



**SÖKANDE**

1. 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

2. AB Widex, 556086-9769  
Box 16015  
200 25 Malmö

Ombud: Advokat Mikael Gustafsson  
Advokatbyrån Ranstam & Partners  
Stortorget 29  
211 34 Malmö

**MOTPARTER**

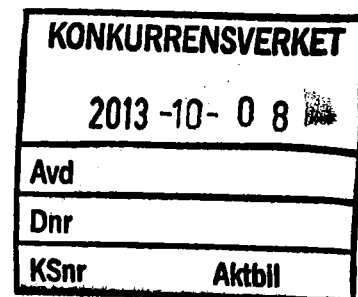
1. Landstinget Blekinge, 232100-0081  
371 81 Karlskrona

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

3. Region Halland  
Box 517  
301 80 Halmstad

**SAKEN**

Offentlig upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)



**FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE**

Förvaltningsrätten avslår ansökningarna om överprövning.

Förvaltningsrättens interimistiska beslut från den 13 maj 2013 upphör därmed att gälla.

**YRKANDEN M.M.**

Landstinget Blekinge, Landstinget Kronoberg och Region Halland (landstingen) har genomfört en gemensam upphandling av hörapparater m.m. Upphandlingen delas in i fem produktsegment: hörapparat nivå ett, hörapparat nivå två, hörapparater till patienter med grav hörselnedsättning, hörapparater RITE nivå ett och hörapparater RITE nivå två. Sista dag för lämnande av anbud var den 19 april 2013. Upphandlingen genomförs genom ett öppet förfarande enligt LOU.

*Yrkanden och inställningar*

*GN ReSound AB* (GN ReSound) yrkar att förvaltningsrätten ska förordna om att upphandlingen ska göras om och att en ny upphandling ska genomföras med iakttagande av bestämmelserna i LOU.

*AB Widex* (Widex) ansöker om överprövning och yrkar att upphandlingen ska göras om.

*Landstingen* motsätter sig bifall till samtliga yrkanden och hemställer att förvaltningsrätten lämnar ansökningarna utan bifall.

**GN ReSounds ansökan om överprövning**

*Oproportionerligt krav avseende bandbredd i produktsegment RITE, nivå ett*

*GN ReSound* anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget anges att anbud ska lämnas för hela uppdraget och att delade anbud inte kommer att utvärderas. GN ReSounds hörapparatsmodell inom produktområde D har en högsta bandbredd om 6 900 Hz. Det uppställa kravet gällande en band-

bredd om minst 7 500 Hz, avseende en enda efterfrågad hörapparatsmodell inom produktområde D, medför att bolaget inte heller kan offerera hörapparater inom något av de övriga produktområdena vari bolaget uppfyller samtliga uppställda skallkrav. Skallkravet utesluter därför möjligheten för bolaget att lämna anbud.

Syftet med skallkravet synes vara att få bästa möjliga taluppfattbarhet och språkutveckling i alla lyssningssituationer. I stort sett all talinformation ligger inom spannet 500 – 6 900 Hz och en bandbredd om 6 900 Hz eller 7 500 Hz saknar audiologisk betydelse. Det finns inget vetenskapligt underlag som visar att en ökning av bandbredd till 7 500 Hz ger bättre taluppfattbarhet och språkutveckling jämfört med en hörapparat som har en bandbredd om 6 900 Hz. Det finns vidare inget bevis för att en bandbredd på upp till 7 500 Hz i praktiken faktiskt ger mer förstärkning i diskanten för den enskilde brukaren än en bandbredd om 6 900 Hz. Skallkravet är oproportionerligt och oförenligt med LOU. Att potentiella leverantörer på detta sätt inte ges möjlighet att lämna anbud i upphandlingen leder till att de leverantörer som är bäst lämpade och har tillräcklig kapacitet att utföra uppdraget inte får den möjligheten. Detta är starkt konkurrensbegränsande och GN ReSound lider härigenom skada. Upphandlingen måste därför göras om. I sammanhanget ska också framhållas att GN ReSound är en ledande leverantör som tillhandahåller hörapparater med avancerad teknik och kravet innebär att landstingen utesluter avancerad teknik som exempelvis hörapparater med 2,4 GHz trådlös teknik. Detta innebär att kravet saknar betydelse för en hörapparats egenskap att kompensera för hörselnedsättning. De krav som landstingen ställer är inte lämpligt för att uppnå syftet med upphandlingen. Kravet framstår som godtyckligt och osakligt och får till följd att bolaget diskrimineras.

*Landstingen* anför bl.a. följande. Uppdelningen av upphandlingen är gjord efter olika patientprofiler. För varje produktsegment har landstingen ställt

specifika krav på bandbredden på hörapparaten, dvs. frekvensområden i vilket hörapparaten förstärker ljudet, som är relevant för patientgruppen. En stor del av patienterna har diskantnedsättning, dvs. minskad känslighet i de högre frekvenserna, och för denna grupp av patienter är det viktigt med en hörapparat med god prestanda i diskantområdet. För barn med hörselnedsättning är det viktigt för språkinläringen med en hörapparat med så hög bandbredd som möjligt för att barnet ska kunna höra alla ljud i språket. Frekvensområdet 125 – 8 000 Hz är det område som motsvarar de olika ljuden i mänskligt tal och även övriga ljud av betydelse i det dagliga livet vilket gör att kravet är proportionerligt utifrån beskrivningen av användare.

GN ReSound anför vidare att landstingen utesluter avancerad teknik i upphandlingen, som exempelvis hörapparater med 2,4 GHz trådlös teknik. För att denna teknik ska fungera krävs emellertid tilläggsutrustning i form av en sändare. Hörapparaten är det primära hjälpmedlet och det som förskrivs vid hörselnedsättning samt är vad som subventioneras. Tilläggshjälpmedel regleras som separata krav i upphandlingen.

Den rehabilitering där anpassning av hjälpmedel är ett måste för att nå målen i rehabiliteringen, är landstingen skyldiga att tillhandahålla hjälpmedel som i möjligaste mån tillgodoser personernas behov. Landstingen delar inte GN ReSounds uppfattning om att det inte finns bevis för att en bandbredd om 7 500 Hz i praktiken ger mer förstärkning i diskanten för brukaren än en bandbredd om 6 900 Hz. Konkurrerande hörapparatstillverkare kan tillgodose landstingens krav avseende bandbredd och även leverera förstärkningskurvor som styrker detta. Landstingen bifogar en jämförelse avseende förstärkning där GN ReSound har snävast bandbredd och även är den hörapparat som tappar förstärkningen tidigast i frekvensbandet. Landstingens krav avseende bandbredd är inte godtyckligt och osakligt utformat utan bygger på fakta. Det kan inte heller anses diskriminera GN ReSound att bolaget inte tillhandahåller en hörapparat med den bandbredd som

landstingen anser är nödvändig är inget som landstingen kan råda över. Flertalet av de leverantörer som finns på marknaden uppfyller landstingens krav gällande bandbredd. Kravet är inte oproportionerligt eftersom flertalet företag kan tillhandahålla hörapparater med den angivna bandbredden, men också långt överstigande, ändå upp till 12 000 Hz.

Vid lägre ställda krav ser landstingen en risk att äldre produkter offereras som inte alls uppfyller den prestanda som faktiskt finns tillgänglig på marknaden. Vidare är det viktigt att de hörapparater som landstingen tillhandahåller, håller en likvärdig prestanda som de hörapparater som kan tillhandahållas av privata återförsäljare.

