krav på att någon utanför hälso- och sjukvården ska ha ”behörighet från behörig läkare” torde inte vara möjligt att uppfylla inom ramarna för lagstiftningen. Socialstyrelsen har inte bemyndigande att föreskriva om läkemedelshantering utanför hälso- och sjukvården. Läkeme-

delsverket kan eventuellt ha synpunkter på privat hantering av olika läkemedel och dylikt.

Länsrätten gör följande bedömning.

Inledningsvis kan konstateras att kravet på dispens för att genomföra dykutbildning för personer under 18 år samt kravet på kollektivavtal eller motsvarande tagits bort ur förfrågningsunderlaget, varför länsrätten inte finner anledning att pröva ansökan i den delen.

Vidare har kravet på bassängdjup ändrats till 3,5 m, vilket krav uppfylls av den lokala bassängen, varför länsrätten finner att detta krav inte kan anses diskriminerande. Vad som anförts om tidpunkten för ändringen medför ingen annan bedömning.

Referenser

Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upphandlingen. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Frågan i målet är om kommunens skall-krav avseende referenter uppfyller LOU:s krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens. Bolaget har anført att det i förfrågningsunderlaget inte redovisats vilka erfarenheter som kommer att vägas in eller hur värderingen av referenserna kommer att genomföras.

Länsrätten noterar att kravet på uppgifter om minst två referensuppdrag med omfattning och innehåll som motsvarar utbildningsuppdraget hänförs till upphandlingens kvalificeringsfas. Av förfrågningsunderlaget framgår att utvärderingen av anbuderna kommer att ske enligt principen lägsta pris. Länsrätten konstaterar därför att det inte är kvaliteten på tidigare utförda uppdrag som efterfrågas i nämnda referenskrav, eftersom den upphandlande myndigheten inte kan ta hänsyn till något annat än anbudsgiva-

rens pris vid anbudsutvärderingen. Vid sådana förhållanden, när kravet endast syftar till att säkerställa att tidigare uppdrag av samma omfattning de facto utförts, finner länsrätten inte att förfrågningsunderlagets utformning brutit mot transparensprincipen eller någon annan av de gemenskapsrättsliga principerna som styr upphandlingsförfarandet. Det förhållande att kommunens egen erfarenhet av en leverantör kan användas innebär inte någon särbehandling då det inte är något krav att använda kommunen som referent. Med hänsyn härtill finner länsrätten inte att kommunen brutit mot LOU i detta avseende.

Behörighet från läkare att administrera syrgas

Vad gäller frågan om kravet på behörighet att administrera syrgas gör länsrätten följande bedömning. Proportionalitetsprincipen är en av de gemenskapsrättsliga principer som gäller vid offentliga upphandlingar. Principen innebär t.ex. att de krav en upphandlande myndighet ställer vid upphandlingen inte får gå utöver vad som är nödvändigt för den aktuella upphandlingen. Det måste således finnas ett rimligt förhållande mellan det eftersträvade målet och de krav som ställs. Målet med kommuns krav på att instruktörer och hjälpinstruktörer ska ha behörighet från behörig läkare att administrera syrgas vid olyckssituationer eller akut sjukdom är att minimera skador vid en eventuell olycka. Detta mål är i och för sig berättigat att ställa i en upphandling av aktuellt slag. Bolaget har dock anfört att delegation av syrgas endast krävs för akutsjukvård, räddningstjänst och ambulanser, att det inte finns några hinder för en dykare att ge en annan dykare syrgas samt att dykare (vilket torde avse bolagets instruktörer) genomgått relevant utbildning på området. Bolaget har också företett en skrivelse från Socialstyrelsen i vilken bekräftas att en läkare inte kan delegera till någon utanför hälso- och sjukvården att utföra dennes arbetsuppgifter samt att en upphandling visserligen kan ställa krav på önskvärd kompetens men att aktuellt delegationskrav inte torde vara möjligt att uppfylla inom ramarna för lagstiftningen. Mot bakgrund av vad som framkommit bedömer länsrät-

ten att kravet inte är proportionerligt för att uppnå det eftersträvade målet. Utredningen i målet visar enligt länsrätten också att kravet i praktiken inte går att uppfylla, vilket medför att kravet strider mot LOU. Eftersom denna brist i upphandlingen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och därmed inte kan rättas, måste upphandlingen göras om.

