



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Ann-Louise Jonsson

DOM
 2016-03-30
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 442-16, 444-16, 446-16,
 466--467-16, 552--553-16

SÖKANDE

Oticon Aktiebolag, 556044-3185

Ombud: Advokaterna Mikael Dubois och Fredrik Linder
 Hamilton Advokatbyrå KB
 Box 715
 101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Dalarna, 232100-0180 (mål nr 442-16)
2. Region Gävleborg, 232100-0198 (mål nr 444-16)
3. Landstinget Sörmland, 232100-0032 (mål nr 446-16)
4. Landstinget i Uppsala län, 232100-0024 (mål nr 466-16)
5. Landstinget Västmanland, 232100-0172 (mål nr 467-16)
6. Landstinget i Värmland, 232100-0156 (mål nr 552-16)
7. Region Örebro län, 232100-0164 (mål nr 553-16)

Ombud för 1-7:
 Lena Jönsson
 c/o Landstinget Dalarna
 Box 712
 791 29 Falun

SAKEN

Offentlig upphandling

KONKURRENSVERKET	
2016 -03- 3 1	
Avd	
Dnr	
KSnr	Aktbil

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Oticon AB:s ansökan om överprövning.

Dok.Id 159144

Postadress	Besöksadress	Telefon	Telefax	Expeditionstid
Box 45	Kullen 4	023-383 00 00	023-383 00 80	måndag – fredag
S-791 21 Falun		E-post: forvaltningsrattenifalun@dom.se		08:00-12:00
		www.forvaltningsrattenifalun.domstol.se		13:00-16:00

BAKGRUND OCH YRKANDEN M.M.

Landstinget Dalarna genomför som ombud för Region Gävleborg, Landstinget Sörmland, Landstinget i Uppsala län, Landstinget Västmanland, Landstinget i Värmland och Region Örebro län (i det följande Landstingen) en samordnad upphandling av ramavtal avseende "Hörapparater för personer med lätt till grav hörselnedsättning inklusive tillbehör och reservdelar till Region Mitt" (diarienummer LD15/03854). Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt lagen (2007:1091) om offentlig upphandling (LOU). Tilldelningsbeslut fattades den 28 januari 2016.

Oticon AB (i det följande Oticon) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om. Oticon anför som grunder för sin ansökan i korthet följande. Förutsättningarna för utvärderingen säkerställer inte att anbuden är jämförbara och därmed inte att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden antas. Utvärderingsmodellen är således inte ägnad att säkerställa ett rättvisande resultat och strider därför mot likabehandlings- och transparensprincipen samt 1 kap. 9 § LOU. Avropsordningen strider också mot likabehandlings- och transparensprincipen, 1 kap. 9 § LOU samt 5 kap. 6 § LOU. Oticon har riskerat att lida skada till följd av de aktuella bristerna.

Landstingen bestrider bifall till ansökan.

SKÅLEN FÖR FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE*Utgångspunkter för förvaltningsrättens prövning*

I mål om överprövning enligt LOU gäller som huvudprincip att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart och tydligt sätt ska ange vilka omständigheter som parten grundar sin talan på (jfr RÅ 2009 ref. 69).

Upphandlande myndigheter ska behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt.

Vid upphandlingar ska vidare principen om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas (1 kap. 9 § LOU). En upphandlande myndighet ska anta antingen det anbud som är det ekonomiskt mest fördelaktiga för den upphandlande myndigheten, eller det anbud som innehåller det lägsta priset (12 kap. 1 § LOU). Kontrakt ska, om ramavtal har ingåtts med flera leverantörer, tilldelas den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet (5 kap. 6 § andra stycket LOU). Om den upphandlande myndigheten har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i denna lag och detta har medfört att leverantören har lidit eller kan komma att lida skada ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts (16 kap. 6 § LOU).

Förvaltningsrätten har att ta ställning till om det på grundval av vad Oticon har anfört är visat att Landstingen, genom förfrågningsunderlagets utformning särskilt avseende utvärderingsmodellen och angiven avropsordning, har brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Om detta kan konstateras, har förvaltningsrätten att ta ställning till om Oticon därigenom lidit eller riskerar att lida skada.