#### *Leveranstid*

*GN ReSound* anför bl.a. följande. I kravspecifikationen anges att custom-made hörapparater och tillbehör ska levereras tio arbetsdagar innan angett återbesöksdatum. För att en anbudsgivare ska kunna kalkylera och offerera ett pris behöver anbudsgivaren känna till begärd leveranstid eftersom det påverkar priset. Som kravet är utformat avgör varje enskild audionom leveranstiden när återbesök inbokas, eftersom leveranstiden ska utgå från angett återbesöksdatum. Det finns ingen möjlighet för anbudsgivarna att bestämma anbudspriset eftersom leveranstiden är okänd. Leveranstiden kan dessutom variera i varje enskilt fall och det blir inte förutsebart vilken leveranstid som krävs. *GN ReSound* kan inte utifrån ovanstående information offerera ett konkurrenskraftigt pris och kravet står i strid med LOU. Landstingen har nu, sju dagar innan sista anbudsdag, ändrat skallkravet till att inkludera att beställning kommer att ske med minst 25 dagars framförhållning.

*Landstingen* anför bl.a. följande. I frågor och svar har landstingen förtydligat kravet på leveranstid och angett att custom-made hörapparater och till-

behör ska levereras minst tio arbetsdagar innan angett återbesöksdatum samt att beställning kommer att läggas med minst 25 dagars framförhållning. Landstingen anser att detta ska betraktas som ett tillägg och ett förtydligande, inte en ändring av ett skallkrav. I förfrågningsunderlaget saknades uppgift om med vilken framförhållning beställningar skulle göras.

*Otydlighet vad gäller kostnad för reparation av hörapparat/extern hörtelefon*

GN ReSound anför bl.a. följande. Av informationen i kravspecifikationen framgår att reparationskostnaden får vara max 100 kr eller 300 kr beroende på om "enbart vax" eller "vax" har orsakat felet. Maximal reparationskostnad anges som skallkrav och offererat pris poängsätts i enlighet med börkravet. I punkten 14 anges emellertid "enbart vax i hörtelefonen orsakat felet", medan det i punkten 15 anges "enbart vax i hörselgången orsakat felet". Detta innebär att landstingen inte kommer att poängsätta ett pris som är kopplat till det angivna skallkravet, vilket synes vara avsikten med uppställt börkrav. Bolaget gör även gällande att det inte går att göra någon åtskillnad på informationen i punkt 14 och 16. GN ReSound kan inte förstå skillnaden på en kostnad för reparation där enbart vax i hörtelefonen orsakat felet eller en kostnad för reparation där vax i hörtelefonen orsakat felet. Det är vidare oklart vilken part som ska göra den bedömningen. Utifrån denna information går det inte att offerera ett konkurrenskraftigt pris.

Landstingen har enligt egen uppgift rättat vad som anförts vara en felskrivning. Den påstådda rättelsen har gjorts sju dagar innan sista anbudsdag. Den påstådda felskrivningen är att anse som en förändring av ett skallkrav och landstingen har därmed vidtagit en väsentlig förändring av förutsättningarna i förfrågningsunderlaget, i strid med likabehandlingsprincipen.

*Landstingen* anför bl.a. följande. Landstingen har, genom frågor och svar, ändrat en felskrivning i punkt 14. Den korrekta formuleringen ska vara "Kostnad för reparation av hörapparat/extern hörtelefon där enbart vax i ljudkanalen orsakat felet ska vara max 100 kr". Punkterna 14 och 15, avser ljudkanal, och punkterna 16 och 17, som avser hörtelefon, hör därmed ihop. Därmed går det även att göra en åtskillnad på punkt 14 och 16 eftersom punkt 14 gäller ljudkanalen och punkt 16 gäller hörtelefonen.

#### *Förlängning av anbudstiden*

*GN ReSound* anför bl.a. följande. Landstingen har flyttat fram sista dag för att lämna anbud från den 19 april till den 22 april 2013, vilket utgör en väsentlig förändring för att lämna anbud. Landstingen förlängde anbudstiden den 17 april 2013, dvs. endast två dagar innan den ursprungliga anbudstidens utgång och således ytterst sent i anbudsperioden.

*Landstingen* anför bl.a. följande. Det är riktigt att landstingen förlängde anbudstiden och det var en marginell förändring som inte hade någon inverkan på konkurrensen.

#### *Oproportionerligt krav beträffande servicekit*

*GN ReSound* anför bl.a. följande. Landstingen kan inte ställa krav på att det ska levereras kostnadsfria sidoprodukter. Bolaget har ingen möjlighet att utveckla och ta fram kostsamma sidoprodukter som aktuellt servicekit och det kan inte betraktas som ett proportionerligt krav i förhållande till det som ska upphandlas. Det som förevarit i en tidigare upphandling saknar betydelse i denna upphandling. Att GN ReSound tidigare har tillhandahållit servicekit innebär inte per automatik att bolaget kan utveckla och ta fram kostsamma sidoprodukter som aktuellt servicekit. Att landstingen anser att det finns behov av att tillhandahålla sidoprodukter, kostnadsfritt på leve-



rantörernas bekostnad, är inte ett proportionerligt krav, oavsett myndigheternas frihet att bestämma vad som ska upphandlas.

*Landstingen* anför bl.a. följande. Motsvarande krav fanns med i den senast genomförda upphandlingen och GN ReSound blev tilldelad kontrakt, varför landstingen ställer sig frågande till varför bolaget ifrågasätter skallkravet i pågående upphandling. Upphandlande myndigheter har mycket stor frihet att själva bestämma vad som ska upphandlas. Landstingen har behov av att kunna tillhandahålla servicekit till barn. GN ReSound – som idag har avtal innefattande leveranser av servicekit – kan liksom andra leverantörer uppfylla behovet. Kravet strider inte mot proportionalitetsprincipen. Servicekiten ska behandlas som hörapparatstillbehör – inte som sidoprodukter som GN ReSound gör gällande – och ingår således som en del i upphandlingen. Servicekiten är ett krav i de produktspecifika kraven för hörapparater nivå ett. Kravet är till för att användare ska kunna ta hand om sitt hörselhjälpmiddel och därigenom undvika onödiga reparationer. Det är således ett berättigat krav. Det står anbudsgivarna fritt att räkna in kostnaden i anbudspriset och det är fråga om en mindre volym.

*Otydlighet gällande kostnad för "custom-made skal" och insats i produktsegment RITE, nivå ett*

*GN ReSound* anför bl.a. följande. I kravspecifikationen anges att kostnaden för ett custom-made skal ska vara lägre än 400 kr och kostnaden för insats ska vara lägre än 300 kr. Custom-made skal och insatser är båda individuellt tillverkade insatser. GN ReSound förstår inte på vilket sätt det skulle vara någon skillnad mellan dessa produkter då de ska sitta på en hörtelefon. Eftersom det inte går att förstå vad som efterfrågas är det heller inte möjligt att lämna ett konkurrenskraftigt pris. Landstingens nu påstådda förtydligande är i själva verket en förändring av uppställda skallkrav och

landstingen har därmed vidtagit en väsentlig förändring av förutsättningarna i förfrågningsunderlaget.

