



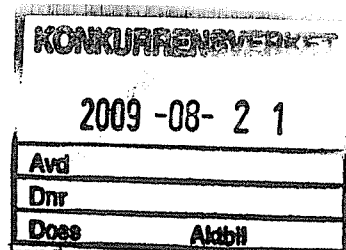
LÄNSRÄTTEN I
KRONOBERGS LÄN

DOM
2009-08-20
Meddelad i
Växjö

Mål nr
251-09E
Rotel 3

SÖKANDE

Oticon AB, 556044-3185
Box 2108
103 33 Stockholm



Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Emma Berglund
Hamilton Advokatbyrå
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Blekinge
Upphandlingsenheten
371 81 Karlskrona

2. Landstinget Halland
Box 517
301 80 Halmstad

3. Landstinget Kronoberg
Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

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

Landstinget Kronoberg, Landstinget Blekinge och Landstinget Halland (Landstingen) har genomfört en upphandling avseende hörapparater, reservdelar och tillbehör (dnr B49-08-092). Den 18 februari 2009 beslutade de upphandlande myndigheterna att anta de anbud som lämnats av Phonak AB (Phonak), GN Resond AB (GN) och Widex AB (Widex).

Oticon AB (Oticon) har ansökt om överprövning och yrkat att länsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbuden från Widex och Phonak förkastas.

Dok.Id 39796

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 42 351 03 Växjö	Kungsgatan 8	0470-868 00 E-post: lansrattenikronoberg@dom.se	0470-869 50	måndag – fredag 09:00-12:00 13:00-15:00

Landstingen har motsatt sig bifall till Oticons ansökan.

Länsrätten har den 27 februari 2009 beslutat att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att länsrätten beslutar något annat.

Landstingen har den 20 april 2009 beslutat att avbryta den aktuella upphandlingen. Oticon har invänt att Landstingen inte haft saklig grund för att avbryta upphandlingen.

DOMSKÄL

Enligt 1 kap. 9 § LOU gäller som huvudregel att upphandlande myndigheter ska 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 9 kap. 8 § LOU framgår att en upphandlande myndighet får tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning.

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 Landstingens anbudsinsbjudan framgår bl.a. följande. Syftet med upphandlingen är att tillgodose Landstingens behov av hörapparater, reservdelar och tillbehör. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt LOU. Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska skall-krav. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Av anbudet ska framgå att samtliga krav i förfrågningsunderlaget är uppfyllda, vilket görs genom att anbudsgivaren fyller i anbudsformulär och kravspecifikation. Anbudsprovningen sker i två steg, kvalificeringsfas och anbudsutvärderingsfas. I kvalificeringsfasen prövas krav ställda på anbudsgivaren samt obligatoriska krav på produkter eller tjänster. Under förutsättning att inkomna anbud uppfyller kraven i kvalificeringsfasen utvärderas anbuderna med hänsyn tagen till viktade utvärderingskriterier, generella bör-krav, produktspecifika bör-krav och pris. Tre anbud kommer att antas med volymfördelningen 50 %, 25 % samt 25 %. Produktsegmenten som upphandlingen omfattar är hörapparat enkel, mellan och avancerat samt hörapparater till patienter med grav hörselnedsättning och hörapparater till barn upp till 19 år. Utvärderingen i upphandlingen sker i två omgångar. Anbud nummer ett blir det anbud som har det lägsta slutvärderingspriset i första omgången. Anbud två och tre blir de anbud som har det lägsta respektive näst lägsta slutvärderingspriset i andra omgången. Anbuderna antas i sin helhet. Av tilldelningsbeslutet framgår att Phonak blev leverantör nummer ett, GN och Widex leverantörer nummer två och tre. Oticon kom på fjärde plats i utvärderingen.

