



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden Helene Larsson

DOM
2011-05-10
Meddelad i
Växjö

Mål nr
247- 11 och 249-250-11

KONKURRENSVERKET	
2011-05- 1 3	
Avd	
Dnr	
Doss.	Aktbil

SÖKANDE

Oticon Aktiebolag, 556044-3185
Box 2108
103 13 Stockholm

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur kand Mikael Dubois
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

2. Landstinget Halland, 232100-0115
Box 517
301 80 Halmstad

3. Landstinget Blekinge
371 81 Karlskrona

Ombud för 2-3: Landstinget Kronoberg

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om överprövning.

Dok.Id 27948

Postadress Box 42 351 03 Växjö	Besöksadress Kungsgatan 8	Telefon 0470-868 00 E-post: forvaltningsrattenivaxjo@dom.se	Telefax 0470-869 50	Expeditionstid måndag – fredag 08:00-16:30
---	-------------------------------------	---	-------------------------------	---

YRKANDEN M.M.

Landstingen i Kronoberg, Halland och Blekinge har gemensamt genomfört en upphandling av hörapparater. Upphandlingen har skett i form av ett öppet förfarande där tre av de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudena avsågs att antas. Enligt tilldelningsbeslutet inkom sex anbud varav två diskvalificerades. Unitron Hearing AB, GN Resound AB och Phonak AB tilldelades kontraktet.

Oticon AB (Oticon) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen görs om. Som grund för talan anförs bl.a följande. Bolaget har felaktigt blivit diskvalificerat eftersom skall-kravet under punkt 8 i segment A-enkel uppfylls. Landstingen har angett att skall-kravet avser ”hörapparaterna i den offererade serien”. Kravet är otydligt och Oticon har därför gjort en annan tolkning än landstingen. Utöver de produkter som offererats i anbudet har bolaget andra hörapparater i samma serie. Eftersom dessa uppfyller kravet skulle anbudet inte diskvalificerats. Förtydligandet som gjorts under anbudstiden har inte heller gjort kravet tydligare. Landstingen borde ha angett att kravet omfattade *offererade hörapparater* i stället för *offererade serien hörapparater*. Det otydliga kravet strider mot transparensprincipen och 1 kap. 9 § LOU. - Ramavtalets volymfördelning där anbudsgivare 1 tilldelas 50 % av avropen och anbudsgivare 2 samt 3 tilldelas 25 % vardera leder inte till att det bästa anbudet kan antas. Detta strider mot likabehandlingsprincipen, 1 kap. 9 § samt 5 kap. 6 § LOU. Oticon har lidit skada eftersom bolaget vid en korrekt genomförd upphandling hade kunnat antas om leverantör. Bolaget hade då kunnat lämna anbud baserat på andra förutsättningar. - Skall-kravet under punkt 1.2.6 att anbud måste lämnas på hela upphandlingen begränsar konkurrensen. Eftersom kravet inte är nödvändigt strider det mot proportionalitetsprincipen. - Utvärderingskriterierna är otydliga under punkterna 3 och 4 i segment A-enkel, 4 och 5 i segment B-mellan, 5 och 6 i segment C-avancerad, avancerat/Barn samt 2 i segment

D-grav hörselnedsättning. Detta innebär ett brott mot principerna om transparens och likabehandling.

Landstingen motsätter sig bifall till ansökan och anför i huvudsak följande. Skall-kravet i punkt 8 segment A- enkel är tydligt formulerat. Det har även förtydligats under anbudstiden. Oticon har offererat en hörapparatserie bestående av en ITE, en ITC och en BTE. Denna serie uppfyller inte kraven på styrkeklass/förstärkning på minst upp till 130 dB SPL. Den offerrade serien täcker därför inte alla hörselnedsättningar upp till grav eftersom respektive hörapparat enbart uppgår till 123 dB SPL, 123 dB SPL samt 126 dB SPL. Detta framgår av bifogade produktblad. Eftersom en men max två hörapparater av BTE typ efterfrågas är det tydligt att kravet avser de offerrade hörapparaterna i prisbilagan. - Volymfördelningen i ramavtalet strider inte mot LOU. Det saknas föreskrifter över villkoren för tilldelning av kontrakt förutom att det förutsätts att ramavtalet innehåller någon form av rangordning. Av förarbetena framgår att fördelningsnyckel kan anpassas till situationer där patientens val har betydelse. Den procentuella fördelningen mellan leverantörerna säkerställer att tilldelning sker på ett objektivt sätt. En annan uppdelning av anbudsområdena skulle leda till att fler leverantörer delar på ramavtalet vilket medför negativa konsekvenser. - De angivna utvärderingskriterierna är inte otydliga på ett sådant sätt att de strider mot LOU. Dessutom lider Oticon ingen skada och bolagets talan ska därför lämnas utan bifall eller avvisas.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

