



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredragande:
Carin Gunnarsson

DOM
2010-09-16
Meddelad i
Växjö

Mål nr
2546-10

2010-09-17

Avt	
Dnr	
Doss	Aktbil

SÖKANDE

GN ReSound AB, 556510-1986
Gullbergs Strandgatan 6
411 04 Göteborg

Ombud: Advokat Kaisa Adlercreutz
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 39 Göteborg

Ombud: Jur.kand. Linda Dahlström
MAQS Law Firm Advokatbyrå AB
Box 11918
404 -39 Göteborg

MOTPARTER

1. Landstinget Blekinge, 232100-0081
371 81 Karlskrona

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

Ombud för 1-2: Landstinget Kronoberg, 232100-0065
Box 1223
351 12 Växjö

3. Landstinget Kronoberg, 232100-0065
Box 1223
351 12 Växjö

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut den 31 maj 2010 upphör därmed att gälla.

Dok.Id 11541

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.

Landstinget Kronoberg, Landstinget Halland och Landstinget Blekinge (Landstingen) har genomfört en upphandling av hörapparater, reservdelar och tillbehör. Landstingen beslutade genom Landstinget Kronoberg den 21 maj 2010 att anta de anbud som lämnats av AB Widex, Oticon AB och Phonak AB.

GN ReSound AB (bolaget) ansöker om överprövning av upphandlingen och yrkar i första hand att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att utvärderingen ska göras om, varvid bolagets anbud ska tas upp till utvärdering. I andra hand yrkar bolaget att ny upphandling ska göras. Bolaget anför bl.a. följande. Bolaget uppfyller samtliga uppställda skall-krav i punkt 1.2 i förfrågningsunderlaget. Landstingen har förkastat bolagets anbud på grund av att bolaget inte uppfyller produktkraven avseende "indikationssignaler vid låg batterinivå samt vid programbyte som kan till- och fränkopplas i programvaran skall finnas" och "samtliga offere-rade hörapparater i detta segment skall ha bandbredd på minst 150 till 6500 HZ enligt IEC 60711". I förfrågningsunderlaget anges inte på ett specificerat sätt hur indikationssignaler ska kopplas från. Bolagets produkt LV40D uppfyller det ställda kravet. När ett program tas bort i programvaran (deaktiveras) tas också ljudsignalen bort och i den meningen kopplas indikationssignal ifrån i programvaran. Genom att dra ned ljudstyrkan till ett minimum blir indikationssignalerna ohörbara för brukaren och fungerar då som avstängda och fränkopplade men finns fortfarande tillgängliga. Möjligheten att avaktivera program finns till just för brukarens behov. Indikationssignaler ska finnas för att brukaren ska få en förvarning om att hörapparatens batteri håller på att ta slut och för att brukaren ska veta när programbyte sker. Kravet på att indikationssignalerna ska kunna stängas av är inte logiskt eller nödvändigt och uppfyller därmed inte något syfte. Detta krav har inte ställts i någon tidigare upphandling i Sverige. Standard ICE

60711 definierar att mätningar ska göras från 200 HZ till 8 000 HZ. Bandbredden för bolagets produkt LV40D uppfyller det ställda skall-kravet enligt objektiva mätrapporter och gängse standarder som finns tillgängliga. Produkten LV40D var inte heller nödvändig för att bolaget skulle uppfylla samtliga skall-krav avseende hörapparater avancerat/barn. Det saknas vetenskapligt stöd för att förstärkning under 200 Hz skulle ha betydelse för taluppfattbarhet. Vid kontroll av övriga anbud framgår vidare att det anbud som lämnats av Oticon AB, som har blivit föreslagen att tilldelas kontrakt som nr 2, uppfyller inte skall-kravet avseende bandbredd 150. I upphandlingen kvarstår nu endast tre anbudsgivare. Två av dessa anbudsgivare tillhör samma koncern och använder samma teknikplattform. De ställda skallkraven har således varit starkt konkurrensbegränsande. De uppställda skallkraven står i strid mot de grundläggande principerna om proportionalitet, likabehandling, förutsebarhet och transparens i 1 kap 9 § LOU. Landstingen har kort tid innan sista datum för mottagande av anbud tagit bort ett omfattande skall-krav som medför att förutsättningar ändras inför upphandlingen. Bolaget har inte haft rimlig tid för att förbereda sitt anbud. Anbudsgivarna har inte haft en rimlig möjlighet att ta fram nytt sortiment, varuprover och övrig teknisk dokumentation. Detta har bidragit till att det blivit otydligt vilka krav som är skall-krav och därigenom brister förfrågningsunderlaget vad avser transparens. Av 9 kap 9 § LOU framgår att det är den upphandlande myndigheten som ska lämna upplysningar till varje anbudsgivare och skälen för det. Landstinget Halland och Landstinget Blekinge har utan legal rätt överlåtit åt Landstinget Kronoberg att meddela tilldelningsbeslut i upphandlingen för deras räkning. Varje deltagande myndighet i en samordnad upphandling måste upprätta sitt eget tilldelningsbeslut. Den felaktiga delegationen förelåg redan i förfrågningsunderlaget. Upphandlingen har i sin helhet genomförts i strid mot LOU. Till följd av dessa brister har bolaget lidit och kan komma att lida skada.