Frågan om Widex uppfyller visst skall-krav

Oticon har anfört i huvudsak följande. Widex offererade produkt, Inteo IN9, fanns på marknaden redan 2006 och har således funnits på marknaden mer än två år vid sista anbudsdatum. I bilaga till kravspecifikationen redovisas generella krav som gäller för alla produktsegment. Av punkt 97 i bi-

laga till kravspecifikationen framgår att det är ett generellt skall-krav att offererade produkter inte ska ha funnits längre än två år på marknaden vid sista anbudsdatum. Enligt punkt 55 i komplettering till anbudsinbjudan den 15 december 2008 uppger Landstingen att skall-kravet i punkt 97 säkerställer att relativt moderna produkter offereras samt att med marknaden avses världsmarknaden. Widex har inte uppfyllt detta skall-krav. Efter att Oticon erhållit tilldelningsbeslutet kontaktade man företrädare för Landstinget Kronoberg som i sin tur begärde in kompletterande uppgifter från Widex angående det nämnda skall-kravet. Widex produktfamilj Inteo blev introducerad på marknaden under år 2006. Produktfamiljen har sedan kompletterats med ytterligare produktvarianter. Widex gör i kompletteringarna gällande att de två apparater som inte blev introducerade under 2006 har blivit uppgraderade under 2007 och att de därför är att betrakta som om produktfamiljen inte varit komplett förrän under 2007. Skall-kravet tar sikte på ”offererade produkter”, d.v.s. alla produkter som offereras och tar inte hänsyn till om och när en produktfamilj eventuellt varit komplett. I Widex produktblad anges ”printed by Widex 08/06”, vilket visar att offererade produkter därmed fanns på marknaden redan i augusti 2006. Att den aktuella produkten, Inteo IN9, fanns på marknaden 2006 framgår även av en följesedel från Widex som skickats till Sunderby sjukhus i Luleå med orderdatum den 1 november 2006. Landstingen har gjort bedömningen att skall-kravet ifråga är nödvändigt i upphandlingen för att säkerställa kvaliteten på produkterna. Att kravet inte kan tolkas i enlighet med vad Widex anfört framgår vid genomgång av handlingen ”frågor och svar” av den 9 januari 2009. Där bekräftar Landstingen att det är oväsentligt om uppgraderingar har skett eller om funktioner har tillkommit. Landstingens svar visar att de inte accepterar produkter äldre än två år räknat från sista anbudsdatum samt att detta gäller oavsett om produkten har blivit uppgraderad med ny teknik eller inte. Om Landstingen hade granskat Widex produktblad och bruksanvisning för den aktuella produkten hade man upptäckt att Widex offererat en produkt som funnits på marknaden längre än två år

från sista anbudsdatum. Landstingen har endast kontrollerat om Widex satt ett kryss i rutan avseende skall-kravet i punkt 97 och har därigenom agerat i strid med vad man angett för samtliga anbudsgivare, det vill säga att uppföljning av kravet ska ske i utvärderingen. Landstingens förfarande är inte förenligt med likabehandlingsprincipen, transparensprincipen och 1 kap 9 § LOU. Om Landstingen redan från början haft för avsikt att godta produkter som funnits på marknaden längre än två år vid sista anbudsdatum men som därefter uppdaterats och förbättrats skulle Landstingen angett detta i anbudsinvjudan. I sådana fall hade Oticon och förmodligen även andra anbudsgivare kunnat offerera produkter till lägre priser än vad som skett i upphandlingen. Det kan noteras att företaget som ställde frågan om skall-kravet i punkt 97 inte lämnade anbud i upphandlingen. Det kan antas att detta berott på Landstingens kategoriska svar på den fråga som ställdes. Om Oticon känt till att det varit möjligt att offerera en produkt som funnits på marknaden längre tid än två år räknat från sista anbudsdatum men som förbättrats efter detta datum hade Oticon kunnat offerera produkten Oticon Saffran till ett lägre pris än Oticon Vigo. Om så hade skett hade Oticon kunnat erhålla ett slutvärderingspris som understigit slutvärderingspriset för vinnande anbudsgivare. Således hade Oticon haft möjlighet att vinna upphandlingen. Det kan även konstateras att Landstingen till sitt yttrande bifogat en skrivelse från Widex som är utformad som en partsinlaga i målet. Widex har som en av de vinnande anbudsgivarna inte rätt att intervensera i målet. Länsrätten ska därför helt bortse från Widex skrivelse.

