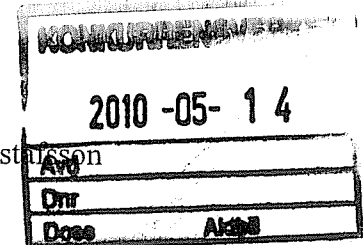




SÖKANDE

Oriola-KD Healthcare Aktiebolag, 556252-2317
Box 252
435 25 Mölnlycke

Ombud: Advokaten Roger Wier och jur.kand. Louise Gustafsson
Setterwalls Advokatbyrå
Box 112 35
404 25 Göteborg



MOTPARTER

1. Arvidsjaur kommun
933 81 Arvidsjaur

2. Luleå kommun
971 85 Luleå

3. Piteå kommun
941 85 Piteå

4. Älvsbyns kommun
942 85 Älvsbyn

Ombud för 1-4: Kommunjuristen i Luleå kommun Inger Fältros-Lundgren

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökan om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 26 februari 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 2992

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 849	Skeppsbrogatan	0920-29 54 90	0920-29 54 98	måndag – fredag
971 26 Luleå	41	E-post: forvaltningsrattenilulea@dom.se		09:00-12:00
		www.dom.se		13:00-16:00

YRKANDEN M.M.

Luleå, Piteå, Älvsbyns och Arvidsjaurs kommun (nedan kommunerna) har upphandlat "Inkontinensartiklar 2010". Enligt tilldelningsbesked den 18 februari 2010 har kommunerna beslutat att tilldela OneMed Sverige AB kontraktet.

Oriola-KD Healthcare Aktiebolag (Oriola) har ansökt om överprövning och yrkat i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse har gjorts och i andra hand att upphandlingen skall göras om. Oriola har vidare yrkat att upphandlingen inte får avslutas innan något annat har beslutats.

Kommunerna har motsatt sig ansökan. För det fall förvaltningsrätten skulle anse att upphandlingen står i strid med LOU på ett sådant sätt att förfarandet inte kan godtas har kommunerna yrkat att upphandlingen skall göras om.

Den 26 februari 2010 beslutade förvaltningsrätten att aktuell upphandling inte får avslutas innan förvaltningsrätten beslutat något annat.

GRUNDER M.M.

Oriola

Som grund för sin ansökan har Oriola anfört bl.a. följande. Oriolas anbud uppfyller samtliga i upphandlingen ställda skall-krav. Kommunerna har i strid med LOU förkastat Oriolas anbud. För det fall kommunernas beslut att förkasta Oriolas anbud anses korrekt brister förfrågningsunderlaget och upphandlingen i kravet på transparens då kommunerna inte tydligt har an-

gett i förfrågningsunderlaget vad kommunerna tillmäter särskild betydelse. Vidare strider förfrågningsunderlaget mot LOU då kommunerna har angett referensprodukter med hänvisning till varumärke, typ och ursprung trots att det varit fullt möjligt att beskriva respektive produkt genom en teknisk specifikation i allmänna ordalag. Kommunerna har således brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Vid en korrekt anbudsprövning hade kommunerna antagit Oriolas anbud. Oriolas skada består således i den vinst bolaget hade gjort om upphandlingen hade tilldelats Oriola.

Som skäl för uteslutande av Oriolas anbud har kommunerna angett att det i förfrågningsunderlaget står att anbud skall lämnas på minst 97 procent av omfattningen. Totalt antal positioner är 255. Kommunerna har angett att eftersom Oriola har offererat 22 produkter som inte är likvärdiga angivna referensprodukter så innebär det att Oriola inte har lämnat anbud på minst 97 procent av omfattningen. Oriola har därför inte gått vidare till utvärderingsfasen. Hur den totala omfattningen av upphandlingen skall beräknas anges inte närmare i förfrågningsunderlaget. Av utvärderingsprotokollet framgår dock att kommunerna valt att beräkna omfattningen utifrån totalt antal positioner eller produkter, nämligen 255 st. Av minnesanteckningar från möte med kommunernas Inko-grupp den 3 februari 2010 framgår enligt Oriola att kommunerna felaktigt uteslutit 22 av bolagets offererade produkter trots att dessa produkter uppfyller samtliga skall-krav och är likvärdiga med referensprodukterna. Oriola har därför felaktigt uteslutits från upphandlingen.