*Landstingen* anför bl.a. följande. Landstingen har förtydligat vad som åsyftas med kravet i frågor och svar, fråga 24. Custom-made skal är som ett tomt CIC-skal och det är det som är skillnaden mot en insats. Eftersom det är två olika saker finns det möjlighet till olika prissättning. För leverantörer av hörapparater är custom-made skal ett vedertaget begrepp och landstingen har förtydligat att custom-made skal är ett tomt CIC-skal, dvs. en allt-i-örat som sitter enbart i hörselgången. Det är förvånande att leverantörer inte har tillgodosett sig denna information och förstått den då de själva tillverkar och säljer hörapparater av typen CIC. Det är skillnad på material på ett skal och en insats. Funktionen är densamma, dvs. den ska hålla hörtelefonen på plats i patientens öra, men utförandet är olika

#### **Widex ansökan om överprövning**

*Den fördelningsnyckel som har valts av landstingen är i strid med LOU*

*Widex* anför bl.a. följande. Landstingen har för avsikt att teckna ramavtal med de tre anbudsgivare som placerar sig främst i rangordningen. Fördelning sker utan förnyad inbjudan att lämna anbud. Mallen till ramavtalet innehåller inte några närmare villkor för hur tilldelning av kontrakt ska ske, utöver en hänvisning till förfrågningsunderlaget och eventuella kompletteringar till det. I frågor och svar anger landstingen att fördelningen mellan de antagna leverantörerna styrs av det audiologiska behovet hos patienten och den medicinska professionens bedömning. Huvudregeln är att ett ramavtal ska innehålla en fastlagd rangordning och först om det är omöjligt, eller förenat med påtagliga nackdelar, får en annan ordning för val av leverantör väljas. Ingen av de slags undantagssituationer som nämns i förarbetena är förhanden här och i de fall där undantagen är tillämpliga måste för-

delningsnyckeln ändå tillgodose kraven på icke-diskriminering osv., vilket landstingens fördelningsnyckel inte gör. Fördelningsnyckeln innebär, genom sin vaga utformning, att landstingens audionomer i praktiken ges möjlighet att välja leverantör efter eget skön. Inget av de två kriterier som utgör grund för avrop är formulerat på ett sådant sätt att godtycke vid val av leverantör avseende viss patient undviks.

I förfrågningsunderlaget finns vidare mycket specificerade kravförteckningar och samtliga hörapparater som levereras får förutsättas redovisa de behov som finns. Samtliga levererade hörapparater får också förutsättas uppfylla patientens behov. I sådant fall är kriteriet avseende patientens behov helt utan betydelse som generellt kriterium för val av leverantör för viss patient.

Skäl föreligger inte heller för ett generellt avstående från de normala reglerna om rangordning. För det fall att det audiologiska behovet för en viss patient är så speciellt att någon leverantör bör väljas framför någon annan, bör detta istället ske genom ett undantag från den rangordning som annars ska gälla.

Samma slags otydlighet föreligger beträffande det andra kriteriet avseende den medicinska professionens bedömning. Här lämnas fältet helt fritt för respektive audionom att välja den leverantör som han finner lämplig. Inget sägs heller om de närmare kriterier som urvalet ska ske efter, utan det handlar enbart om den enskilde audionomens tyckande och tänkande. Inte heller här finns anledning till ett generellt avstående från rangordningen som landstingen ska göra inför sitt tilldelningsbeslut.

En leverantör måste kunna förutse hur tilldelningen ska se och det är särskilt viktigt när det gäller det slags högteknologiska produkter som det här är fråga om och leverantörerna måste kunna planera verksamheten så att

denna på ett kostnadseffektivt sätt uppfyller kraven i blivande avtal. Den fördelningsnyckel som landstingen har valt omöjliggör all sådan planering. Upphandlingen avser produkter till ett värde om 45 miljoner kronor och det har därför stor betydelse för de blivande leverantörerna om man kommer att få leverera endast 5 – 10 procent eller kanske större delen av köpsvolymen.

De korta leveranstiderna komplicerar saken ytterligare avseende såväl leveranser som reparationer och landstingen kräver samtidigt vite redan vid en dags försening och förbehåller sig rätten till hävning. Det helt öppna spann som förfrågningsunderlaget innebär omöjliggör också all planering av omfattningen på den personella och övriga organisation som behövs för att möta landstingens krav.

Inte några av de landstingen åberopade reglerna utgör tillräckliga skäl för den fördelningsnyckel som landstingen använt sig av skulle vara tillåtlig. Utdraget som landstingen hänvisar till i hälso- och sjukvårdslagen (HSL) rör olika behandlingsalternativ, inte val av fabrikat inom respektive alternativ. Att något fritt val av fabrikat inte föreligger inom den hälso- och sjukvård som tillhandahålls av det allmänna framgår t.ex. av förskrivning av läkemedel, där möjligheten för vårdtagarna att välja fabrikat saknas. Inte heller reglerna avseende audionomernas arbetssätt innebär att fördelningsnyckeln skulle vara nödvändig. Audionomernas råd avser olika slags hörapparater, inte olika fabrikat av hörapparater. Tilldelningsmodellen behövs inte heller för att möjliggöra någon anpassning av den hörapparat som valts till en viss patient, eller för att göra det möjligt att byta till en annan hörapparat.

Såsom landstingen påpekar är audionomernas tid begränsad, detta i samband med vårdgarantin gör att landstingen varken har tid eller råd att genomföra de omfattande fria val som landstingen påstår. Argumenten om

det fria valet kan därför omöjligt motivera fördelningsmodellen som landstingen valt. Den omständigheten att vissa landsting upphandlat hörsel- hjälpmedel med en liknande fördelningsmodell innebär inte att modellen kan anses tillåtlig.

Widex bifogar en sammanställning som visar den försäljning som förevarit för Widex del avseende en annan liknande upphandling. Redan vid en översiktlig granskning framkommer att det föreligger mycket stora variationer mellan de antal hörapparater som beställts av audionomerna på de olika klinikerna och det finns ingen som helst förutsägbarhet. Lika tydligt är att det av landstingen påstådda fria val som patienterna ska ha inte är något som fungerar i praktiken.

Tillräckliga skäl för ett såhär omfattande undantag från de normala reglerna föreligger inte, utan de slags fördelningsnycklar som presenterats – och som fungerar utmärkt i de många landsting där de tillämpas – är fullt tillräckliga för att uppnå de syften som landstingen eftersträvar.

*Landstingen* anför bl.a. följande. Landstingen har en skyldighet enligt HSL att utföra hörsel- rehabilitering och rehabilitering. I 2 a § HSL anges att vården och behandlingen ska så långt det är möjligt utformas och genomföras i samråd med patienten och i 3 a § HSL anges att när det finns flera behandlingsalternativ i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet ska landstinget ge patienten möjlighet att välja det alternativ som han eller hon föredrar. Rehabilitering och rehabilitering ska således planeras i samverkan med den enskilde. Vidare lyder audionomerna under HSL och Socialstyrelsens föreskrifter och i sitt yrkesutövande har de vägledning i Svensk standard, SS-EN 15927:2010. Standarden gäller hela processen. Widex resonemang om att audionomerna efter eget skön kan välja hörapparat är således helt obefogat. Audionomens skyldigheter och tillvägagångssätt vid hörselrehabilitering är väl reglerat i lag, föreskrifter, etisk

kod och standard, vilket innebär att audionomen i sitt tjänsteutövande inte ges möjlighet till skönsmässiga bedömningar. Patienten har vidare en tydlig ställning i rehabiliteringen och habiliteringen och har laglig rätt att vara med och välja och påverka valet av hörapparat och tillbehör. Utprovning av hörapparater är en standardiserad, omfattande och komplex process där många olika aspekter tas i beaktande vid val av hörselrehabilitering eller hörapparat. Inom vårdsektorn måste landstingen ta hänsyn till varje enskild patients behov och möjlighet till inflytande. I synnerhet vid upphandlingar av medicinska produkter så som hörapparater är det svårt för den upphandlande myndigheten att i förväg beskriva det kommande behovet, eftersom det är beroende av parametrar som landstingen inte styr över eller kan förutse.