Landstingen har anfört i huvudsak följande. Upphandlingen har genomförts i enlighet med det upprättade förfrågningsunderlaget och LOU, och någon avvikelse som skulle kunna föranleda rättelse i enlighet med Oticons yrkande har inte förekommit. Några krav på närmare redovisning av att offererade produkter inte ska ha funnits på marknaden längre än två år har inte uppställts utan det har varit tillräckligt att anbudsgivarna satt ett kryss i anbudsformulären och bekräftat att kravet uppfyllts. Widex har avseende

de aktuella produkterna precis som Oticon lämnat en sådan bekräftelse, och har således uppfyllt det krav som uppställts för att kvalificera anbudet för fortsatt utvärdering. Frågan som uppkommit i målet är om de av Widex offererade Inteo-produkterna funnits på marknaden längre tid än två år vid sista anbudsdatum. Begreppet ”funnits på marknaden” innebär inte att produkten släpps på marknaden, utan fordras för detta att den gjorts tillgänglig för allmänheten, vilket framgår av SOU 2003:82 s. 226. Oticon har efter tilldelningsbeslutet varit i kontakt med Landstingen och ifrågasatt om Widex uppfyllt det aktuella skall-kravet. Landstingen har med anledning av detta tagit kontakt med Widex för att begära in ytterligare uppgifter om produkternas ålder för att bringa klarhet i om kravet uppfyllts. Efter genomgång av Widex svar har konstaterats att Widex bekräftelse i anbudet varit korrekt. Skall-kravet är uppfyllt på grund av att Widex utvecklat en ny förstärkarkrets i den offererade produkten, vilket innebär att hårdvaran har gjorts om från grunden och bytts ut. Innan utvecklingsarbetet påbörjades 2007 hade Widex två hörapparater, en med öppen anpassning och en med traditionell insats. Den nya produkten kan, på grund av den nykonstruerade förstärkarkretsen, konverteras till både öppen anpassning och till traditionell insats i samma hörapparat. Två produkter har därmed blivit ersatta med en ny. Syftet med det uppställda kravet är enligt Landstingen att få till stånd ett avtal på moderna hörapparater som uppfyller dagens och framtidens behov, inte att uppställa hinder mot godkännande av anbud som innehåller produktnamn som är äldre än två år. Att Widex inte bytt namn på produkten saknar därför betydelse i sammanhanget.

Länsrätten gör följande bedömning.

Landstingen har under målets handläggning åberopat en av Widex upprättad skrivelse. Ett sådant förfarande kan inte jämföras med att Widex intervenerat i målet på ett obehörigt sätt. Skäl att bortse från Widex skrivelse föreligger därför inte.

En upphandlande myndighet får anses ha ett relativt stort utrymme att formulera och tolka frågeformulären. Widex har i sitt anbud presenterat en produkt som för Landstingen har uppfyllt skall-kravet i frågeformulärets mening. Den av Widex offererade produkten har till skillnad från tidigare produkter inom samma familj en ny hårdvara med en nykonstruerad förstärkarkrets. Oticon kan inte anses ha visat att den offererade produkten har funnits tillgänglig på marknaden mer än två år före sista anbudsdatum. Oticon har inte heller i övrigt visat att Widex inte uppfyllt det efterfrågade skall-kravet.

Frågan om Widex på ett otillåtet sätt fått komplettera sitt anbud

Oticon har anfört i huvudsak följande. Enligt 9 kap. 8 § första stycket LOU får en upphandlande myndighet tillåta att en anbudssökande eller anbudsgivare rättar en uppenbar felskrivning eller felräkning eller något annat uppenbart fel i anbudsansökan eller anbudet. Av paragrafens andra stycke framgår det att den upphandlande myndigheten också får begära att ett anbud eller en ansökan förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. I ett förslag till avgörande av EG-domstolen i mål C-87/941 har generaladvokaten Lenz närmare utvecklat vad som bör avses med begreppen förtydligande och komplettering. Landstingen har i det här fallet låtit Widex komplettera sitt anbud tre gånger efter tilldelningsbeslutet. Förfarandet får anses ha gått utöver vad som enligt 9 kap. 8 § LOU är tillåtet. Det har således inte varit försvarbart av Landstingen att begära in uppgifterna ifråga och beakta dessa. Flera av de uppgifter som Widex redovisar i sina kompletteringar av den aktuella produkten är nya jämfört med vad Widex angett på de produktblad och bruksanvisningar som ingetts i samband med anbudet. I de först ingivna produktbladen och bruksanvisningarna står det inte något om den nya konverteringsbara modellen. Det står inte heller något om den tek-