I kommunernas prislista beskrivs produkterna på positionerna 21, 22 och 23 som byxa inkontinens för fixering med ben i storlekarna s/m, l, xl och xxl, för flertal tvättar (cirka 100). Som referensprodukt har kommunerna angett "Tena Fix Cotton Special". Oriola har i sitt anbud angett produkten Abri-Fix Pants Super i storlekarna S, M och L. Kommunerna har i minnes-

anteckningarna angående Oriolas anbud under positionerna 21-23 angett att ”Referensprodukterna innehåller 71 procent bomull. Oriola har offererat produkter som innehåller 97 procent polyester.” I kravspecifikationen anges inte att produkten skall vara tillverkad av bomull. Kommunerna har således i efterhand infört ett krav på viss bomullshalt som inte framgår av förfrågningsunderlaget. Då det inte finns något krav på särskilt tillverkningsmaterial i förfrågningsunderlaget avseende de aktuella produkterna innebär den omständigheten att kommunerna rest ytterligare krav i kvalificeringen som inte angivits i förfrågningsunderlaget ett brott mot principerna om förutsebarhet och transparens i LOU. De av Oriola offererade produkterna uppfyller samtliga de skall-krav som ställts upp för den aktuella produktkategorin och de är funktionsmässigt jämförbara med referensprodukterna. De skall således räknas som likvärdiga produkter.

I kommunernas prislista beskrivs produkterna på positionerna 64 och 81 som ”inkontinensskydd allt-i-ett” i storlekarna x-small och medium. I minnesanteckningarna avseende dessa positioner anger kommunerna att referensprodukten inte är andningsbar till skillnad från de produkter som Oriola har offererat vilka är andningsbara. Det framgår varken av kravspecifikationen eller av prislistan för den avsedda produktkategorin att produkten inte skall eller får vara andningsbar. De produkter som Oriola har offererat uppfyller de skall-krav som kravspecifikationen anger för den relevanta produktkategorin och motsvarar funktionen hos de angivna referensprodukterna. Produkterna ger högre komfort då spärrskiktet är andningsbart. Kommunerna måste acceptera en produkt som uppfyller samma eller högre standard som en angiven referensprodukt. Kommunerna har således i strid med LOU uteslutit de av Oriola offererade produkterna som icke likvärdiga.

I prislistan beskrivs produkterna på positionerna 66-67, 77, 82 och 120 som "inkontinensskydd allt-i-ett" i storlekarna small, medium och large. Som referensprodukter har kommunerna angett produkten "Tena Slip Maxi andningsbar", "Tena Slip Super andningsbar", "Tena Slip Plus andningsbar", "Tena Slip Maxi andningsbar" och "Tena Flex Plus andningsbar". I minnesanteckningarna avseende dessa positioner har kommunerna angett att referensprodukterna har en textilliknande, andningsbar baksida som ventilerar ut värme och fukt. De produkter som Oriola har offererat; Molicare Super, Molicare Maxi, Molicare Extra och Moliflex M har enligt kommunerna endast luftgenomsläppliga vingar och anses inte som likvärdiga referensprodukterna. Avseende produkten Moliflex M har kommunerna angett att denna inte är andningsbar enligt produktblad. Vid kontroll med leverantören har Oriola dock fått besked om att produkten uppfyller de efterfrågade kraven och att produkten är andningsbar. Av kravspecifikationen framgår inte att produkten skall vara andningsbar. Inte heller i komplettering med frågor och svar framgår att det finns något skall-krav på att produkten skall vara andningsbar eller i sådana fall var produkten skall vara andningsbar. De av Oriola offererade produkterna är likvärdiga med referensprodukterna då de är andningsbara och andas via vingarna.

I prislistan beskrivs produkterna på positionerna 98-99 och 122 som "inkontinensskydd allt-i-ett" byxa samt bälte i storlekarna medium och large. Som referensprodukter har kommunerna angett "Tena Pants Plus andningsbar" samt "Tena Flex Plus andningsbar". För respektive referensprodukt har kommunerna angett ett spann i ml avseende produktens absorptionskapacitet. Oriola har offererat produkter som har en högre absorptionskapacitet är referensprodukterna. Detta följer av de noteringar som kommunerna gjort i minnesanteckningarna för respektive position. Kommunerna måste acceptera produkter som Oriola offererat eftersom de uppfyller den minimistandard som angiven referensprodukt har. Att produk-

terna håller en högre standard innebär inte att de inte är likvärdiga. Kommunerna har således i strid med LOU uteslutit de av Oriola offererade produkterna som icke likvärdiga.