Landstingen anser att angiven fördelningsnyckel inte ger utrymme för fritt val och att tilldelning sker på objektiva grunder. En rangordning är inte praktisk möjlig samt förenad med påtagliga nackdelar för landstingen. De undantagssituationer som omnämns i förarbetena är för handen i den aktuella upphandlingen. Landstingen bestrider att fördelningsnyckeln inte skulle uppfylla kravet på icke-diskriminering. Genom processen för hörapparatutprovning så säkerställs att samtliga avtalsleverantörer behandlas lika och avgörande för valet är patientens specifika behov. De olika hörapparatföretagen har olika funktioner och tekniska lösningar och även olika lösningar vad gäller tillbehör. Samtliga offererade hörapparater uppfyller inte heller alla de uppställda börkraven. De tre företag som landstingen tecknar avtal med har olika hörapparater som inte är helt lika, även om de klarar grundkraven, dvs. skallkraven. Det är en komplex bedömning när en hörapparat ska väljas utifrån diagnostik, behovsbedömning, förutsättningar, önskemål och krav från patienten. Patientens subjektiva upplevelse av ljudbilden kan avgöra vilken hörapparat som patienten väljer och landstingen kan inte ifrågasätta patientens upplevelse av hörselhjälpmedlet, utan vid förskrivning av hörapparat är audionomen skyldig att beakta patientens

val varför landstingen inte alltid kan påverka valet av leverantör. Vid utprovning av hörapparater ska behovsstyrda val göras utifrån patienten och en fördelningsnyckel angiven i procent eller andra fördelningssätt innebär att behovsstyrda val inte kan göras.

Landstingen bestrider att angivna leveranstider och vitesbestämmelser skulle stå i strid med någon grundläggande princip enligt LOU. Landstingen kan inte se att det är några oproportionerliga leveranstider eftersom det vid bestämmandet av leveranstiden tagits hänsyn till om det är standardprodukter, specialtillverkade produkter, reservdelar eller akutleveranser.

Det saknar relevans i målet hur andra landsting väljer att utforma sina förfrågningsunderlag, landstingen vill dock tillägga att Widex tidigare har tilldelats kontrakt avseende en upphandling som beräknats till cirka elva miljoner kronor, med samma typ av fördelningsnyckel som Widex i den här upphandlingen inte anser uppfyller kraven på en fördelningsnyckel.

*Landstingens skullkrav avseende anbud rörande alla segment strider mot proportionalitetsprincipen*

*Widex* anför bl.a. följande. Landstingen begär att alla anbud ska omfatta samtliga produkter som ska upphandlas inom olika områden och totalt handlar det om ett tjugotal produkter fördelade inom fem segment. Det innebär att de leverantörer som inte har en produktindelning som helt stämmer överens med den indelning som upphandlande myndigheter gjort ställs inför beslutet att, antingen avstå från att avge anbud eller erbjuda en egentligen överkvalificerad produkt till underpris. Härtill kommer att landstingen ställer krav på kostnadsfri utbildning, en till två gånger per år, avseende samtliga avtalade produkter. Utöver utbildningskravet ställer landstingen också krav på utprovningshjälp och support m.m., vilket är omotiverade kostnader om någon försäljningsvolym av betydelse inte kan

förväntas. Det finns inte något sakligt skäl till varför det är nödvändigt att en leverantör kan leverera samtliga produkter och kravet strider därför mot proportionalitetsprincipen. Övriga landsting har inte några problem att bedriva sin verksamhet genom upphandlingar avseende hörselhjälpmedel som medger delade anbud.

Eftersom landstingen själva kan styra hur utbildningen ska gå tillväga, och utbildningen ändå måste innefatta samtliga de segment som nu upphandlas, innebär utbildningsbehovet inte en sådan olägenhet för landstingen som motiverar de olägenheter som redogjorts för i tidigare inlagor. Det är inte heller korrekt att varje leverantör skulle behöva ge en hel dags utbildning, utan tiden står naturligtvis i proportion till antalet produkter utbildningen avser.

Landstingens argumentation i den här delen står helt i strid med vad landstingen anfört rörande fördelningsmodellen och patienternas fria val. Det finns inte heller någon självklar koppling mellan antalet olika hörapparater och antalet leverantörer, eftersom varje leverantör har möjlighet att i sitt anbud uppta olika hörapparater inom varje segment. Landstingen har i sin utformning av upphandlingen gått utanför de ramar som ställs upp i LOU.

*Landstingen* anför bl.a. följande. Enligt fast rättspraxis har en upphandlande myndighet stor frihet att själv utforma sin upphandling inom ramarna för LOU. Anbudsgivarna kan fritt välja vilka produkter som offereras förutsatt att den uppfyller skallkraven och även ange anbudspriser, varför landstingen ställer sig frågande till Widex resonemang kring underpriser. Det är förenat med påtagliga nackdelar att ha ett delat anbud i upphandlingen. Det är av stor vikt för patienterna att leverantörerna kan tillhandahålla hörapparater i alla produktsegment. Vid en anpassning lär sig patienten leverantörens ljudbild och även kontroller och reglage och vid ett delat anbud måste patienten byta till ett annat företag och hela processen måste



göras om. Det kan även vara så att en patient vill byta typ av hörapparat inom aktuellt segment men en annan typ, men vid ett delat anbud finns inte den möjligheten utan en annan leverantörs hörapparat måste användas. Vid ett delat anbud skulle det vara möjligt att alla leverantörer på marknaden fick anbud vilket skulle innebära att audionomerna behöver utbildning i alla företags produkter. Kompetensen blir då svår att upprätthålla och det finns risk att god vård inte går att tillgodose. Det skulle också vara mindre intressant för leverantörerna att lämna anbud eftersom det finns en risk att man enbart får ett segment. Landstingen skulle inte få lägre priser totalt sett, utan det skulle snarare bli tvärtom eftersom anbudsgivarna skulle sälja en mindre volym om de endast blev tilldelade avtal i ett segment.

Det är nödvändigt att leverantören tillhandahåller utbildning till audionomerna, eftersom annars kan de inte lära sig produkterna eller göra en korrekt utprovning. Det är således ett grundläggande krav för att leverantörens hörapparater ska kunna användas och en förutsättning för att leverantörerna ska kunna sälja sina produkter. Utbildningarna ska ske en till två gånger per år för samtliga avtalade produkter. Leverantörens kostnad för utbildning är således densamma oavsett om utbildningen omfattar ett eller fem produktsegment. Omfattningen är begränsad och kalkylerbar. Det saknar relevans hur andra landsting har valt att utforma sina förfrågningsunderlag vid upphandling av hörapparater.

*Ytterligare krav i strid mot proportionalitetsprincipen*

*Widex* anför bl.a. följande. I förfrågningsunderlaget ingår en så kallad avtalsmall vars innehåll det är ett skalkrav att leverantörerna accepterar utan reservation. Avtalet är synnerligen ensidigt – till landstingens fördel – och flera av klausulerna är i strid med proportionalitetsprincipen.

Den mest iögonfallande klausulen är punkten 3.34 som anger att leverantören ska med alla till buds stående medel verka för att klara av sina leveranser vid beredskaps- och krigsförhållanden samt i katastrofsituationer. Force majeure-klausulen träder ikraft först när leverantören fullgjort sina skyldigheter enligt ovan. Kravet innehåller inte någon form av begränsning till åtgärder som står i rimlig proportion till det som ska levereras. Detta slags klausuler kan måhända accepteras i avtal där det är av yttersta vikt för rikets säkerhet, eller människors liv, att leveranser sker i tid, men de har inget berättigande i avtal om hörselhjälpmedel. Texten innebär att leverantören i och för sig inte har någon strikt skyldighet att leverera i tid om detta skulle visa sig vara faktiskt omöjligt, men annars ska leverantören göra allt som överhuvudtaget går. Kravet saknar helt berättigande och ett åsidosättande av normala force majeure-klausulen som texten innebär är inte motiverat.