nik som ska minska mikrofonens egenbrus. Widex har således efter tilldelningsbeslutet redovisat en förbättrad produkt jämfört med den produkt som Widex offererat i anbudet. Ett förtydligande efter tilldelningsbeslutet kan vara minst lika allvarligt ur likabehandlings- och transparens-hänseende som ett förtydligande innan tilldelningsbeslutet. Widex har efter sista anbudsdag och efter tilldelningsbeslutet tillfört nya uppgifter om den aktuella produkten jämfört med vad som framgår av Widex anbud med bilagor. Widex har således i efterhand presenterat en delvis annan produkt än den som offererats i anbudet. För det fall länsrätten skulle anse att Widex uppfyller skall-kravet efter kompletteringarna, ska dessa inte beaktas på grund av att de är otillåtna enligt vad som angivits ovan. Eftersom Widex efter sista anbudsdag tillfört nya uppgifter om den aktuella produkten jämfört med vad som framgår av Widex anbud med bilagor, har Widex kompletteringar skett i strid med transparensprincipen och likabehandlingsprincipen. Vid en korrekt genomförd anbudsutvärdering skulle Oticon ha antagits som leverantör i upphandlingen och i vart fall erhållit en tilldelning om 25 % av volymen i upphandlingen.

Landstingen har anfört i huvudsak följande. De av Widex lämnade uppgifterna efter tilldelningsbeslutet har endast inhämtats för att få klarhet i om det av Oticon påstådda felet i Widex anbud förekommit och utgör ingen form av otillåten komplettering. De efterfrågade uppgifterna har inte ingått som ett skall-krav i upphandlingen utan endast förtydligat en av Widex redan lämnad uppgift. Att en upphandlande myndighet i en sådan situation försöker utreda om felaktiga uppgifter faktiskt förekommit kan omöjligt ses som någon form av otillåten komplettering eller rättelse. Det kan inte heller anses strida mot likabehandlingsprincipen utan har endast bekräftat att det i anbudet uppställda skall-kravet är uppfyllt.

Länsrätten gör följande bedömning.

Av 9 kap 8 § LOU framgår att en myndighet får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Bestämmelserna bör tillämpas restriktivt och den upphandlande myndigheten får inte acceptera kompletteringar som innebär väsentliga förändringar av förutsättningarna för upphandlingen. I det här fallet har emellertid Landstingen först efter tilldelningsbeslutet efterfrågat vissa kompletteringar av Widex för att säkerställa att skall-kravet i fråga varit uppfyllt. Detta har skett med anledning av att Oticon tagit kontakt med Landstingen och ifrågasatt om så varit fallet. De kompletterande uppgifter som Widex gett in har endast bekräftat det redan uppfyllda skall-kravet. Någon risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning i den mening som avses i 9 kap 8 § LOU har således inte förelegat. Landstingens förfarande kan inte heller på annat sätt anses strida mot de krav som uppställs i LOU och gemenskapsrätten.

Frågan om Phonak uppfyller visst skall-krav

Oticon har anfört i huvudsak följande. Phonak har inkommit med en otillåten komplettering av sitt anbud efter sista anbudsdag. Av anbudsinbjudan framgår att vissa handlingar som ska ingå i anbudet är s.k. skall-krav. En av dessa handlingar är ett ifyllt formulär med kontaktpersoner. Det aktuella formuläret har utgjort bilaga till anbudsinbjudan. Till Phonaks anbud har någon sådan bilaga inte bifogats. Landstingen har den 3 februari 2009 begärt in komplettering av Phonaks anbud och Phonak har svarat per e-mail samma dag och bifogat ifyllt formulär med kontaktpersoner. Landstingen har genom att tillåta Phonaks komplettering agerat i strid med likabehandlingsprincipen och transparensprincipen. Kompletteringen ska inte beaktas och anbudet från Phonak uppfyller därför inte skall-kraven i upphandlingen och borde ha förkastats. Enligt 9 kap. 8 § andra stycket LOU får den upphandlande myndigheten begära att ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegräns-