Trots att kommunerna i förfrågningsunderlaget angett att samma artikelnummer inte får offereras på flera olika positionsnummer så har kommunerna genom förtydligande till reviderad prisbilaga angett ytterligare en referensprodukt förutom den tidigare angivna på positionerna 156 och 166. Kommunerna har i strid med förfrågningsunderlaget och dess instruktioner för anbudsgivarna angett två referensprodukter för dessa positioner. Oriola angav i sitt anbud, i enlighet med förfrågningsunderlagets instruktioner, en referensprodukt under vardera position nr 156 respektive position nr 166. Kommunerna har via e-post den 29 januari 2010, dvs. efter det att anbudstiden gått ut, ställt en fråga till Oriola, bl.a. med anledning av positionerna 156 och 166. Som svar på frågan har Oriola den 1 februari 2010 enligt kommunernas önskemål angett två produkter under position 156 respektive position 166. Av de minnesanteckningar som upprättats av Inko-gruppen den 3 februari 2010 framgår dock att kommunerna ansett att Oriola har offererat samma produkt på båda referensprodukterna avseende position 156 och 166. För det fall kommunernas beslut att utesluta Oriolas anbud avseende position 156 och 166 anses korrekt är Oriola av uppfattningen att kommunernas komplettering av prisbilagan strider mot förfrågningsunderlaget och även mot principerna om förutsägbarhet och transparens i LOU. Upphandlingen brister i kravet på transparens då kommunerna inte har tydligt angett vad kommunerna tillmäter särskild betydelse. Oriola har gett en anbud som uppfyller kraven i förfrågningsunderlaget och som utgör en likvärdig produkt avseende de aktuella positionerna.

I prisbilagan beskrivs positionerna 195-196 som ”kateter tappn. LoFric”. Av kravspecifikationen i förfrågningsunderlaget framgår gällande produkt-

kategoriin ”Tappningskateter” bl.a. att produkten skall ha låg friktion och att om kateterna har en glidbeläggning skall denna kvarstå såväl vid införande som borttagande. I minnesanteckningarna avseende de aktuella positionerna anger kommunerna att referensprodukten är med glidmedel och att Oriola offererat produkter utan glidmedel vilket gör att bolagets produkter inte anses likvärdiga. Den tappningskateter som Oriola har offererat i sitt anbud uppfyller de ställda skall-kraven i förfrågningsunderlaget. Det finns inte krav varken i produktspecifikationen för referensprodukten eller i förfrågningsunderlaget på att kateterna skall ha glidmedel. De av bolaget offererade produkterna under dessa positioner kan således inte uteslutas som icke likvärdiga.

Kommunerna har angett referensprodukter. Oriola anser att förfrågningsunderlaget står i strid med 6 kap. 4 § LOU då det självfallet inte är omöjligt att beskriva respektive artikel genom en allmän teknisk specifikation.

Kommunerna

I anbudspecifikationen har kommunerna beskrivit vilka produkter som efterfrågas. Därtill finns en produktspecifikation som referens samt angivet att anbudsgivarna är välkomna att lämna anbud på likvärdiga produkter under förutsättning att de även uppfyller angivna skall-krav. Enligt kommunernas uppfattning innebär förfaringssättet att det är enklare för anbudsgivarna att förstå vilken typ av produkt som efterfrågas. Förfaringssättet är även förenligt med bestämmelserna i LOU eftersom det inte har inneburit att ett visst företag har gynnats eller missgynnats. Oriola har inte heller påstått detta.

Kommunerna har vid utvärderingen uteslutit 22 av Oriola offererade produkter med anledning av att kommunerna bedömt dessa produkter som

icke likvärdiga de som efterfrågats. Det innebär att Oriola inte uppfyllt kravet att anbud skall lämnas på minst 97 procent av omfattningen. Oriola har i ansökan om överprövning anfört att kommunerna felaktigt uteslutit produkter som enligt bolagets uppfattning är likvärdiga. Bolaget har därvid gjort en genomgång av dessa produkter. Bolaget har däremot inte gjort någon invändning mot fem av de produkter som kommunerna uteslutit. Dessa avser positionerna 55, 57, 60, 61 och 113. Kommunerna utgår därmed från att det är ostridigt att de offererade produkterna på dessa positioner inte uppfyllt de krav som ställts i förfrågan. Vad avser övriga 17 produkter som kommunerna bedömt som icke likvärdiga hänvisas till bilaga 5 till Oriolas ansökan samt till följande kommentarer.

Positionerna 21-23. I produktspecifikationen anges "Cotton Special" vilket är en produkt bestående av 71 procent bomull, medan de offererade produkterna innehåller 97 procent polyester. Kommunerna anser att skillnaden i materialet innebär att dessa produkter inte kan anses vara likvärdiga.

Positionerna 64, 81, 98-99 och 122. Oriola har ansett att de offererade produkterna har samma eller högre standard än vad som efterfrågats och att kommunerna måste acceptera detta. Kommunerna anser att produkterna inte är likvärdiga det som efterfrågats. De produkter Oriola offererat har kommunerna istället efterfrågat på andra positioner än de nu aktuella.

Positionerna 66-67, 77, 82 och 120. De produkter som kommunerna efterfrågat skall vara andningsbara. De offererade produkterna har enbart luftgenomsläppliga vingar, vilket inte är det samma som att hela produkten är andningsbar. Anbudet kan därmed inte accepteras som likvärdiga.