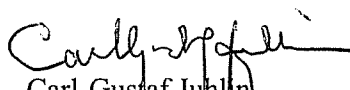
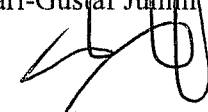
Enligt 1 kap 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vid upphandlingar ska vidare principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttagas.

Av 16 kap 2 § LOU följer att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts om den upphandlande enheten har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap 9 § eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada.

Krav som uppställs i en upphandling kan delas upp i obligatoriska skalkrav och icke obligatoriska börkrav. Ett börkrav används som utvärderingskriterium och måste alltså inte vara uppfyllt. De obligatoriska kraven däremot måste uppfyllas för att anbudet inte ska förkastas. Att kravet under punkt 8 i segment A- enkel är ett obligatoriskt krav är ostridigt. Det anges att kravet omfattar ”hörapparaterna i offererad serie” vilket får anses avse de apparater som enligt prisbilagan har offererats. Om kravet hade avsett alla eventuella hörapparater i anbudsgivarens sortimentsserie skulle anbudet bli omöjligt att utvärdera, vilket en potentiell anbudsgivare borde inse. Kravet måste därför anses vara tillräckligt tydligt och transparent. Enligt till anbudet bifogade produktblad framgår inte att någon av de offererade hörapparaterna uppnår till den föreskrivna normen avseende styrkeklass/förstärkning på minst upp till 130 dB SPL.

Förvaltningsrätten anser, mot bakgrund av det anförda, att Oticon inte har visat att landstingen har brutit mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag, genom att utesluta Oticon från den fortsatta anbudsutvärderingen. Det är därför inte heller visat att Oticon lidit eller kommer att lida sådan skada som avses i 16 kap 2 § LOU. Redan på grund härav ska ansökningarna avslås.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga 1 (DV3109-1D-LOU)


Carl-Gustaf Juhlin




SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Jönköping. **Skrivelsen ska dock skickas eller lämnas till förvaltningsrätten.**

Överklagandet ska ha kommit in till förvaltningsrätten **inom tre veckor** från den dag då klaganden fick del av beslutet. Tiden för överklagandet för offentligpart räknas emellertid från den dag beslutet meddelades.

Om sista dagen för överklagandet infaller på lördag, söndag eller helgdag, midsommarafton, julafton eller nyårsafton räcker det att skrivelsen kommer in nästa vardag.

För att ett överklagande ska kunna tas upp i kammarrätten fordras att prövningstillstånd meddelas. Kammarrätten lämnar prövningstillstånd om det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas, anledning förekommer till ändring i det slut vartill förvaltningsrätten kommit eller det annars finns synnerliga skäl att pröva överklagandet.

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

Skrivelsen med överklagande ska innehålla

1. den klagandes namn, personnummer, yrke, postadress och telefonnummer. Dessutom ska adress och telefonnummer till arbetsplatsen och eventuell annan plats där klaganden kan nå för delgivning lämnas om dessa uppgifter inte tidigare uppgetts i målet. Om någon person- eller adressuppgift ändras är det viktigt att anmälan snarast görs till kammarrätten,
2. det beslut som överklagas med uppgift
3. om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
4. de skäl som klaganden anger till stöd för begäran om prövningstillstånd,
5. den ändring av förvaltningsrättens beslut som klaganden vill få till stånd,
6. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Skrivelsen ska vara undertecknad av klaganden eller hans ombud. Adressen till förvaltningsrätten framgår av beslutet. Om klaganden anlitar ombud ska denne sända in fullmakt i original samt uppge sitt namn, adress och telefonnummer.

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

I mål om överprövning enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling eller lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. I de flesta fall får avtal slutas när tio dagar har gått från det att rätten avgjort målet eller upphävt ett interimistiskt beslut. I vissa fall får avtal slutas omedelbart. Ett överklagande av rättens avgörande får inte prövas sedan avtal har slutits. Fullständig information finns i 16 kapitlet i de ovan angivna lagarna.

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

DV 3109/1D LOU