Utvärderingsmodellen

Oticon gör gällande att förutsättningarna för utvärderingen inte säkerställer ett rättvisande resultat och anför i denna del bl.a. följande. Det finns ett flertal olika faktorer i upphandlingen som var för sig, och än mer tillsammans, innebär att förutsättningarna för utvärdering inte säkerställer att ett rättvisande resultat uppnås. Upphandlingen omfattar inte endast hörapparater, utan även tillbehör, trådlösa tillbehör, förbrukningsartiklar och reservdelar. Det är dock endast priserna för själva hörapparaterna som ingår i utvärderingen, vilket innebär att en väsentlig del av upphandlingens totala värde överhuvudtaget inte utvärderas. Det är omöjligt att avgöra hur stor del av upphandlingens totala värde som kommer att utgöras av de delar som inte

utvärderas eftersom anbudsgivarna fritt kan prissätta dessa produkter. I förfrågningsunderlaget (punkten 5.1 Administrativa föreskrifter) anges visserligen att en prislista med grundpriser ska ges in med anbudet. Vad som avses med ”grundpriser” definieras emellertid inte och något krav på att t.ex. ge in en generellt tillämplig lista med priser för produkterna i leverantörens sortiment ställs inte upp. Anbudsgivarna har således kunnat skapa en specifik prislista för den aktuella upphandlingen och däri ange i princip hur höga priser som helst, utan någon påverkan på utvärderingen. Det kan därmed inte säkerställas att de anbud som antas verkligen är de ekonomiskt mest fördelaktiga. Flera anbudsgivare har ett stort antal tillbehör i sin prislista som var för sig har ett pris som är mer än dubbelt så högt som priset för de hörapparater som offereras. En faktor som ytterligare bidrar till att utvärderingsmodellen inte säkerställer ett rättvisade resultat, är att det inte finns någon redogörelse i förfrågningsunderlaget för vilka produkter som ska respektive inte ska innefattas i den prislista som anbudsgivarna ska ge in. Anbudsgivarna har kunnat tolka vad prislistan ska innehålla på helt olika sätt, vilket innebär att anbuden inte är jämförbara med varandra. Antalet produkter i prislistorna skiljer sig åt mellan anbudsgivarna från ca 60 st. till över 260 st. Även den omständigheten att de två produktgrupperna – hörapparat utan respektive med extern hörtelefon – slagits samman och att således en anbudsgivare antagits för båda produktgrupperna medför att det inte kan säkerställas att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbuden antas i upphandlingen. Anbudsgivarna har nu kunnat ange ett högre pris för den produktgrupp som viktas till 20 % än vad som vore fallet om anbud skulle ha antagits avseende denna produktgrupp för sig.

Landstingen anför å sin sida bl.a. följande. Utvärderingsmodellen är klart och tydligt angiven i förfrågningsunderlaget och ingen leverantör har ställt någon fråga gällande utvärderingsmodellen. Samtliga anbudsgivare har getts samma förutsättningar och vid anbudspresentationen ställdes heller inte några frågor om utvärderingsmodellen. Landstingen har noggrant viktat

tidigare köpta volymer inom de två nämnda produktgrupperna och har även tagit hänsyn till trender inom området i syfte att undvika strategisk anbuds-givning. Värdet av trådlösa tillbehör och förbrukningsartiklar som efterfrågats utgör endast ca 3 % av den totala upphandlingen baserat på inköp under föregående avtalsperiod. Eftersom upphandlingen huvudsakligen avser hörapparater, har leverantörens tillbehör och priser på dessa mindre betydelse. Det förhållandet att trådlösa tillbehör och förbrukningsartiklar inte utvärderats innebär att olikheterna mellan leverantörerna såvitt gäller trådlösa tillbehör och förbrukningsartiklar inte påverkat resultatet av upphandlingen. Alla leverantörer har därvid behandlats på samma sätt. Landstingens krav beträffande prislista på förbrukningsartiklar m.m. framgår tydligt i förfrågningsunderlaget.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Oticon har sammanfattningsvis pekat på att en väsentlig del av upphandlingens värde inte har utvärderats, att det inte har beskrivits i förfrågningsunderlaget vilka förbrukningsartiklar och tillbehör m.m. som ska offereras och att två produktkategorier har slagits samman. Oticon menar att dessa omständigheter medför att anbudet inte blir jämförbara och att utvärderingsmodellen därmed varken säkerställer att ett rättvisande resultat uppnås eller att de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet antas.