Landstingen yrkar att ansökan avslås och anför bl.a. följande. Bolagets anbud diskvalificerades på grund av att en av de offererade hörapparaterna i produktsegmentet enkel inte uppfyllde skall-kravet gällande att indikationssignalen skall kunna till- och fränkopplas samt att en av de offererade hörapparaterna inom produktsegmentet avancerat/barn inte uppfyller skall-kravet gällande bandbredd. Vid testet i samband med utvärderingen drogs ljudstyrkan för indikationssignalen ned till ett minimum. Bedömningen gjordes att miniminivån kunde höras av vissa patienter och är därmed inte hörbar för samtliga patienter. Även om lägsta ljudstyrkan inte är hörbar för patienter kan funktionen inte anses vara fränkopplad. Att kravet skulle vara ottydligt formulerat saknar därför grund. Om lyssningsprogram kopplas bort tappar hörapparaten funktionalitet samt ändamål och kan inte anpassas fullt ut efter patientens behov. Landstingen har ställt krav utifrån funktionella egenskaper. Kravet bidrar till kostnadseffektiv lagerföring av hörapparater. Samma hörapparat kan användas till patient som har behov av indikationssignaler och patient som vill välja bort dessa. Landstinget anser att kravet är proportionerligt. Minst fyra av sex anbud uppfyller aktuellt skall-krav. Kravet kan därför inte anses vara konkurrenshämmande. Standard IEC 60711 föreskriver att det artificiella örat ska klara av mätningar från 100 Hz till 10 000 Hz. IEC 118-7 är en annan standard och föreskriver en annan standardiserad testmetod. Eftersom landstinget har ställt krav att bandbredden ska vara mätt med Ear Simulator enligt standard IEC 60711 har vid anbudsutvärdering tagits hänsyn till anbudsgivarens, i produktbladen, angivna bandbredd i kolumn benämnd IEC 118-0 Ear Simulator. Landstinget bestrider att bolagets hörapparat LV40D, av modellen ITE, inte var nödvändig för att anbudet skulle uppfylla samtliga skall-krav avseende produktsegmentet avancerat/barn. Att en av de övriga offererade hörapparaterna även skulle kunna jämföras med en ITE-modell framgår inte av anbudet. Vid hörselmätning undersöks hörseln mellan frekvenserna 125 – 8000 Hz eftersom det området är mest relevant för taluppfattning. Vid hörselrehabilitering anser patienter oftast att förbättrad taluppfattning

är det viktigaste ändamålet för användning av hörapparat. Audionomen utvärderar och säkerställer att hörapparaten förstärker vid rätt frekvens genom s.k. IF-mätning. Även denna mätning sträcker sig från 125 – 8000 Hz. Detta är vedertagna modeller dagligen använda av audionomer. Detta motiverar landstingens krav på bandbredd från 150 Hz. I anbudsgivarnas produktblad anges i de flesta fall en bandbredd från 100 Hz och uppåt varför det inte kan anses sakna medicinsk betydelse. Svar som föranledde borttagning av skall-krav publicerades den 30 mars 2010, 17 dagar innan sista anbudsdag. Landstingen anser att anbudsgivarna haft rimlig tid för att inse vilken påverkan detta svar hade. - Landstinget medger fel i anbudsutvärdering beträffande Oticon AB. Utvärderingen kommer att rättas innebärande att Oticon AB:s anbud diskvalificeras. Varje landsting har fattat tilldelningsbeslut för sig. Detta har meddelats anbudsgivarna i ett gemensamt tilldelningsbesked.

Förvaltningsrätten har den 31 maj 2010 förordnat att upphandlingen inte får avslutas i avvaktan på att rätten beslutar om något annat.

UTREDNINGEN

Av anbudsinbjudan framgår att upphandlingen omfattar ramavtal gällande hörapparater, reservdelar och tillbehör till Landstinget Kronoberg, Landstinget Blekinge och Landstinget Halland. Upphandlingsformen är öppen upphandling.

Upphandlingen delas in i fyra produktsegment; hörapparater enkel, hörapparater mellan, hörapparater avancerad och hörapparater till barn upp till 19 år, avancerad/barn, samt hörapparater till patienter med grav hörselnedsättning. Anbud skall lämnas för samtliga produktsegment. Anbud utvärderas i dess helhet innebärande att samtliga skall-krav för samtliga produktsegment ska vara uppfyllda.

Av Landstingens kravspecifikationen, position 20, för enkel hörapparat framgår följande: *Indikationssignaler vid låg batterinivå samt vid programbyte som kan till- och fränkopplas i programvaran skall finnas.*

Av kravspecifikationen, position 10, för avancerat/barn anges följande: *Samtliga offererade hörapparater i detta segment skall ha en bandbredd på minst 150 till 6500 Hz enligt IEC 60711.*

I kravspecifikation anges vidare under position 91 följande: *Samtliga offererade apparater i ett visst segment skall uppfylla samtliga skall-krav avseende segmentet.*

TILLÄMPLIGA BESTÄMMELSER

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 iakttas.