Ytterligare en anmärkningsvärd klausul är punkten 3.32 som anger att parterna har, var för sig, rätt till omförhandlingar av avtalet om sådana förhållanden inträffar som väsentligen påverkar eller förändrar förutsättningarna för detta avtal, häri inbegripet – men inte begränsat till – politiska beslut. Att en möjlighet till omförhandling finns under vissa förutsättningar är inte i sig anmärkningsvärt, men klausulen åsidosätter de grundläggande reglerna om avtals bundenhet. Genom att låta politiska beslut omfattas av omförhandlingsrätten, ges landstingens politiker möjlighet att åsidosätta de grundläggande reglerna i avtalslagen, bara de fattar ett beslut med sådan innebörd. Klausulen strider därför mot LOU. Den tolkning som landstingen ger klausulen innebär enligt bolagets uppfattning att den är så otydlig att förfrågningsunderlaget är i strid med principen om transparens.

*Landstingen* anför bl.a. följande. Avseende punkten 3.34 gör landstingen gällande att det i klausulen står att leverantören ska ”verka för”, innebörden av att verka för anser landstingen inte är densamma som att leverantö-

ren ska leverera med vilken insats eller till vilken kostnad det än må vara. Begreppet "verka för" ska tolkas så som att leverantören ska anstränga sitt till sitt yttersta för att klara sina leveranser. Klausulen strider därför inte mot proportionalitetsprincipen.

I klausulen gällande omförhandling anges att parterna har rätt att omförhandla avtalet, inte att landstingen har rätt att frånträda sig avtalet. Om parterna inte kan enas får frågan lösas rättsligt. Med politiska beslut åsyftas införande av eventuellt fritt val enligt lagen om valfrihetssystem.

### SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

#### *Tillämpliga bestämmelser m.m.*

Enligt 16 kap. 4 § LOU får allmän förvaltningsdomstol efter ansökan av en leverantör som anser sig ha lidit eller kunna komma att lida skada överpröva en upphandling.

Av 16 kap. 6 § LOU framgår att rätten ska besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts 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 har lidit eller kan komma att lida skada.

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. 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. 6 § 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 enheten brutit mot LOU.

Av 2 a § HSL framgår bl.a. att vården och behandlingen ska så långt det är möjligt utformas och genomföras i samråd med patienten. Enligt 3 a § HSL ska landstingen när det finns flera behandlingsalternativ som står i överensstämmelse med vetenskap och beprövad erfarenhet, ge patienten möjlighet att välja det alternativ som han eller hon föredrar. Landstinget ska ge patienten den valda behandlingen om det med hänsyn till den aktuella sjukdomen eller skadan och till kostnaderna för behandlingen framstår som befogat.

Även förfrågningsunderlag och utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade får godtas, under förutsättning att de principer som bär upp LOU och unionsrätten inte träds för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Frågan är därmed om förfrågningsunderlaget innehåller sådana brister att det bryter mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

Förfrågningsunderlaget utgör ramen för upphandlingen och möjligheterna att komplettera eller förtydliga ett förfrågningsunderlag är många gånger begränsade. I LOU saknas detaljerade regler beträffande förfrågningsunderlag både avseende utformning och ändringar som förtydliganden och kompletteringar. Ett förtydligande eller en komplettering får bedömas med utgångspunkt i de grundläggande EU-rättsliga principer som kommer i uttryck i 1 kap. 9 § LOU. En upphandlande myndighet får i regel göra kompletteringar och förtydliganden som handlar om att klargöra tveksamheter eller otydligheter i förfrågningsunderlaget. En komplettering eller ett

förtydligande får dock inte innebära en väsentlig förändring. Exempelvis kan en ändring eller tillägg av ett skallkrav ses som en väsentlig förändring. Den upphandlande myndigheten får i regel inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras. Detta skulle strida mot likabehandlingsprincipen. Om den upphandlande myndigheten anser att nya krav måste ställas kan detta innebära att upphandlingen måste avbrytas och göras om (jfr Kammarrätten i Jönköping i dom den 20 september 2011, mål nr 1367-11 och 1399-11).

### **GN ReSounds ansökan om överprövning**

*Oproportionerligt krav avseende bandbredd i produktsegment RITE, nivå ett*

GN ReSound anför att skallkraven att leverantörer måste lämna anbud i alla segment jämte kravet avseende en bandbredd om minst 7 500 Hz, för en enda efterfrågad hörapparatsmodell, medför att bolaget inte kan offerera hörapparater inom något av de övriga produktområdena, eftersom bolaget för det aktuella segmentet har en hörapparat med en bandbredd om 6 900 Hz. Detta strider enligt bolaget mot proportionalitetsprincipen. Kravet om 7 500 Hz saknar audiologisk betydelse och det finns inte något vetenskapligt underlag som visar att en ökning av bandbredd till 7 500 Hz ger bättre taluppfattbarhet och språkutveckling jämfört med en som har en bandbredd om 6 900 Hz. Landstingen menar istället att kravet varken är godtyckligt eller osakligt utformat och att det bygger på fakta. Det kan inte heller anses diskriminera GN ReSound att bolaget inte tillhandahåller en hörapparat med den bandbredd som landstingen anser är nödvändig. Flertalet av de leverantörer som finns på marknaden uppfyller landstingens krav gällande bandbredd, men också långt överstigande, ändå upp till 12 000 Hz.

Enligt förarbetena till LOU innebär proportionalitetsprincipen att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155). När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för upphandlingen har den stor frihet. Kraven måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen dvs. de ska avse och påverka just den produkten som upphandlas. De krav som ställs upp får inte heller strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (se RÅ 2010 ref. 78). Det strider inte heller mot likabehandlingsprincipen att ställa höga krav som endast ett fåtal leverantörer har möjlighet att uppfylla, så länge kraven sakligt motiverade av upphandlingsföremålet (mål C-513/99 Concordia).

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att kravet på en bandbredd om 7 500 Hz är kopplat till upphandlingsföremålet och att det har en direkt påverkan på vad som ska upphandlas. Kravet framstår inte som godtyckligt eller uppenbart osakligt, utan har utformats med beaktande av patienternas behov i det aktuella segmentet. Vidare är kravet tydligt och lika för alla anbudsgivare. Det är också möjligt för leverantörer att gå samman eller åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet.

Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att kravet på viss en bandbredd om 7 500 Hz inte kan anses strida mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

#### *Leveranstid*

I kravspecifikationen avseende generella krav för alla produktsegment anges följande i punkt 6. Custom-made hörapparater och tillbehör ska levereras tio arbetsdagar innan angett återbesöksdatum.

GN ReSound menar att innan landstingens ändring avgjorde varje enskild audionom leveranstiden efter när återbesöken inbokas och det gick inte att bestämma ett anbudspris p.g.a. att leveranstiden var okänd. Landstingen har därefter, sju dagar innan sista anbudsdag, ändrat skallkravet till att inkludera att beställning kommer att ske med minst 25 dagars framförhållning. Landstingen menar att man har förtydligat kravet genom att ange att beställning kommer att läggas med minst 25 dagars framförhållning och att det ska betraktas som ett tillägg och ett förtydligande, inte som en ändring av ett skallkrav.