Positionerna 156 och 166. Kommunerna upptäckte under anbudstiden att bl.a. två produkter saknades i förfrågningsunderlaget. Prisbilagan revideras

des därför den 15 december 2009. Produkternas positionsnummer i specifikationen numrerades emellertid inte om, varför det finns två olika produkter angivna på position 156 och 166. Enligt kommunernas uppfattning har detta förhållande inte inneburit att anbudsgivarna missförstått vilka produkter som efterfrågats. Oriola har, förmodligen av misstag, i anbudet offererat samma produkt på positionerna. Det förhållandet att Oriola efter anbudstidens utgång korrigerat sitt anbud innebär en otillåten ändring som strider mot LOU:s bestämmelser och som kommunerna därmed inte får beakta.

Positionerna 195-196. Anbudet saknar glidmedel vilket innebär att produkten inte är likvärdig med referensprodukten.

Kommunerna konstaterar därmed sammanfattningsvis att bolaget godtagit att fem av produkterna inte är likvärdiga (position 55, 57, 60, 61 och 113). Om därutöver minst tre övriga produkter kan konstateras inte uppfylla de krav som ställts medför det att kravet på att anbud skall lämnas på minst 97 procent av omfattningen inte är uppfyllt och att kommunerna därmed inte har rätt att godkänna anbudet. Det finns i sådana fall inte möjlighet att låta Oriolas anbud gå vidare till utvärderingsfasen. Kommunerna anser, som redovisats ovan, att det är korrekt att utesluta även övriga 17 produkter.

För det fall förvaltningsrätten skulle bedöma att kommunerna felaktigt uteslutit någon eller några av de offererade produkterna anser kommunerna att det i vart fall står helt klart att Oriolas anbud inte når upp till kravet 97 procent.

Om förvaltningsrätten trots detta skulle anse att upphandlingen strider mot LOU på ett sådant sätt att förfarandet inte kan godtas anser kommunerna att utvärderingen inte kan rättas utan att upphandlingen istället måste göras

om. Upphandlingen skulle i annat fall innebära att kommunerna inte erhåller de varor som verksamheterna efterfrågar.

Oriola

Det faktum att kommunerna vid utvärdering i flera fall lagt vikt vid referensprodukternas egenskaper och namn vad gäller exempelvis krav på visst material trots att dessa egenskaper inte utgjort uttryckliga skall-krav i förfrågningsunderlagets kravspecifikation, visar att Oriola missgynnats till följd av att bolaget inte offererat produkter av samma varumärke och typ som referensprodukterna.

Positionerna 64, 81, 98-99 och 122 erbjuder en något högre standard än de efterfrågade. Detta förhållande förefaller vara ostridigt och produkterna skulle rätteligen ha kvalificerats i upphandlingen.

Positionerna 66-67, 77, 82 och 120. Det finns inte angett i förfrågningsunderlagets kravspecifikation att ifrågavarande produkter skall vara andningsbara. De produkter som Oriola har offererat på de aktuella positionerna är andningsbara genom vingarna. Att kommunerna infört ett krav på andningsbarhet genom att baksidan av produkterna ventilerar ut värme och fukt framgår inte av förfrågningsunderlaget. Kravet är således infört i efterhand.

Positionerna 195-196. Det finns inget krav i förfrågningsunderlaget att ifrågavarande produkter skall vara med glidmedel. I kravspecifikationen anges endast att om kateterna har en glidbeläggning skall denna kvarstå såväl vid införande som borttagande. Kommunerna har således infört ett krav på detta i efterhand som inte framgår av förfrågningsunderlaget.

Positionerna 156-166. Oriola angav i sitt anbud, i enlighet med förfrågningsunderlagets instruktioner, en referensprodukt under vardera position nr 156 respektive position 166. Det är inte tillåtet för en upphandlande myndighet att acceptera alternativa anbud när det är fråga om en upphandling som avgörs genom utvärderingssgrunden ”lägsta pris”. Hade Oriola angett två olika produkter under samma position hade detta varit att anse som ett anbud med alternativa utföranden, dvs. alternativa anbud. Det var därför svårt för anbudsgivarna att veta hur de skulle agera när kommunerna genom ett otydligt förtydligande av prisbilagan angav två olika referensprodukter under ett och samma positionsnummer. Avsåg kommunerna att anbudsgivarna skulle offerera två olika produkter under en och samma position eller avsåg kommunerna endast att vägleda anbudsgivarna till vad som kan utgöra en likvärdig produkt genom att ange två olika förslag. Det förtydligande kommunerna har skickat ut i upphandlingen var otydligt och det framgick inte vad kommunerna avsåg. Oriola vidhåller att upphandlingen och förfrågningsunderlaget brister i transparens och förutsägbarhet bl.a. till följs av kommunernas revidering av prisbilagan.