Förvaltningsrätten konstaterar att en upphandlande myndighet av praktiska skäl har ett relativt stort utrymme att göra urval av vilka poster som ska utvärderas i en upphandling. Högsta förvaltningsdomstolen har i ett avgörande uttalat att även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas under förutsättning att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten inte träds för när. Ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlande myndigheten tillmäter betydelse vid upp-

handlingen och en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (RÅ 2002 ref. 50).

I förfrågningsunderlaget (punkten 5.1 Administrativa föreskrifter) finns exemplifierat vad som avses med förbrukningsartiklar, tillbehör och trådlösa tillbehör. Det får även förutsättas att det för respektive leverantör är känt vilka förbrukningsartiklar och tillbehör m.m. som finns tillgängliga för respektive offererad hörapparat. Oticon har inte närmare redogjort för hur bolaget själv har tolkat prislistan med avseende på vilka produkter som ska prissättas. Förvaltningsrätten finner att förfrågningsunderlaget i dessa delar uppfyller kraven på förutsebarhet och transparens och att anbudsgivarna utifrån informationen i förfrågningsunderlaget har getts likvärdiga möjligheter att lämna konkurrenskraftiga anbud i upphandlingen.

Av förfrågningsunderlaget (punkten 4.2 Administrativa föreskrifter) framgår att anbudet som får det lägsta jämförelsevärdet är det för Landstingen ekonomiskt mest fördelaktiga. Av samma punkt framgår vidare hur jämförelsevärdet kommer att räknas fram. Den omständigheten att Landstingen har valt att inte utvärdera priset för tillbehör m.m. innebär enligt förvaltningsrättens mening inte i sig någon brist i förhållande till principerna i LOU. Utifrån vad Landstingen har anfört om de inköp som skett under föregående avtalsperiod, framstår det som att trådlösa tillbehör och förbrukningsartiklar värdemässigt utgör en klart mindre del av den förevarande upphandlingen. Förvaltningsrätten finner inte att resultatet av utvärderingsmodellens tillämpning är så uppenbart felaktigt som i det kammarrättsavgörande som Oticon hänvisat till i målet (Kammarrätten i Göteborgs dom den 8 juli 2013 i mål nr 1336-13). I det nämnda avgörandet hade den upphandlande myndigheten valt att tillämpa tilldelningskriteriet lägsta pris men beslutat att endast priset för arbete, som värdemässigt utgjorde 20 % av upphandlingen,

skulle utvärderas vilket ledde till att den leverantör som hade lägst totalpris inte tilldelades kontraktet.

Sammantaget finner förvaltningsrätten det inte är visat att den utvärderingsmodell som Landstingen tillämpat i förevarande upphandling är utformad på ett sådant sätt att den inte är ägnad att ge ett rättvisande resultat. Förvaltningsrätten finner inte heller i övrigt att ifrågavarande utvärderingsmodell strider mot de grundläggande principerna för offentlig upphandling i LOU på det sätt som Oticon gjort gällande. Enligt förvaltningsrättens mening finns det således inte skäl för ingripande enligt LOU på denna grund.

