

KLAGANDE

Airsonett AB, 556593-8775
Metallgatan 33
262 72 Ängelholm

Ombud: Jur.kand. Jessica Eijvergård och advokaten Olof Hallberg
Advokatfirman Lindahl KB
Box 1065
101 39 Stockholm

MOTPART

Landstinget i Kalmar län
Box 601
391 26 Kalmar

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Växjö:s dom den 9 juli 2010 i mål nr 2833-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten avslår överklagandet.

Kammarrätten upphäver det interimistiska förordnandet i beslutet den 19 juli 2010.

- Klaganden/ombudet
- Motparten/ombudet
- Skatteverket
- Länsstyrelsen
- Förvaltningsrätten
- Allmänna ombudet

Konkurrensverket

- För kännedom
- För verkställighet
- För delgivning

YRKANDEN M.M.

Airsonett AB (Airsonett) yrkar i första hand att kammarrätten, med ändring av förvaltningsrättens dom, beslutar att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse vidtagits, innebärande att en ny utvärdering ska genomföras varvid bolagets anbud ska upptas till utvärdering och bolaget tilldelas kontraktet. Airsonett yrkar i andra hand att kammarrätten beslutar att upphandlingen ska göras om.

Till stöd för förstahandsyrkandet anför Airsonett i huvudsak följande. Syftet med det uppställda kravet på mikrovävsduk, vilket är ett tekniskt krav, anges vara att skapa intakt nedåtriktad vertikal laminär luftströmning över operationsområdet. De av bolaget offererade laminärflödestaken är fullt likvärdiga sådana som bygger på mikrovävsduk. Detta har bolaget visat såväl i sitt anbud som i förvaltningsrätten. Bolagets anbud har inte heller betingat ett högre pris. Landstinget har varit skyldigt att acceptera den av bolaget offererade, fullt ut likvärdiga lösningen.

Till stöd för andrahandsyrkandet anför Airsonett i huvudsak följande. Att ställa som tekniskt krav att laminärflödestak ska ha mikrovävsduk är varken ändamålsenligt eller på annat sätt proportionerligt med hänsyn till vad upphandlingen avsett och vad syftet med denna har varit. Med kännedom om att andra lösningar/tekniker står till buds på marknaden måste kravet tvärtom anses oproportionerligt snävt. Några tekniska eller ekonomiska skäl till att kräva mikrovävsduk har inte funnits. Det förefaller ostridigt att mikrovävsduk inte är avgörande för takens prestanda. Inte heller har landstinget ställt kravet av estetiska skäl. Bolaget bestrider att det skulle vara tillåtet för en upphandlande myndighet att ta estetiska hänsyn när några sådana krav inte har framgått av förfrågningsunderlaget eller till detta senare gjorda tillägg. Genom att ställa krav på att anbudsgivarna måste offerera laminärflödestak uppbyggda med duk har bolaget

missgynnats medan anbudsgivare vars tak är uppbyggda med duk har gynnats.

Kravet på mikrovävsduk står i strid med de gemenskapsrättsliga principerna om transparens, proportionalitet och likabehandling.

Landstinget i Kalmar län (landstinget) yrkar i första hand att överklagandet avslås och i andra hand att upphandlingen ska göras om. Landstinget anför i huvudsak följande. Det är den upphandlande myndigheten som avgör vad som efterfrågas. Upphandlingen avsåg en allmän och vanligt förekommande s.k. utförandeentreprenad där landstinget specificerat visst utförandekrav som var tvunget att iakttas. Sedan löser anbudsgivarna själva hur den tekniska beskrivningens funktionskrav kan tillgodoses på ett så konkurrenskraftigt sätt som möjligt. Det åligger inte upphandlande myndighet att i förfrågningsunderlaget motivera varför ett visst skall-krav ställts.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

En upphandlande myndighet har betydande utrymme för skönsmässiga bedömningar i fråga om vilka krav och kriterier den vill ange i förfrågningsunderlaget som grund för sitt beslut att tilldela ett kontrakt. Förutsättningen är att kraven är proportionella och har anknytning till det som ska upphandlas samt att de inte är diskriminerande. Vid utvärderingen av anbuderna får den upphandlande myndigheten därefter inte ändra eller frånfalla uppställda krav eftersom ett sådant förfarande skulle bryta mot likabehandlingsprincipen och principen om transparens. Ett anbud som inte uppfyller förfrågningsunderlagets obligatoriska krav, s.k. skall-krav, ska följaktligen inte beaktas vid utvärderingen.