Kommunerna

Av prisbilagan framgår tydligt vilka artiklar som efterfrågas och att anbud kan lämnas på likvärdiga produkter till de produktspecifikationer som är omnämnda. Båda anbudsgivarna i den aktuella upphandlingen är också fullsortimentgrossister och har möjlighet att leverera alla produkter som efterfrågas utan att det missgynnar eller gynnar någon av leverantörerna.

Kravet på likvärdighet innebär att produktens egenskaper och funktion skall vara densamma. Sådana anbud har också godtagits på flera av positionerna när det av produktbladen framgått att produkten varit likvärdig. Däremot kan andningsbarheten av en produkt som anbart har andningsbara

vingar inte bedömas som likvärdig med en produkt där hela varan är andningsbar eftersom produkten då får andra egenskaper.

Den revidering av prisbilagan som kommunerna tidigare redogjort för innebär att en helt ny prisbilaga skickades ut föra att det inte skulle råda några oklarheter om hur bilagan skulle se ut efter revideringen. Till denna bifogades också ett förtydligande där det angavs vilka förändringar som gjorts. I syfte att kunna behålla de ursprungliga positionsnumren så långt som möjligt gjordes ingen ny numrering utan istället fick två produkter samma numrering. Det hade visserligen varit än tydligare om dessa produkter fått beteckningar a och b eller liknande, men av produktspecifikationen framgår tydligt att det är fråga om två skilda produkter. Underlaget kan därmed inte anses som så otydligt att det inte skulle vara godtagbart enligt bestämmelserna i LOU.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

1.2 Prisbilaga

Leverantören skall lämna priser i kommunens prisbilaga. Samma artikelnummer får inte offereras på flera olika positionsnummer.

1.7 Prövning av anbud

Inkomna anbud kommer att utvärderas i tre steg – uteslutningsfasen, kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen.

Steg 1 - Uteslutningsfasen

Inkomna anbud kommer att granskas i enlighet med 10 kap. 1 § LOU

Steg 2 – Kvalificeringsfasen

Leverantören skall uppfylla kommunens ställda skall-krav.
Leverantören skall bifoga ifylld leverantörsinformation.
Leverantören skall inneha F-skattsedel.

Steg 3 - Utvärderingsfasen

I utvärderingsfasen utvärderas de anbud som gått vidare från steg 1 och steg 2.

Prövningen kommer att ske enligt principen ”lägsta pris”. Bedömningen kommer att ske utifrån leverantörens skriftliga redogörelser i anbudet.

2.3 Omfattning

Omfattningen gäller Luleå, Piteå, Älvsbyn och Arvidsjaur kommuners behov av inkontinensartiklar. Detaljerat behov och omfattning framgår av Prisbilaga. Anbud skall lämnas på minst 97 procent av omfattningen.

I förfrågningsunderlagets prisbilaga/anbudsspecifikation anges bl.a. följande. Angivna fabrikat/produktnamn är enbart tänkta som referens. Anbudsgivarna är välkomna att lämna anbud på likvärdiga produkter under förutsättning att de även uppfyller angivna skallkrav. Dessa produkter skall vara tydligt markerade i anbudet. I prisbilagan anges bl.a. Position, Beskrivning, Produktspecifikation och producentens artikelnummer. Under rubriken Produktspecifikation har kommunerna angett referensprodukt.

Därtill finns en särskilt kravspecifikation där kommunerna angett skallkrav för olika produktkategorier.

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER M.M.

(såvida dessa inte tas upp särskilt under skälen för avgörandet)

I 1 kap. 9 § LOU anges principerna för offentlig upphandling. Upphandlande myndigheter skall behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar skall vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Enligt 16 kap. 1 § första stycket LOU får en leverantör som anser sig ha lidit eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt nämnda paragraf. Enligt tredje stycket får en ansökan inte prövas efter den tidpunkt då det finns ett kontrakt. Den får dock prövas till dess att tio dagar gått från det att 1. den upphandlande myndigheten lämnat underrättelse enligt 9 kap. 9 § till anbudssökandena eller anbudsgivarna, eller 2. rätten, om den har fattat ett interimistiskt beslut, upphävt det beslutet.

Av 16 kap. 2 § LOU framgår att rätten skall besluta att upphandlingen skall göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse 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 lidit eller kan komma att lida skada.

SKÅLEN FÖR AVGÖRANDET

Tekniska specifikationer m.m.