ning. Av praxis framgår att de fall när domstolarna godtagit att den upphandlande myndigheten inhämtat kompletteringar är mycket få när kompletteringarna avser annat än myndighetsuppgifter. I Kammarrättens i Jönköping dom den 31 januari 2006 (mål nr 3979-05) hade den vinnande anbudsgivaren tillåtits att efter anbudstidens utgång komplettera anbudet med referensformulär som enligt ett skall-krav skulle bifogas anbudet. Kammarrätten konstaterade att medgivandet av kompletteringen innebar en överträdelse av likabehandlingsprincipen. Att bifoga ett ifyllt formulär med kontaktuppgifter är ett skall-krav i upphandlingen och Phonaks anbud uppfyller därmed inte skall-kravet. Phonak har således kompletterat sitt anbud i efterhand med helt nya uppgifter som inte återfanns i anbudet. Dessa kompletteringar har gått utöver vad som enligt 9 kap. 8 § LOU är tillåtet och Landstingen har genom att tillåta Phonaks komplettering agerat i strid med principerna om likabehandling och transparens.

Landstingen har inte yttrat sig i frågan.

Länsrätten gör följande bedömning.

Av förfrågningsunderlaget framgår att det är ett skall-krav att anbudsgivare ska bifoga bilaga med kontaktpersoner. Phonak har inte vid anbudstidens utgång ingivit någon sådan bilaga som skall-kravet avser. För att överhuvudtaget kunna pröva Phonaks anbud har Landstingen varit tvungna att begära in kompletteringar.

Ett förtydligande eller en komplettering får emellertid inte leda till annat än marginella sakuppgifter tillförs ett anbud eller en ansökan. Landstingens begäran om att få in en bilaga med kontaktpersoner av Phonak har gått utöver vad som kan anses tillåtet i detta hänseende. Det har således inte varit försvarbart att begära in uppgifter på det sätt som skett och att beakta dessa vid anbudsutvärderingen. Förfarandet är inte förenligt med

bestämmelserna i 6 kap 8 § LOU och strider mot i första hand likabehandlingsprincipen i 1 kap 9 § LOU. Landstingen har således genomfört upphandlingen i nu aktuellt hänseende på ett sådant sätt att Oticon kan komma att lida skada.

Frågan om Landstingen haft rätt att avbryta upphandlingen

Oticon har anfört i huvudsak följande. Endast sakliga skäl kan vara grund för att avbryta en upphandling. Landstingen har uppgett att skälen för att avbryta upphandlingen har varit att man med anledning av överprövningen i länsrätten på nytt gått igenom förfrågningsunderlaget och funnit att skallkravet om att offererade produkter ska ha funnits längre än två år på marknaden vid sista anbudsdatum är otydligt formulerat och inte går att rätta inom ramen för likabehandlingsprincipen. Landstingen har även anfört att det inte heller går att utesluta att kravet har påverkat det konkurrensuppsökande skedet i upphandlingen. För det fall länsrätten får kännedom om att en upphandling avbrutits, är den skyldig att pröva frågan om beslutet är förenligt med LOU. Länsrätten ska således inte skriva av ett sådant mål utan ta upp frågan om avbrytande till prövning i sak. Kammarrätten i Göteborg har i dom den 7 november 2006 (mål nr 5375-06) konstaterat att avbrytande av en upphandling är ett undantagsförfarande och att brister i förfrågningsunderlaget i visst fall inte utgjort saklig grund för avbrytande. Det är tydligt att Landstingen så sent som den 19 mars 2009 har haft uppfattningen att förfrågningsunderlaget varit korrekt utformat. Besluten att avbryta upphandlingarna saknar således saklig grund och ska därför anses ogiltiga. Skallkravet i punkt 97 i bilaga till kravspecifikationen läst tillsammans med vad som framgår av handlingen ”frågor och svar” av den 9 januari 2009, uppfyller kraven på tydlighet enligt LOU. Alla anbudsgivare har fått del av förfrågningsunderlag och bilagan ”frågor och svar”. Detta innebär att anbudsgivarna har haft samma information om innebörden av skallkravet. Alla normalt omsorgsfulla anbudsgivare har därmed kunnat