Förvaltningsrätten konstaterar att möjligheterna att komplettera eller förtydliga ett förfrågningsunderlag många gånger är begränsade. Den upphandlande myndigheten får i regel inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras. En komplettering eller ett förtydligande får inte innebära en väsentlig förändring.

Vad som är en väsentlig förändring definieras varken i LOU eller i det bakomliggande EU-direktivet och måste bedömas i varje enskilt fall (jfr Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, Helena Rosén Andersson m.fl., s. 86). Förvaltningsrätten finner att vid prövningen av om en ändring är väsentlig får en samlad bedömning göras av orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, tidpunkten för ändringen samt om några åtgärder vidtagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser till följd av ändringen.

Förvaltningsrätten konstaterar att den ursprungliga lydelsen av skallkravet innebar att vissa hörapparater skulle levereras tio arbetsdagar innan angett återbesöksdatum. Genom landstingens svar har kravet ändrats på så sätt att beställning kommer att läggas med minst 25 dagars framförhållning. Enligt

förvaltningsrätten mening är det tveksamt om landstingens svar kan anses utgöra ett förtydligande, utan i stället möjligen är att bedöma som ett tillägg till skullkravet om att vissa hörapparater ska levereras tio arbetsdagar innan ett visst angett datum. Det får vidare antas att orsaken till den kompletterande informationen var att utan den gick det inte att utläsa med vilken framförhållning leveranser skulle ske.

Även om ändringen ska betraktas som ett nytt skullkrav finner emellertid förvaltningsrätten att GN ReSound inte klargjort på vilket sätt ändringen av förfrågningsunderlaget har medfört skada eller risk för skada för bolaget och bolaget har inte heller konkretiserat skadan (jfr Högsta förvaltningsdomstolens dom den 1 juli 2013 i mål nr 96-13). Eftersom GN ReSound således inte gjort sannolikt att bolaget lidit eller kan komma att lida skada, saknas det skäl att vidta åtgärder enligt 16 kap. 6 § LOU.

*Otydlighet vad gäller kostnad för reparation av hörapparat/extern hörtelefon*

GN ReSound anser att det inte går att offerera ett konkurrenskraftigt pris utifrån den information som finns och att det inte går att förstå skillnaden på en kostnad för reparation där enbart vax i hörtelefonen orsakat felet eller en kostnad för reparation där vax i hörtelefonen orsakat felet. Landstingens påstådda felskrivning är att anse som en förändring av ett skullkrav och landstingen har därmed vidtagit en väsentlig förändring av förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Landstingen anser å sin sida att man endast har ändrat en felskrivning, från hörtelefonen till ljudkanalen.

Förvaltningsrätten konstaterar att möjligheterna att komplettera eller förtydliga ett förfrågningsunderlag är många gånger begränsade. Den upphandlande myndigheten får i regel inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk att förutsätt-



ningarna för upphandlingen ändras. En komplettering eller ett förtydligande får inte innebära en väsentlig förändring.

Vad som är en väsentlig förändring definieras varken i LOU eller i det bakomliggande EU-direktivet och måste bedömas i varje enskilt fall (jfr Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, Helena Rosén Andersson m.fl., s. 86). Förvaltningsrätten finner att vid prövningen av om en ändring är väsentlig får en samlad bedömning göras av orsakerna till ändringen, ändringens omfattning och betydelse, tidpunkten för ändringen samt om några åtgärder vidtagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser till följd av ändringen.

Förvaltningsrätten finner att den aktuella ändringen av skallkravet endast rör ett specifikt ord och att orsaken till ändringen var att rätta felskrivningen av detta ord. Den faktiska ändringens omfattning har således endast en begränsad omfattning och efter förtydligandet kan skallkravet inte heller anses vara otydligt. Mot denna bakgrund finner förvaltningsrätten att förtydligandet som landstingen gjort i den här delen inte är att väsentlig och inte heller att anse som ett nytt skallkrav.

Förvaltningsrätten finner således att förtydligandet i den här delen inte kan anses strida mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

#### *Förlängning av anbudstiden*

GN ReSound anför att det faktum att landstingen flyttade fram sista dag för att lämna anbud från den 19 april till den 22 april 2013 utgör en väsentlig förändring.

Förvaltningsrätten anser att en förlängning av anbudstiden med tre dagar inte utgör väsentlig förändring och ändringen kan inte anses strida mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

*Oproportionerligt krav beträffande servicekit*

I kravspecifikationen avseende hörapparater nivå 1 anges följande i punkt 47. Servicekit bestående av en väska som innehåller minst clips, kanylblåsa, batteritestare samt rengöringsburk och torkburk ska vid behov tillhandahållas kostnadsfritt till barn 0-19 år.

GN ReSound anser att landstingen inte kan ställa krav på att det ska levereras kostnadsfria sidoprodukter och att bolaget inte har någon möjlighet att utveckla och ta fram kostsamma sidoprodukter som aktuellt servicekit. Det kan inte betraktas som ett proportionerligt krav i förhållande till det som ska upphandlas. Landstingen menar istället att det finns behov av att kunna tillhandahålla servicekit till barn och att servicekiten ska behandlas som hörapparatstillbehör. De ingår som en del i upphandlingen. Det står anbudsgivarna fritt att räkna in kostnaden i anbudspriset och det är fråga om en mindre volym.

Förvaltningsrätten konstaterar att upphandlande myndigheter har stor frihet att själva bestämma vad de vill upphandla så länge det inte strider mot LOU. I den aktuella upphandlingen har det tydligt framgått vad som efterfrågats och kravet gäller alla leverantörer. Förvaltningsrätten anser inte att det är fråga om ett oproportionerligt krav att kunna tillhandahålla ett servicekit som ett tillbehör till en hörapparat, i en upphandling rörande hörapparater. Såsom landstingen har påpekat har det också stått varje leverantör fritt att räkna in den aktuella kostnaden i anbudspriset.

Förvaltningsrätten finner att kravet att tillhandahålla ett servicekit i enlighet med förfrågningsunderlaget inte kan anses strida mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

*Otydlighet gällande kostnad för "custom made skal" och insats i produktsegment RITE nivå ett*

GN ReSound anför att i kravspecifikationen anges att kostnaden för ett custom-made skal ska vara lägre än 400 kr och kostnaden för insats ska vara lägre än 300 kr. Custom-made skal och insatser är båda individuellt tillverkade insatser och bolaget förstår inte på vilket sätt det skulle vara någon skillnad mellan dessa produkter då de ska sitta på en hörtelefon. Eftersom det inte går att förstå vad som efterfrågas är det heller inte möjligt att lämna ett konkurrenskraftigt pris. Landstingens nu påstådda förtydligande är i själva verket en förändring av uppställda skallkrav och landstingen har därmed vidtagit en väsentlig förändring av förutsättningarna i förfrågningsunderlaget. Landstingen å sin sida menar att custom-made skal är som ett tomt CIC-skal och det är det som är skillnaden mot en insats. Eftersom det är två olika saker finns det möjlighet till olika prissättning. För leverantörer av hörapparater är custom-made skal ett vedertaget begrepp.

Förvaltningsrätten konstaterar att möjligheterna att komplettera eller förtydliga ett förfrågningsunderlag är många gånger begränsade. Den upphandlande myndigheten får i regel inte tillföra andra krav än de som finns angivna i förfrågningsunderlaget, eftersom det då finns risk att förutsättningarna för upphandlingen ändras. En komplettering eller ett förtydligande får inte innebära en väsentlig förändring.