Avropsordningen

Oticon gör vidare gällande att avropsordningen strider mot 1 kap. 9 § och 5 kap. 6 § LOU och anför i denna del bl.a. följande. Landstingen har i upphandlingen tydligt angett vad som ska bilda utgångspunkt för att avgöra vilka anbud som är de ekonomiskt mest fördelaktiga anbudena, nämligen de anbud som har lägst sammantagna jämförelsevärde utifrån offererade priser och uppfyllande av utvärderingskriterier (punkten 4.2 Administrativa föreskrifter). De anbud som antagits baserat på denna bedömning är alltså de bästa anbudena enligt 5 kap. 6 § LOU. I Avtalsmallen (punkten 6) anges att avrop kommer att göras enligt en annan fördelningsnyckel, vilket innebär att avrop kommer att ske efter professionens bedömning och med patientens behov i fokus. Avtalsmallen och angiven avropsordning strider mot LOU då den inte innehåller en möjlighet att basera avropen på en rangordning av de bästa anbudena. Det finns inte någon förutsebarhet och objektivitet för de fall då avropsordningen inte är aktuell. En underliggande rangordning vid avropen skulle säkerställa att kontrakt inte tilldelas på ett icke objektiva och oförutsebart sätt. En underliggande rangordning skulle inte inskränka möjligheten att göra avsteg från rangordningen till följd av brukarens behov. Utifrån vad som anges i 7 kap. 2 § patientlagen (2014:821) måste vidare kostnaden/priset för hörapparaterna bli en av faktorerna vid avropsordning-

ens tillämpning. Eftersom det inte har angetts i förfrågningsunderlaget att kostnader/priser för hörapparater ska beaktas vid avropen har det inte varit förutsebart för anbudsgivarna hur avropsordningen skulle tillämpas.

Landstingen har mot detta invänt bl.a. följande. Enligt patientlagen har patienten rätt att välja hjälpmedel och när det finns olika hjälpmedel för personer med funktionsnedsättning tillgängliga ska patienten ges möjlighet att välja det alternativ som han eller hon föredrar. Patienten ska få det valda hjälpmedlet, om det med hänsyn till hans eller hennes behov och till kostnaderna för hjälpmedlet framstår som befogat (7 kap. 2 § patientlagen). Landstingen har i förevarande fall angett en avropsordning mellan de fyra antagna leverantörerna som baseras på patientens val och professionens lämplighetsbedömning med brukarens behov i fokus. Rangordning ska inte ses som en huvudprincip i de fall då en patient eller en annan vård- och omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten ska tillhandahålla ("Inom ramen för ramavtal – lärdomar från fyra tillsynsärenden", Information från Konkursverket). Den angivna fördelningsnyckeln säkrar att tilldelningen av kontrakt sker på ett objektivet sätt.

Förvaltningsrätten gör följande bedömning

Den nu aktuella upphandlingen avser hörapparater inklusive tillbehör och reservdelar. Såsom Landstingen har påtalat har patienten, när olika hjälpmedel finns tillgängliga, en lagstadgad rätt att själv välja hjälpmedel, om det med hänsyn till hans eller hennes behov och till kostnaderna för hjälpmedlet framstår som befogat (se 7 kap. 2 § patientlagen).

I förfrågningsunderlagets Administrativa föreskrifter (punkten 1.1.3) har i fråga om typ av kontrakt hänvisats till avtal enligt bifogad Avtalsmall. I Avtalsmallen (punkten 6) har Landstingen angett följande. "Avrop kommer

att göras enligt annan fördelningsnyckel. Det innebär att avrop kommer att ske efter professionens bedömning och med brukarens behov i fokus.”

Oticon menar att tillämpningen av en annan fördelningsnyckel förutsätter att ramavtalet innehåller en underliggande rangordning.

I förarbetena till LOU påtalas de särskilda svårigheter som kan uppkomma vid den senare tilldelningen av kontrakt när den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Beträffande kravet på förfarandet vid avrop i 5 kap. 6 § andra stycket LOU, uttalas bl.a. följande.

Sammanfattningsvis bör krävas att ett ramavtal med flera leverantörer och som innehåller samtliga villkor för tilldelning av kontrakt som bygger på ramavtalet genom en rangordning eller i övrigt genom utformningen av innehållet i ramavtalet tillhandahåller objektiva grunder för att fastställa i vilken ordning leverantörerna ska ha möjlighet att leverera. Det avgörande ska vara att den upphandlande myndigheten i det enskilda fallet väljer den leverantör som har lämnat det bästa anbudet. Detta resultat kan i många fall uppnås genom någon form av rangordning. I det fall detta inte är möjligt eller är förenat med påtagliga nackdelar bör eftersträvas en annan ordning som tillgodoser kraven på öppenhet och likabehandling. (Prop. 2006/07:128 sid. 175 f. och 337 f.)