tolka skall-kravet på samma sätt. De skäl för avbrytandebeslutet som Landstingen angivit är inte på något sätt knutna till proportionalitetsprincipen. De skäl som Landstingen numera framfört om att skall-kravet inte är förenligt med LOU förefaller vara en efterhandskonstruktion skapad i ett försök att undvika att slutföra upphandlingen. Skall-kravet ifråga strider inte mot proportionalitetsprincipen. Om proportionalitetsprincipen ska bedömas i det här fallet ska en strukturerad avvägning göras mellan motstående intressen. EG-domstolen gör vanligtvis en samlad bedömning och den avgörande frågan är nästan alltid huruvida den nationella åtgärden går längre än vad som är nödvändigt för att nå syftet. Landstingens syfte med kravet om att den offererade produkten inte ska ha varit på marknaden längre tid än två år före sista anbudsdatum har varit att säkerställa att produkter med modern teknologi offereras. Kravet främjar därmed företag som ligger i framkant i forskning och utveckling. En hög utvecklingshastighet innebär större möjligheter att få fram tekniskt avancerade produkter och ha ett yngre utbud av hjälpmedel och därför ett bredare urval av produkter som kan komma i fråga för upphandlingen. Kopior från andra tillverkare är ovanligt för hörselhjälpmedel. Varje tillverkare har sina egna tekniska och mekaniska lösningar och sina egna unika karaktäristiska kännetecken. Produkterna inom denna bransch är vidare omgärdade av ett omfattande patentskydd och andra typer av immateriellt skydd. Kopiering av hörselapparater förekommer alltså i mycket liten omfattning. Kravet är lämpligt och effektivt för att säkerställa att produkter med modern teknologi offereras i upphandlingen. Det utesluter inte produkter från företag som ligger i framkant i forskning och utveckling utan är tvärtom nödvändigt för att de produkter som inte fyller önskade krav på modern teknologi inte offereras. Då mindre moderna produkter med föråldrade teknologiska lösningar inte i någon nämnvärd grad kan förväntas konkurrera med avancerade produkter vid en utvärdering, är inte heller den eventuella negativa effekten som kravet får oproportionerligt i förhållande till syftet med kravet. Landstingen hävdar vidare att deras uppfattning att förfrågningsunder-

laget strider mot proportionalitetsprincipen är en effekt av argumentationen i målet. Någon argumentering som rör proportionalitetsprincipen har dock överhuvudtaget inte förekommit i målet fram till det att avbrytandebeslutet togs. Tvärtom har Oticon hela tiden ansett att skall-kravet är effektivt och nödvändigt. Sammanfattningsvis har Landstingen inte haft saklig grund för att avbryta upphandlingen och denna ska därför avslutas genom val av leverantörer. Därvid ska anbuden från Widex och Phonak förkastas.

Landstingen har anfört i huvudsak följande. De bakomliggande orsakerna till de skäl som angetts för att avbryta upphandlingen är att Landstingen efter närmare genomgång kommit fram till att det som Oticon framfört rörande förfrågningsunderlaget och det svar som lämnats på frågan rörande punkt 97 i kravspecifikationen måste anses innebära att upphandlingen inte skett på ett sätt som är förenligt med principerna om proportionalitet, lika-behandling och transparens. I målet C-92/00, HI (REG 2002 s I-5553) anförde EG-domstolen med hänvisning till sin dom i målet C-27/98, Fracasso och Leitschutz (REG 1999, s I-5697) att gemenskapsreglerna om offentlig upphandling inte medför att en upphandlande enhets befogenhet att avstå från en upphandling endast föreligger i undantagsfall eller när det föreligger tungt vägande skäl (jfr Regeringsrättens dom i mål nr 7679-06). Av domen framgår således att avbrytande av en upphandling inte är ett undantagsförfarande varför Landstingen har haft rätt att avbryta upphandlingen. Kravet om att offererade produkter inte ska ha funnits längre än två på marknaden vid sista anbudsdatum har uppställts i syfte att säkerställa att produkter med modern teknologi offererades, ett syfte som i sig måste anses förenligt med proportionalitetsprincipen. Vartefter skriftväxlingen i målet fortgick kom Landstingen till insikt att kravet vid en strukturerad avvägning mellan motstående intressen inte var nödvändigt för att uppnå det eftersträlvade syftet och att den negativa effekt som kravet fick var oproportionerligt. Syftet har inte varit att utesluta leverantörer med produkter som uppfyllde kravet på ”moderna” produkter. Landstingen avser att i

en ny upphandling omformulera kravet utifrån tekniska och funktionella krav utan ålderskrav. Kvalificeringskrav som utesluter produkter av viss ålder får den effekten att produkter från företag som ligger i framkant inom forskning och utveckling kan komma att falla för åldersstreckets, medan senare "kopior" från andra tillverkare uppfyller ålderskravet. Detta är inte sakligt motiverat och inte förenligt med proportionalitetsprincipen. Eftersom rättelse inte kan komma ifråga har det också förelegat saklig grund för Landstingen att avbryta upphandlingen. Beslutet att avbryta upphandlingen har inte heller inneburit att de gemenskapsrättsliga principerna för offentlig upphandling har trätts för när.