Vad som är en väsentlig förändring definieras varken i LOU eller i det bakomliggande EU-direktivet och måste bedömas i varje enskilt fall (jfr Lagen om offentlig upphandling, En kommentar, Helena Rosén Andersson m.fl., s. 86). Förvaltningsrätten finner att vid prövningen av om en ändring är väsentlig får en samlad bedömning göras av orsakerna till ändringen,

ändringens omfattning och betydelse, tidpunkten för ändringen samt om några åtgärder vidtagits för att motverka eventuella negativa konsekvenser till följd av ändringen.

Landstingen har anfört att custom-made skal är som ett tomt CIC-skal och det är det som är skillnaden mot en insats och eftersom det är två olika saker finns det möjlighet till olika prissättning. Enligt förvaltningsrättens mening är landstingens förtydligande i detta avseende inte att anse som ett nytt skalkrav, när det endast är ett förtydligande som inte egentligen medförde någon förändring av förutsättningarna för upphandlingen.

Det åligger också leverantörerna att omsorgsfullt ta del av kraven i förfrågningsunderlaget (mål C-599/10).

Förvaltningsrätten finner således att landstingens förtydligande inte innebär en väsentlig förändring av förfrågningsunderlaget och ändringen kan inte anses strida mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

#### **Widex ansökan om överprövning**

*Den fördelningsnyckel som har valts av landstingen är i strid med LOU*

I de administrativa föreskrifterna (s.14) avseende val av leverantörer anges följande. Utvärderingspriset kommer att rangordnas på så sätt att anbudet med det lägsta utvärderingspriset placeras först och därefter placeras anbudet med näst lägst anbudspris och så vidare i fallande ordning.

Om flera anbudsgivare får samma utvärderingspris rangordnas dessa så att anbudet med högsta sammanlagda kvalitetsavdrag i poäng placeras framför anbudet med lägre sammanlagt kvalitetsavdrag i poäng.

De tre anbudsgivare som placerar sig främst i rangordningen kommer att tilldelas avtal. Fördelningen mellan de antagna leverantörerna kommer att styras av det audiologiska behovet hos patienten och den medicinska professionens bedömning.

Widex har anfört att landstingens fördelningsnyckel innebär, genom sin vaga utformning, att landstingens audionomer i praktiken ges möjlighet att välja leverantör efter eget skön och att de landstingen åberopade reglerna utgör inte tillräckliga skäl för den fördelningsnyckel som landstingen använt sig av skulle vara tillåtlig. Landstingen menar istället att audionomens skyldigheter och tillvägagångssätt vid hörselrehabilitering är väl reglerat i lag, föreskrifter, etisk kod och standard, vilket innebär att audionomen i sitt tjänsteutövande inte ges möjlighet till skönsmässiga bedömningar. Patienten har vidare en tydlig ställning i rehabiliteringen och habiliteringen och har laglig rätt att vara med och välja och påverka valet av hörapparat och tillbehör. De tre företag som landstingen tecknar avtal med har olika hörapparater som inte är helt lika, även om de klarar grundkraven, dvs. skallkraven.

Frågan i denna del är således om den fördelningsnyckel – ibland kallad ”annan fördelningsnyckel” – som landstingen ska använda sig av för tilldelning av kontrakt (avrop) är förenlig med bestämmelserna i LOU och unionsrätten.

Avseende ramavtal har Högsta förvaltningsdomstolen uttalat att kravet på likabehandling innebär bl.a. att tilldelningskriterierna enligt ett ramavtal inte får ge den upphandlande myndigheten obegränsad valfrihet och kravet på transparens får anses innebära att en leverantör som tar del av förfrågningsunderlaget ska få klart för sig hur tilldelningen av kontrakt enligt ramavtalet kommer att ske (RÅ 2010 ref. 97).

Av förarbetena till LOU framgår bl.a. följande om ramavtal. Från ett leverantörsperspektiv är det viktigt med ett visst mått av förutsägbarhet så att leverantörer som är parter i ramavtal kan uppskatta och planera hur stora resurser som måste avsättas till ett visst ramavtal. Ett krav på ramavtalets innehåll bör därför införas i den meningen att ett ramavtal som innehåller

samtliga villkor för senare kontraktstilldelning måste innehålla villkor i form av rangordning eller annan fördelningsnyckel som säkrar att tilldelningen sker på ett objektivt sätt. En särskild svårighet uppkommer om den upphandlande myndigheten inte helt på egen hand kan formulera sitt behov. Detta gäller t.ex. i det fall en patient eller annan vård- eller omsorgstagare genom möjlighet att påverka valet av leverantör kan utöva inflytande på de tjänster eller varor som myndigheten ska tillhandahålla. En upphandlande myndighet måste följaktligen under vissa förutsättningar ha möjlighet att frångå den i avtalet fastlagda rangordningen. För att den upphandlande myndigheten ska kunna göra en sådan avvikelse måste möjligheten därtill framgå av förfrågningsunderlaget och utgöra en del av ramavtalets innehåll. Det anförda innebär, enligt regeringens mening, inte att det är motiverat att avstå från att kräva att ramavtal ska innehålla en fastlagd rangordning. I de fall detta inte är möjligt eller är förenat med påtagliga nackdelar bör dock avtalet innehålla andra grunder för i vilken ordning leverantörerna ska ha möjlighet att leverera. Dessa grunder måste tillgodoses kraven på icke-diskriminering osv. (prop. 2006/07:128 s. 175).

Av ovan återgivna förarbeten framgår att ramavtal som huvudregel ska innehålla en fastlagd rangordning men att det, i de fall rangordning inte är möjligt eller är förenat med påtagliga nackdelar, i avtalet ska anges andra grunder för vilken ordning leverantörerna ska ha möjlighet att leverera. Vid upphandling av sjukvårdstjänster och tandvårdstjänster har det i vissa fall tillåtits att upphandlande myndighet frångår principen om rangordning och tilldelar kontrakt utifrån en annan fördelningsnyckel eftersom det har ansetts medföra påtagliga nackdelar respektive särskilda svårigheter att avrop ska ske enligt en rangordning. I Kammarätten i Stockholms dom från den 16 februari 2010, mål nr 7433-09, var det fråga om upphandling av tjänster inom klinisk fysiologi och klinisk neurofysiologi. Kammarätten fann, med beaktande av de administrativa aspekterna som klaganden påtalat och patienternas rätt att välja enligt 3 a § HSL att det varit förenat

med påtagliga nackdelar att avrop skulle ske från en given rangordning. Kammarrätten uttalade vidare att de enskilda kontrakten tilldelas i enlighet med patienternas lagstadgade rättighet utifrån det val som den enskilda patienten gör i samråd med sin läkare. Någon risk att upphandlande myndighet kan använda ramavtalet på ett godtyckligt sätt så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids kan därmed inte anses föreligga. Kammarrätten i Jönköpings dom den 12 april 2010, mål nr 229-10, avsåg upphandling av tandtekniska tjänster. Kammarrätten uttalade att, med beaktande av den upphandlande tjänstens art samt kravet enligt 3 § andra stycket tandvårdslagen, att vård och behandling så långt det är möjligt ska utformas i samråd med patienten, bör det vara förenat med särskilda svårigheter att kräva att avrop sker utifrån en given rangordning. Vidare uttalade kammarrätten att de enskilda kontrakten tilldelas efter lägsta pris eller i förekommande fall i enlighet med patienternas enskilda behov samt patienternas lagstadgade rättighet till samråd. Någon risk att upphandlande myndigheten godtyckligt kan använda ramavtalet på ett otillbörligt sätt så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids kan därmed inte anses föreligga.