Enligt 16 kap 1 § LOU får en leverantör som anser sig ha lidit skada eller kan komma att lida skada enligt 2 § i en framställning till allmän förvaltningsdomstol ansöka om åtgärder enligt den paragrafen.

Av 16 kap 2 § LOU framgår 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.

Enligt 9 kap. 9 § LOU ska en upphandlande myndighet snarast möjligt skriftligen underrätta anbudssökandena och anbudsgivarna om de beslut

som fattats om att sluta ett ramavtal eller att tilldela ett kontrakt och om skälen för besluten.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Varje landsting har fattat tilldelningsbeslut för sig. Anbudsgivarna har meddelats detta i ett gemensamt tilldelningsbeslut. Förvaltningsrätten finner att de upphandlande myndigheterna underrättat anbudsgivarna om tilldelningsbeslut enligt gällande bestämmelser.

De grundläggande principer som ska efterlevas vid all offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande. Prövningen i förvaltningsrätten utgör en kontroll av om det på grundval av vad sökanden har framfört i målet finns anledning att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap 2 § LOU. För att ett ingripande ska bli aktuellt krävs också att sökanden kan visa att han lidit eller kan komma att lida skada på grund av att den upphandlande myndigheten brutit mot LOU.

Utvärderingen

Det måste vara den upphandlande myndigheten förbehållet att själv bestämma kraven för den upphandlande varan. Flera leverantörer kan erbjuda efterfrågad lösning och kraven kan därför inte ses som oproportionerliga. Med hänsyn härtill finner förvaltningsrätten att de aktuella skall-kraven inte utformats i strid mot 1 kap 9 § LOU eller annan bestämmelse i lagen.

En upphandlande myndighet bestämmer vad som ska upphandlas. Vid beskrivningen av varan för upphandlingen kan den upphandlande myndigheten vara mer eller mindre specifik i sina uppgifter. Bolaget har offererat produkter som inte uppfyller skall-kraven i position 10 och 20 i kravspeci-

fikationen. Genom att bolaget inte uppfyllt i kravspecifikationen ställda skall-krav har landstingen haft fog för sitt beslut att inte utvärdera bolagets anbud.

Förfrågningsunderlaget får anses vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kunnat avgöra vad Landstingen tillmäter betydelse vid upphandlingen och därigenom även skapa sig en bild av möjligheterna att lägga ett konkurrenskraftigt anbud. Av utredningen i målet kan inte utläsas annat än att utvärderingen har gjorts inom ramen för förfrågningsunderlaget. Det är inte visat annat än att utvärderingen vad gäller bolaget har skett i enlighet med bestämmelserna i LOU.

Förändringen av skall-krav

Landstingen har i frågor & svar meddelat anbudsgivarna att skall-kravet i position 91 i kravspecifikationen, som innebar att samtliga offererade apparater i ett visst segment skall uppfylla samtliga skall-krav avseende segmentet, utgår och inte kommer att utvärderas. Svaret som föranledde borttagning av skall-krav publicerades den 8 april 2010. Anbudstidens utgång var den 17 april 2010.

En ändring i ett skall-krav i förhållande till det ursprungliga förfrågningsunderlaget bör normalt ses som en väsentlig förändring (jfr Konkurrensverkets granskningsrapport "Länsrätternas domar om offentlig upphandling" 2007:2 s. 58 och Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 1132-10).

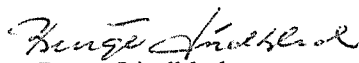
För att en upphandlande myndighet ska tillgodose likabehandlings- och öppenhetsprincipen är det inte tillräckligt att den upphandlande myndigheten endast annonserar väsentliga förändringar av förfrågningsunderlaget i en komplettering inom ramen för den pågående upphandlingen. Upphandlande myndighet måste istället formellt avbryta den pågående upphand-

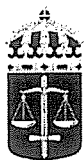
lingen och påbörja en ny upphandling genom att publicera ett meddelande om den nya upphandlingen.

Förändringarna av villkoren i förfrågningsunderlaget kan ha medfört att det funnits potentiella leverantörer som avhållit sig från att inge anbud med anledning av villkorens ursprungliga utformning, men som, om de hade haft kännedom om villkorens slutliga utformning hade varit intresserade av att delta i anbudsgivningen. Den vidtagna förändringen i förfrågningsunderlaget får därför anses innebära att Landstingen förfarit på ett sätt som strider mot såväl likabehandlings- som öppenhetsprincipen.

Förvaltningsrätten finner att ovan redovisade brister får anses ha medfört skada eller risk för skada för bolaget. Den aktuella bristen är hänförlig till förfrågningsunderlaget och kan därför inte åtgärdas på annat sätt än att upphandlingen ska göras om.

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


Bengt Lindblad



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