Enligt 6 kap. 4 § LOU får de tekniska specifikationerna inte innehålla uppgifter om ursprung, tillverkning eller särskilt framställningssätt eller hänvisningar till varumärke, patent, typ, ursprung eller tillverkning, om detta leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas. Sådana uppgifter och hänvisningar får dock förekomma i specifikationerna, om det annars inte är möjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. En sådan uppgift eller hänvisning skall följas av orden "eller likvärdigt".

Av utredningen i målet framgår att kommunerna har hänvisat till ex. At-tends Stretch fit och Tena Fix i prisbilagan på ett sätt som, enligt förvaltningsrättens bedömning, leder till att vissa företag gynnas eller missgynnas.

För att en hänvisning till visst varumärke m.m. skall vara tillåten skall det i princip vara objektivt omöjligt att beskriva föremålet för upphandlingen tillräckligt preciserat och begripligt. Enligt förvaltningsrättens mening har kommunerna inte visat att detta krav är uppfyllt i aktuellt fall. Förvalt-

ningsrätten finner därför att Kommunerna brutit mot regeln om tekniska specifikationer i 6 kap. 4 § LOU.

Då kommunerna även angett att likvärdiga produkter accepteras under förutsättning att de uppfyller skall-kraven kan dock förvaltningsrätten inte se att hänvisningen i sig medfört att Oriola lidit eller riskerat att lida skada på grund av hänvisningen.

I detta sammanhang kan även nämnas att bevisbördan för att en produkt är likvärdig ligger på anbudsgivaren.

Positionerna 21, 22 och 23

I kommunernas reviderade prisbilaga anges att positionerna 21, 22 och 23 utgörs av byxa inkontinens för fixering med ben s/m, l/xl och xxl, flertal tvättar (ca 100).

Vad gäller frågan om kraven på produkterna framgår av förfrågningsunderlaget gör förvaltningsrätten följande överväganden.

I förfrågningsunderlaget hänvisar kommunerna till prisbilagan för sitt detaljerade behov och omfattning. I prisbilagan hänvisas i sin tur till en referens som produktspecifikation för respektive position. Detta får uppfattas så att kommunerna efterfrågat en produkt med de specifikationer som referensprodukten har. Det ligger i sakens natur att en produkt som inte motsvarar vad som efterfrågats inte kan accepteras. Förvaltningsrätten anser vidare att kravspecifikationen inte kan läsas för sig utan måste ses i ljuset av de specifikationer som referensprodukten har.

För de nu aktuella positionerna har kommunerna angett referensprodukten Tena Fix "Cotton" Special. Det har inte framkommit annat än att uppgiften att den innehåller 71 procent bomull varit tillgänglig för anbudsgivarna på ett eller annat sätt ex. via producentens artikelnummer. Att kommunerna frågat efter en produkt med bomull anser förvaltningsrätten tämligen tydligt. Såvitt förvaltningsrätten kan bedöma framgår det därför med tillräcklig tydlighet av förfrågningsunderlaget och därtill hörande handlingar vad kommunerna efterfrågat.

Vad gäller frågan om likvärdighet så innehåller Tena Fix Cotton Special som nämnts 71 procent bomull medan de produkter som Oriola offererat innehåller 97 procent polyester. Polyester och bomull är två olika tillverkningsmaterial. Kommunerna har hävdatt att produkterna därför inte är likvärdiga. Oriola har hävdatt motsatsen men inte bifogat någon utredning som stödjer detta. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att Oriola inte har visat att en produkt som består av 97 procent polyester motsvarar eller är likvärdig en produkt som till största delen består av bomull. Kommunerna har således inte gjort fel som uteslutit positionerna 21, 22 och 23 i Oriolas anbud.

Av vad Oriola har anfört i denna del kan således förvaltningsrätten inte dra slutsatsen att kommunerna brutit mot LOU och unionsrätten. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

Positionerna 64 och 81

I kommunernas reviderade prisbilaga anges att positionerna 64 och 81 utgörs av inkontinensskydd allt-i-ett x-small, ISO 500-699 ml, respektive inkontinensskydd allt-i-ett medium, ISO 900-1199 ml.

Vad gäller frågan om kraven på produkterna framgår av förfrågningsunderlaget hänvisar förvaltningsrätten till den bedömning den gjort under positionerna 21, 22 och 23 med den förändringen att kommunerna för de nu aktuella positionerna har angett referensprodukter som inte är andningsbara, Moli-Care och MoliCare Super 2. Det har inte framkommit annat än att denna uppgift funnits tillgänglig för anbudsgivarna på ett eller annat sätt ex. via producentens artikelnummer. Enligt förvaltningsrätten har det inte visats att det inte med tillräcklig tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget med tillhörande handlingar att kommunerna efterfrågat en icke andningsbar produkt.