Av nämnda förarbetsuttalanden kan enligt förvaltningsrättens mening inte utläsas något generellt hinder mot att en upphandlande myndighet i det enskilda fallet använder sig av en annan fördelningsnyckel utan underliggande rangordning, förutsatt att fördelningsnyckeln för avrop finns klart angiven i förfrågningsunderlaget, att fördelningsnyckeln säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt och att de grundläggande principer som bär upp LOU inte träds för när.

Med hänsyn till föremålet för upphandlingen och vad som följer av patienters lagstadgade rätt till valmöjlighet i fråga om hjälpmedel, finner förvaltningsrätten att det i förevarande fall vore förenat med påtagliga nackdelar att kräva att de enskilda avropen ska ske utifrån en given rangordning. Fördelningsnyckeln för avrop, det vill säga ”efter professionens bedömning och med brukarens behov i fokus”, finns klart angiven i förfrågningsunderlaget och Avtalsmallen som representerar det kommande ramavtalet och kan inte anses strida mot transparensprincipen.

Enligt 5 kap. 6 § andra stycket LOU ska tilldelning av kontrakt grundat på ramavtalet ske till den leverantör som har lämnat det bästa anbudet på grundval av de villkor som angetts i ramavtalet. Vad som är det bästa anbudet vid varje enskilt avrop får i förevarande fall anses vara den leverantör som efter konkurrensutsättning blivit part i ramavtalet och som patienten själv väljer i samråd med sin läkare. Någon risk för att Landstingen godtyckligt kan använda sig av ramavtalet på ett sätt som begränsar, snedvrider eller förhindrar konkurrensen, kan inte heller anses föreligga. Förvaltningsrätten finner sammantaget att den aktuella avropsordningen inte innebär att Landstingen har brutit mot någon av de grundläggande principerna för offentlig upphandling i LOU eller någon annan bestämmelse i lagen. Det saknas därmed förutsättningar för ingripande även på denna åberopade grund, varför Oticons ansökan om överprövning ska avslås.

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

Sofia Hemström
förvaltningsrättsfiskal



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Om Ni vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska Ni 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. Om beslutet har meddelats vid en muntlig förhandling, eller det vid en sådan förhandling har angetts när beslutet kommer att meddelas, ska dock överklagandet ha kommit in inom tre veckor från den dag domstolens beslut meddelades. Tiden för överklagandet för offentlig part räknas 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

1. det finns anledning att betvivla riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
2. det inte utan att sådant tillstånd meddelas går att bedöma riktigheten av det slut som förvaltningsrätten har kommit till,
3. det är av vikt för ledning av rättstillämpningen att överklagandet prövas av högre rätt, eller
4. 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. Klagandens person-/organisationsnummer, postadress, e-postadress och telefonnummer till bostaden och mobiltelefon. Adress och telefonnummer till klagandens arbetsplats ska också anges samt eventuell annan adress

där klaganden kan nås för delgivning. Om dessa uppgifter har lämnats tidigare i målet – och om de fortfarande är aktuella – behöver de inte uppges igen. Om klaganden anlitar ombud, ska ombudets namn, postadress, e-postadress, telefonnummer till arbetsplatsen och mobiltelefonnummer anges. Om någon person- eller adressuppgift ändras, ska ändringen utan dröjsmål anmälas till kammarrätten.

2. den dom/beslut som överklagas med uppgift om förvaltningsrättens namn, målnummer samt dagen för beslutet,
3. de skäl som klaganden anger till stöd för en begäran om prövningstillstånd,
4. den ändring av förvaltningsrättens dom/beslut som klaganden vill få till stånd,
5. de bevis som klaganden vill åberopa och vad han/hon vill styrka med varje särskilt bevis.

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I vissa mål får avtal slutas innan tiden för överklagande av rättens dom eller beslut har löpt ut. Detta gäller mål om överprövning enligt:

- lagen (2007:1091) om offentlig upphandling,
- lagen (2007:1092) om upphandling inom områdena vatten, energi, transporter och posttjänster, eller
- lagen (2011:1029) om upphandling på försvars- och säkerhetsområdet.

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.