Akutsjukvårdsutrustning

Vad gäller kravet på akutsjukvårdsutrustning har kommunen anfört att det är viktigt att säkerheten prioriteras eftersom det är fråga om utbildning för minderåriga. Enligt proportionalitetsprincipen får – såsom anförts ovan – inte större krav ställas än vad som kan anses nödvändigt. Länsrätten bedömer härvid att kravet kan anses skäligt och är inte heller omöjligt att uppfylla för leverantörer. Förfrågningsunderlagets utformning i denna del kan alltså inte anses strida mot LOU.

Krav på dykutrustning och revisionsbesiktning

När det gäller frågan om skall-kravet att all dykutrustning som används ska uppfylla kraven för yrkesmässig vattendykning samt ha genomgått föreskriven revisionsbesiktning har bolaget anfört att kravet skulle vara onödigt. Kommunen har som stöd för kravets relevans anfört att elever är att betrakta som arbetstagare i arbetsmiljölagens mening och att samma krav ska gälla för utbildningen som för yrkesmässig vattendykning. Länsrätten har tidigare i domskälen redogjort för proportionalitetsprincipens innebörd. Bolaget har under skriftväxlingen företett ett beslut från Arbetsmiljöverket där en gymnasieskola beviljats tillstånd att med dispens från arbetsmiljölagens regler bedriva utbildning av rekreationsdykning. Länsrätten bedömer att det således inte råder något motsatsförhållande mellan att å ena sidan betrakta elever som arbetstagare och å andra sidan bedriva verksamheten som rekreationsdykning. Länsrätten bedömer att det under förevarande omständigheter är Ånge kommuns sak att visa att uppställda krav uppfyller kraven på proportionalitet. Vad som avses med revisionsbesiktning och hur

en sådan kan anses nödvändig för säkerheten framgår inte i målet. Med hänsyn till vad som framkommit i målet samt med beaktande av det föredda beslutet från Arbetsmiljöverket, finner länsrätten inte att kommunen visat att det aktuella kravet, inklusive det om revisionsbesiktning, är proportionerligt. Länsrätten bedömer således att kravet strider mot proportionalitetsprincipen och därmed även mot LOU. Eftersom även denna brist i upphandlingen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och därmed inte kan rättas, måste upphandlingen göras om även på denna grund.

När det gäller det som Harpun Scandinavia AB i övrigt anfört om påstådda brister i upphandlingen konstaterar länsrätten att en upphandlande myndighet generellt har en långtgående möjlighet att själv styra över vad som ska upphandlas och vilka krav som ska ställas, så länge kraven inte strider mot LOU:s principer. Länsrätten bedömer inte att vad Harpun Scandinavia AB i övrigt anfört i målet medför att Ånge kommun brutit mot LOU.

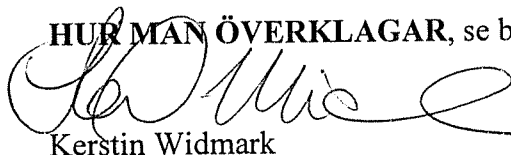
Länsrätten bedömer vidare att det är sannolikt att bolaget genom det sätt på vilket upphandlingsprocessen genomförs lidit skada. Bristerna kan inte rättas till på annat sätt än att upphandlingen görs om med borttagande av de villkor som redovisats ovan.

Länsrätten har den 17 juni 2009 beslutat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

DOMSLUT

Länsrätten beslutar att Ånge kommuns upphandling ska göras om med beaktande av vad som anförts om förfrågningsunderlagets utformning.

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



Kerstin Widmark



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga länsrättens beslut skall skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

Skrivelsen skall dock skickas eller lämnas till länsrätten.

Överklagandet skall ha kommit in till länsrätten **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 skall 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 länsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

Om prövningstillstånd inte meddelas står länsrättens 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 skall innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom skall 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 länsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av länsrättens 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 skall vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till länsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud skall denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.