Förvaltningsrätten håller med om att en upphandlande myndighet måste acceptera en produkt som uppfyller vad som efterfrågas och mer därtill. Kommunerna har dock som sagt efterfrågat en icke andningsbar produkt men blivit erbjuden en produkt som saknar den egenskaper (om man nu kan uttrycka det så). Kommunerna har hävdats att produkterna inte är likvärdiga och att de har efterfrågat andningsbara produkter på andra positioner. Oriola har hävdats motsatsen vad gäller likvärdighet men inte bifogat någon utredning som stödjer detta. Spontant kan man kanske tycka att en andningsbar produkt måste vara bättre än en produkt som inte är det. Det kan dock inte uteslutas att icke andningsbara produkter är att föredra i vissa situationer. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att Oriola inte har visat att en produkt som är andningsbar motsvarar eller är likvärdig en produkt som inte är andningsbar. Kommunerna har således inte gjort fel som uteslutit positionerna 64 och 81 i Oriolas anbud.

Av vad Oriola har anfört i denna del kan förvaltningsrätten således inte dra slutsatsen att kommunerna brutit mot LOU och unionsrätten. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

Positionerna 98, 99 och 122

I kommunernas reviderade prisbilaga anges att position 98, 99 och 122 utgörs av inkontinensskydd allt-i-ett byxa medium ISO 400-499 ml, inkontinensskydd allt-i-ett byxa large ISO 400-499 ml och inkontinensskydd allt-i-ett med bälte large ISO 500-699 ml. Under rubriken produktspecifikation anges Tena Pants Plus andningsbar och Tena Flex Plus andningsbar.

Av kommunernas minnesanteckningar från möte med Inko-gruppen den 3 februari 2010 framgår att skälet för att kommunerna inte godkände de av Oriola offererade produkterna är att de har en högre absorptionskapacitet än vad som efterfrågats.

Som tidigare nämnts håller förvaltningsrätten med om att en upphandlande myndighet måste acceptera en produkt som uppfyller vad som efterfrågas och mer därtill. Med hänsyn härtill, och då annat inte har framkommit, finner förvaltningsrätten visat att kommunerna har brutit mot LOU genom att utesluta de offererade produkterna på nu aktuella positioner enbart av det skälet att produkterna kan absorbera mer. Eventuell följd härav kommer förvaltningsrätten att beröra nedan under rubriken 97 procent av omfattningen.

Positionerna 66, 67, 77, 82 och 120

I kommunernas reviderade prisbilaga anges att position 66, 67, 77, 82 och 120 utgörs av inkontinensskydd allt-i-ett small, ISO 500-699 ml, inkontinensskydd allt-i-ett large ISO 700-899 ml, inkontinensskydd allt-i-ett medium ISO 900-1199 ml samt inkontinensskydd allt-i-ett med bälte medium ISO 500-699 ml. Under rubriken produktspecifikation anges Tena Slip

Maxi andningsbar, Tema Slip Super andningsbar, Tena Slip Plus andningsbar, Tena Slip Maxi andningsbar och Tena Flex Plus andningsbar.

Vad gäller frågan om kraven på produkterna framgår av förfrågningsunderlaget hänvisar förvaltningsrätten till den bedömning den gjort under positionerna 21, 22 och 23 med den förändringen att kommunerna för de nu aktuella positionerna har angett referensprodukter som har en andningsbar baksida eller spärrskikt. Det har inte framkommit annat än att denna uppgift funnits tillgänglig för anbudsgivarna på ett eller annat sätt ex. via producentens artikelnummer. Kommunerna har också skrivit ”andningsbar” i prislistan. Enligt förvaltningsrätten framgår det därför med tillräcklig tydlighet av förfrågningsunderlaget med tillhörande handlingar att kommunerna efterfrågat en produkt som är andningsbar och att den ska vara det i form av en andningsbar baksida eller spärrskikt.

Frågan är då om en produkt med luftgenomsläppliga vingar är likvärdig med en produkt som har ett andningsbart spärrskikt/baksida. Kommunerna har hävdats att så inte är fallet. Oriola har hävdats motsatsen men inte bifogat någon utredning som stödjer detta. Vad gäller offererad produkt på position 120 har Oriola inte visat att produkten överhuvudtaget är andningsbar. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att Oriola inte har visat att de produkter bolaget offererat är likvärdiga med referensprodukterna. Det var därför inte fel av kommunerna att utesluta aktuella positioner i Oriolas anbud.

Av vad Oriola har anfört i denna del kan således förvaltningsrätten inte dra slutsatsen att kommunerna brutit mot LOU och unionsrätten. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

Positionerna 156 och 166

I kommunernas reviderade prisbilaga anges att position 156 och 166 utgörs av inkontinensskydd fixering i byxa ISO 300-599 ml och inkontinensskydd fixering i byxa ISO 600-999 ml.