Länsrätten gör följande bedömning.

För att en upphandlande myndighet ska kunna avbryta en pågående upphandling krävs att den kan prestera sakliga skäl för beslutet att avbryta upphandlingen. Som förutsättning för att avbryta upphandlingen gäller bland annat att myndigheten när den fattar ett beslut iakttar de grundläggande gemenskapsrättsliga principer som ska följas vid offentlig upphandling.

I rättsfallet RÅ 2008 ref. 35 framgår att det ännu inte finns någon klar och entydig praxis angående vad som kan utgöra sakligt godtagbara skäl för ett avbrytande. Regeringsrätten har därefter i dom den 4 juni 2009 (mål nr 4239-07) bland annat framhållit att möjligheten att avbryta en upphandling är begränsad, att ett beslut om avbrytande måste vila på sakligt godtagbara skäl och att beslutet inte får vara godtyckligt.

Det av Landstingen uppställda skall-kravet om att offererade produkter inte ska ha funnits längre än två år på marknaden vid sista anbudsdatum är inte optimalt utformat. Kravet får emellertid anses vara så klart och tydligt utformat att en leverantör kunnat skaffa sig en bild av möjligheterna att lägga

ett konkurrenskraftigt anbud. Frågor och svar med anledning av det aktuella skall-kravet har vidare hållits tillgängliga för samtliga tänkbara leverantörer. Det som Landstingen numera anfört i fråga om skall-kravets otydlighet kan således inte anses ha utgjort tillräckliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Skall-krav i förfrågningsunderlaget inför en offentlig upphandling får uppställas under förutsättning att kravet är relevant för den aktuella upphandlingen och dess tillämpning i det enskilda fallet inte strider mot någon av de grundläggande gemenskapsrättsliga principerna eller LOU. Som anförs ovan är skall-kravet i det här fallet inte optimalt utformat och det får i och för sig antas ha varit möjligt att utforma detta utifrån tekniska och funktionella krav utan ålderskrav. Det uppställda skall-kravet har emellertid ett naturligt samband med och får anses stå i proportion till det behov Landstingen avser att täcka genom upphandlingen. Skall-kravet kan vidare inte anses diskriminerande och det är inte visat att detta på ett påtagligt sätt begränsat konkurrensmöjligheterna. Det som Landstingen anfört beträffande proportionalitetsprincipen kan således inte heller anses ha utgjort tillräckliga skäl för att avbryta upphandlingen.

Sammanfattningsvis anser länsrätten att det som Landstingen numera anfört inte kan anses innebära att det uppställda skall-kravet strider mot principerna om likabehandling, transparens och proportionalitet, eller någon annan grundläggande princip som ska följas vid offentlig upphandling, på ett sådant sätt att Landstingen haft sakliga skäl att avbryta upphandlingen under nu pågående domstolsprövning. Landstingens beslut att avbryta upphandlingen ska därför ogiltigförklaras.

Vid bedömningen av huruvida upphandlingen ska göras om eller om det är tillräckligt att enbart vidta rättelse konstaterar länsrätten att mer ingripande åtgärder än vad som är nödvändigt inte bör vidtas. Den minst ingripande

åtgärden är att upphandlingen rättas på så sätt att utvärderingen görs om och att Landstingen vid utvärderingen bortser från Phonaks anbud.

DOMSLUT


Länsrätten ogiltigförklarar Landstingens beslut den 20 april 2009 att avbryta aktuell upphandling.

Länsrätten förordnar att upphandlingen inte får avslutas innan rättelse skett på så sätt att Phonaks anbud förkastas.

Länsrätten avslår Oticons ansökan i övrigt.

Länsrätten förordnar att det interimistiska beslutet av den 27 februari 2009 ska upphöra att gälla.

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


Bengt Lindh