Av landstingets förfrågningsunderlag, administrativa föreskrifter –

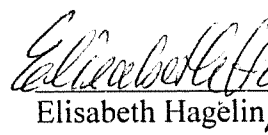
översiktlig information om objektet – framgår att objektet för upphandlingen avser leverans, montage, driftsättning m.m. av sterilluftsdon, s.k. laminärflödestak, vid länssjukhuset i Kalmar och Oskarshamns sjukhus. Av de tekniska föreskrifterna – tilluftsdon beskrivning tekniska krav – framgår bl.a. att donen ska bestå av och utföras enligt ett antal angivna punkter, bl.a. i form av lätt demonterbara ramar med transparent mikroväv i dubbla lager för skapande av intakt nedåtriktad vertikal laminär luftströmning. I ett förtydligande den 18 mars 2010 har landstinget angett att samtliga laminärflödestak ska vara med duk. Landstinget har därmed i förfrågningsunderlaget valt ett visst utförande av laminärflödestaken och har i förvaltningsrätten motiverat kravet med funktion, estetiska skäl och underlättad rengöring. En upphandlande myndighet kan enligt kammarrättens mening inte åläggas en skyldighet att i förfrågningsunderlaget motivera valet av utförande.

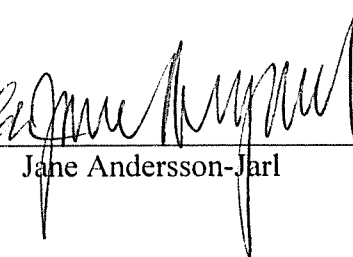
Airsonett har i sitt anbud erbjudit ett utförande i form av luftfördelare med luftduschar vilket således inte uppfyller det angivna kravet på mikrovävsduk. Då Airsonetts anbud inte levt upp till det ställda skalkravet har landstinget haft att förkasta anbudet.

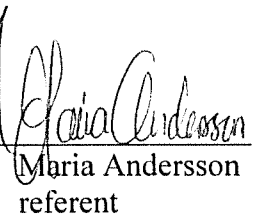
Det uppställda kravet på mikrovävsduk är enligt kammarrättens mening ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen. Kravet får anses vara både lämpligt och effektivt för att uppnå det eftersträvade syftet. Den negativa effekt som kravet kan antas ha för leverantörer som tillhandahåller ett annat utförande kan inte anses oproportionerligt. Kravet på utförande med duk kan inte heller anses strida mot likabehandlingsprincipen.

Sammanfattningsvis saknas grund för ingripande med stöd av LOU i anledning av de omständigheter som Airsonett åberopat. Överklagandet ska därför avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).


Elisabeth Hagelin


Jane Andersson-Jarl


Maria Andersson
referent



**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
Advokatfirman 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	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-868 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se	0470-369 50	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 ansökningsen. 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 förenliga 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-

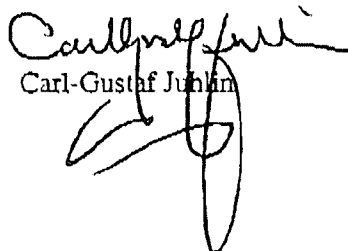
om kan konstateras att Airsonett angett i sitt anbud att de offererade en motsvarighet till duk.

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 kontraktets föremål 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. Ansökningsen 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 Junkin

HUR MAN ÖVERKLAGAR

Den som vill överklaga kammarrättens avgörande skall skriva till Regeringsrätten. Skrivelsen ställs alltså till Regeringsrätten *men skall skickas eller lämnas till kammarrätten.*

Överklagandet skall ha kommit in till kammarrätten *inom tre veckor* från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagande för det allmänna räknas dock från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagande infaller på en lördag, söndag eller helgdag, midsommar-, jul- eller nyårsafton, räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande skall kunna tas upp i Regeringsrätten fordras att *prövningstillstånd* meddelas. Regeringsrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att talan prövas eller om det föreligger synnerliga skäl till sådan prövning, såsom att grund för resning föreligger eller att målets utgång i kammarrätten uppenbarligen beror på grovt förbiseende eller grovt misstag.

Om prövningstillstånd inte meddelas står kammarrättens beslut fast. Det är därför viktigt att det klart och tydligt framgår av överklagandet till Regeringsrätten varför man anser att prövningstillstånd bör meddelas.

Skrivelsen med överklagande skall undertecknas av klaganden eller dennes ombud och inges i original samt innehålla;

1. den klagandes namn, personnummer/organisationsnummer, 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 Regeringsrätten
2. det beslut som överklagas med uppgift om kammarrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet
3. de skäl som klaganden vill åberopa för sin begäran om att få prövningstillstånd
4. den ändring av kammarrättens beslut som klaganden vill få till stånd och skälen härför
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.