I förtydligande till reviderad prisbilaga har kommunerna ändrat prisbilagan på så sätt att det finns två position 156 men med olika referensprodukter och två position 166 men med olika referensprodukter.

Förvaltningsrätten har svårt att se hur en anbudsgivare skulle kunna missförstå prisbilagan med det tillägg som gjorts då referensprodukterna är olika. Helt uteslutet är det dock kanske inte.

Oavsett om förfrågningsunderlaget varit transparent i denna del eller inte anser dock förvaltningsrätten att det inte är förenligt med förfrågningsunderlaget att bortse från positionerna 156 och 166 i Oriolas anbud. Punkt 1.2 i förfrågningsunderlaget anger nämligen att samma artikelnummer inte får offereras på flera olika positionsnummer. Oriola har, vilket är skälet till att kommunerna bortsett från dessa positioner i anbudet, offererat samma artikelnummer på båda position 156 och samma artikelnummer på båda position 166. Positionsnumren är dock inte olika (kommunerna har ju använt samma positionsnummer). Mot denna bakgrund, och då kommunerna inte gjort gällande att de offererade produkterna inte är likvärdiga, anser förvaltningsrätten att kommunerna brutit mot LOU när de bortsett från dessa positioner i Oriolas anbud. Med hänsyn till det slut förvaltningsrätten kommit till vad avser övriga positioner saknar dock detta betydelse för utgången i målet, se nedan under rubriken 97 procent av omfattningen.

Positionerna 195 och 196

I kommunernas reviderade prisbilaga anges att position 195 och 196 utgörs av kateter tappn LoFric. Under rubriken produktspecifikation anges ch 12 20 cm PVC Nelaton respektive ch 12 40 cm PVC Nelaton.

Vad gäller frågan om kraven på produkterna framgår av förfrågningsunderlaget hänvisar förvaltningsrätten till den bedömning den gjort under positionerna 21, 22 och 23 med den förändringen att kommunerna för de nu aktuella positionerna har angett referensprodukter med glidmedel. Det har inte framkommit annat än att denna uppgift funnits tillgänglig för anbudsgivarna på ett eller annat sätt ex. via producentens artikelnummer. I kravspecifikationen anges visserligen att produkten skall ha låg friktion och att om katetern har en ”glidbeläggning” skall denna kvarstå såväl vid införandet som vid borttagandet. Som förvaltningsrätten uttalat ovan kan dock kravspecifikationen inte läsas för sig utan måste ses i ljuset av de specifikationer som referensprodukten har, dvs. om referensprodukten har glidmedel skall detta kvarstå såväl vid införande som vid borttagande. Enligt förvaltningsrätten har Oriola inte visat att det inte med tillräcklig tydlighet framgår av förfrågningsunderlaget med tillhörande handlingar att kommunerna efterfrågat en produkt med glidmedel.

Frågan är då om en produkt utan glidmedel är likvärdig en med glidmedel. Kommunerna har hävdats att så inte är fallet. Oriola har hävdats motsatsen men inte bifogat någon utredning som stödjer detta. Vid en sammantagen bedömning anser förvaltningsrätten att Oriola inte har visat att de produkter bolaget offererat är likvärdiga med referensprodukterna. Det var därför inte fel av kommunerna att utesluta aktuella positioner i Oriolas anbud.

Av vad Oriola har anfört i denna del kan således förvaltningsrätten inte dra slutsatsen att kommunerna brutit mot LOU och unionsrätten. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därför inte.

97 procent av omfattningen

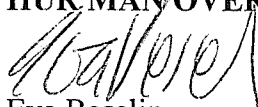
Enligt förfrågningsunderlaget punkt 2.3 skall anbud lämnas på minst 97 procent av omfattningen.

Förvaltningsrätten har gjort den bedömningen att kommunerna inte gjort fel som uteslutet positionerna 21, 22, 23, 64, 66, 67, 77, 81, 82, 120, 195 och 196 i Oriolas anbud. Det synes därutöver ostridigt att det var korrekt av kommunerna att utesluta position 55, 57, 60, 61 och 113 i anbudet (i vart fall har Oriola inte visat att det var fel). Detta innebär i sin tur att Oriola inte har lämnat anbud på minst 97 procent av omfattningen. Då detta är ett krav för kvalificering var det korrekt av kommunerna att förkasta Oriolas anbud.

Förvaltningsrätten har i anslutning till bedömningen avseende de olika positionerna angett hur den ser på frågan om förfrågningsunderlaget brister i tydlighet (transparens).

Sammantaget finner förvaltningsrätten att Oriola inte har visat att kommunerna brutit mot LOU eller unionsrätten. Grund för ingripande enligt LOU föreligger därmed inte. Oriolas ansökan om överprövning ska följaktligen avslås.

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


Eva Beselin



HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall.

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 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.