I ett av Widex åberopat mål kom Förvaltningsrätten i Malmö (i dom den 2 april 2012, mål nr 1974-12) fram till att en alternativ fördelningsnyckel i en upphandling avseende tandtekniska tjänster inte uppfyllde kraven i LOU. Förvaltningsrätten uttalade att fördelningsnyckeln i praktiken sannolikt innebar att den behandlande läkaren ensam skulle välja leverantör i ett enskilt fall eftersom patienterna rimligen inte har några tandtekniska kunskaper och därmed inte en realistisk möjlighet eller ens intresse av att påverka valet av leverantör. Det saknades också en fastställd rangordning att ha som utgångspunkt jämte en bedömning av vad som bäst kunde tillgodoses patientens behov och eftersom så många som 13 leverantörer kunde få kontrakt – samt att alla leverantörer erbjuder samma typer av tjänster –

öppnade fördelningsnyckeln upp för oförutsägbarhet och godtycke. Förvaltningsrätten förordnade att upphandlingen skulle göras om.

Förvaltningsrätten anser att förutsättningarna i ifrågavarande mål har större likhet med förutsättningarna i de båda kammarrättsdomarna refererade ovan än till förutsättningarna i domen från Förvaltningsrätten i Malmö, eftersom patienterna bör ha både möjlighet och intresse av att påverka valet av hörapparat på ett sätt som inte är aktuellt vid tandtekniska tjänster.

Upphandlingsförmålet i målet är hörapparater, en produkt som finns i diverse utföranden. Såsom landstingen har framfört finns det bestämmelser som reglerar urvalsprocessen samt anger att patienterna ha möjlighet att vara med och välja samt påverka valet av hörapparat och tillbehör. De enskilda kontrakten tilldelas i enlighet med patienternas lagstadgade rättighet utifrån det val som den enskilda patienten gör i samråd med audionomen. Någon risk för att landstingen godtyckligt kan använda ramavtalet på ett otillbörligt sätt så att konkurrensen förhindras, begränsas eller snedvrids kan därmed inte anses föreligga. Förvaltningsrätten finner, med beaktande av de bestämmelser som landstingen åberopat, att det varit förenat med påtagliga nackdelar att kräva att de enskilda avropen ska ske utifrån en given rangordning.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att den aktuella regleringen för kontraktstilldelning inte innebär att landstingen brutit mot någon av de grundläggande principerna i LOU eller någon annan bestämmelse i LOU.

*Landstingens skullkrav avseende anbud rörande alla segment strider mot proportionalitetsprincipen*

Widex anför landstingens krav att alla anbud ska omfatta samtliga produkter som ska upphandlas inom olika områden är oproportionerligt. De leve-



rantörer som inte har en produktindelning som helt stämmer överens med den indelning som upphandlande myndigheter gjort ställs inför beslutet att antingen avstå från att avge anbud eller erbjuda en egentligen överkvalificerad produkt till underpris. Det är inte korrekt att varje leverantör skulle behöva ge en hel dags utbildning för audionomerna, utan tiden står självfallet i proportion till det antal produkter utbildningen avser. Landstingen menar att det är förenat med påtagliga nackdelar att ha ett delat anbud i upphandlingen, eftersom det är av stor vikt för patienterna att leverantörerna kan tillhandahålla hörapparater i alla produktsegment och att utbildning av audionomerna är nödvändigt och kostnaden för utbildning är densamma oavsett om utbildningen omfattar ett eller fem produktsegment.

Proportionalitetsprincipen innebär att den upphandlande myndigheten i en upphandling inte får ställa större krav på leverantören eller leveransen än som behövs och vad som får anses vara ändamålsenligt för den aktuella upphandlingen (prop. 2006/07:128 s. 132 och 155). När en upphandlande myndighet bestämmer föremålet för upphandlingen har den stor frihet. Kraven måste vara kopplade till föremålet för upphandlingen dvs. de ska avse och påverka just den produkten som upphandlas. De krav som ställs upp får inte heller strida mot principerna om icke-diskriminering och fri rörlighet för varor och tjänster och måste också i övrigt vara förenliga med unionsrätten (se RÅ 2010 ref. 78).

Som huvudprincip i mål enligt LOU krävs att den part som gör gällande att en upphandling är felaktig på ett klart sätt anger vilka omständigheter han grundar sin talan på (RÅ 2009 ref 69). Widex anger inte att kravet utesluter eller omöjliggör för bolag att lämna anbud eller att det är syftet med kravet. Widex menar endast att det i vissa fall kan krävas att ett bolag måste lämna produkter till underpris. Det vore också möjligt för leverantörer att gå samman eller åberopa andra företags kapacitet för att uppfylla det aktuella kravet. Förvaltningsrätten finner inte att Widex har gjort sannolikt

att landstingens krav avseende leverans i alla segment på något sätt strider mot principerna i 1 kap. 9 § LOU eller att det utestänger leverantörer på ett otillbörligt sätt.

Förvaltningsrätten finner således att vad Widex har anfört i denna del inte innebär förfrågningsunderlaget strider mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU eller att bolaget därigenom lidit skada.

*Ytterligare krav i strid mot proportionalitetsprincipen*

I punkt 3.34 anges att leverantören ska med alla till buds stående medel verka för att klara av sina leveranser vid beredskaps- och krigsförhållanden samt i katastrofsituationer. Force majeure-klausulen träder ikraft först när leverantören fullgjort sina skyldigheter enligt ovan.

Widex menar att det förstnämnda kravet inte någon form av begränsning till åtgärder som står i rimlig proportion till det som ska levereras. Landstingen anser att klausulen inte strider mot proportionalitetsprincipen eftersom det i klausulen står att leverantören ska ”verka för”, innebörden av att verka för anser landstingen inte är densamma som att leverantören ska leverera med vilken insats eller till vilken kostnad det än må vara.

Förvaltningsrätten finner att klausulen måste förstås så att varje leverantör i möjligaste mån ska verka för att fullgöra sin leverans, vilket inte kan anses strida mot proportionalitetsprincipen.

I punkt 3.32 anges att parterna har, var för sig, rätt till omförhandlingar av avtalet om sådana förhållanden inträffar som väsentligen påverkar eller förändrar förutsättningarna för detta avtal, häri inbegripet – men inte begränsat till – politiska beslut.

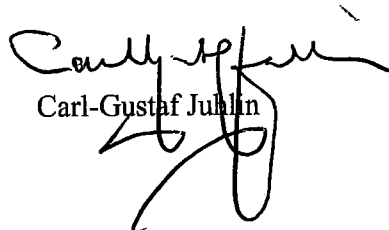
Widex menar klausulen åsidosätter de grundläggande reglerna om avtalsbundenhet och genom att låta politiska beslut omfattas av omförhandlingsrätten, ges landstingens politiker möjlighet att åsidosätta de grundläggande

reglerna i avtalslagen. Den tolkning som landstingen ger klausulen innebär enligt bolagets uppfattning att den är så otydlig att förfrågningsunderlaget är i strid med principen om transparens. Landstingen menar att klausulen ger parterna rätt att omförhandla avtalet, inte att landstingen har rätt att frånträda sig avtalet.

Mot bakgrund av ordalydelsen och vad parterna har anfört anser förvaltningsrätten att klausulen varken är otydlig eller kan innebära ett åsidosättande av allmänna avtalsrättsliga principer eftersom det som avses är en omförhandling och inte att avtalet ensidigt kan upphöra.

Förvaltningsrätten finner således att vad Widex har anfört i denna del inte innebär förfrågningsunderlaget strider mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i LOU eller att bolaget därigenom lidit skada.

**HUR MAN ÖVERKLAGAR**, se bilaga 1 (DV 3109/1D-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. 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 nå 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 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.