



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2011-02-04
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
46045-10, 46135-10,
46136-10, 46138-10,
46140-10, 46142-10
Enhet 14

SÖKANDE

1. GN ReSound AB, 556510-1986 (mål nr 46045-10)
2. Oticon AB, 556044-3185 (mål nr 46135-10)
3. Phonak AB, 556441-3762 (mål nr 46136-10)
4. Starkey Sweden AB, 556110-2285 (mål nr 46138-10)
5. Unitron Hearing AB, 556739-7624 (mål nr 46140-10)
6. AB Widex, 556086-9769 (mål nr 46142-10)

Ombud för 1-6: Advokat Fredrik Linder och jur.kand. Johan Rick
Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB
Box 715
101 33 Stockholm

MOTPART

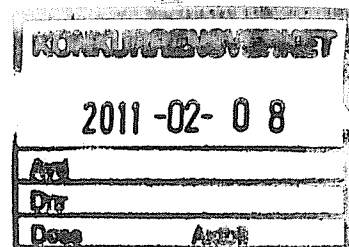
Stockholms läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 6401
113 82 Stockholm

SAKEN

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

DOMSLUT

Förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om.



Dok.Id 88691

Postadress
115 76 Stockholm

Besöksadress
Tegeluddsvägen 1

Telefon
08-561 680 00

E-post:
forvaltningsrattenistockholm@dom.se

Telefax
08-561 680 01

Expeditionstid
måndag – fredag
09:00-15:00

Allmänna avdelningen

BAKGRUND, YRKANDEN OCH GRUNDER

Stockholms läns landsting (SLL), Upphandlingsenheten, genomför en upphandling av ramavtal för hörapparater, dnr SLL544. Upphandlingen genomförs enligt öppet förfarande.

Förvaltningsrätten har i beslut den 26 november 2010 förordnat att upphandlingen tills vidare inte får avslutas.

GN ReSound AB, Oticon AB, Phonak AB, Starkey Sweden AB, Unitron Hearing AB och AB Widex (bolagen) yrkar att förvaltningsrätten förordnar att upphandlingen ska göras om. Som grunder för yrkandet anger bolagen följande. SLL har gjort väsentliga förändringar i förfrågningsunderlaget utan att avbryta upphandlingen och påbörja en ny upphandling. Förfrågningsunderlaget innehåller otydliga och subjektiva skalkrav avseende funktionalitet. Förfrågningsunderlagets utvärderingsmodell innehåller brister avseende kriteriet "Funktion". Utformningen av förfrågningsunderlaget innebär en sammanblandning av kvalificeringsfasen och utvärderingsfasen. Förfrågningsunderlagets mall för ramavtal innehåller en otillåten avropsordning. Bolagen hävdar att förfrågningsunderlaget genom ovan nämnda brister bl.a. strider mot principerna om transparens och likabehandling. Vidare anför bolagen att ett av skalkraven är diskriminerande mot nuvarande leverantörer och strider mot principerna om likabehandling och proportionalitet.

Stockholms läns landsting (SLL) medger bifall till bolagens yrkande om att upphandlingen ska göras om på följande grunder. SLL accepterar att förfrågningsunderlaget inte är optimalt utformat och att de principer som bär upp LOU i någon del kan ha trätts för när. Med anledning härav, och mot bakgrund av att det föreligger en risk för att otydligheten i förfråg-

Allmänna avdelningen

ningsunderlaget kan ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede, bör upphandlingen göras om.

Bolagen anför till stöd för sin talan bl.a. följande.

Otydliga skall-krav avseende funktionalitet

I kravspecifikationerna för de olika produktgrupperna anges ett antal produktspecifika skall-krav benämnda "funktionella krav" (kraven är desamma för samtliga produktgrupper och utgörs av kraven nr 34 - 42 i respektive kravspecifikation). Här anges bl.a. att hörapparaten ska "ha bra passform och sitta stadigt på örat" (krav 34), "ha ett tilltalande utseende" (krav 35), samt "ha brukarvänlig hanterbarhet av kontroller" (krav 36). Denna typ av rent subjektiva skall-krav strider mot transparensprincipen enligt LOU. Det är för en anbudsgivare omöjligt att på förhand kunna förutse huruvida SLL vid anbudsprövningen kommer tycka att hörapparaten t.ex. "sitter stadigt på örat" och har "ett tilltalande utseende". Anbudsgivare kan således inte på grundval av förfrågningsunderlaget bilda sig en uppfattning huruvida det är lönt att lägga tid och pengar på att inkomma med ett anbud i upphandlingen. Risken att anbudet förkastas t.ex. på grund av att hörapparaterna inte anses ha ett "tilltalande utseende" kan medföra att leverantörer helt enkelt avstår från att lämna anbud. Denna typ av otydliga krav riskerar således att medföra att konkurrensen inte tillvaratas. Det är vidare omöjligt för en anbudsgivare att i efterhand kontrollera hur en bedömning av denna typ av rent subjektiva krav gått till. De i upphandlingen aktuella kraven ger SLL fri prövningsrätt då SLL kan förkasta produkter bara genom att t.ex. ange att utseendet inte varit "tilltalande". Krav som är utformade på ett sådant sätt att de ger upphandlande myndighet i praktiken fri prövningsrätt är inte tillåtna enligt transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

Allmänna avdelningen

Otydligt utvärderingskriterium avseende Funktion

Ett av utvärderingskriterierna i upphandlingen är "Funktion". Detta kriterium är viktat till 30 procent. Här anges att "den funktionella bedömningen kommer att utföras av en grupp audionomer och en hörselingenjör". Poängskalan är 0 - 4 där noll är "Dåligt" och fyra är "Utmärkt". Där emellan ges 1 poäng för "Inget utmärkande", 2 poäng för "Ganska bra" och 3 poäng för "Bra". Detta utvärderingskriterium strider mot transparensprincipen och likabehandlingsprincipen enligt LOU. För det första är det oklart vad som överhuvudtaget ger poäng avseende detta kriterium och vilka funktionella krav som ska poängsättas. För det andra är poängskalan som sådan otydlig på ett sätt som inte är förenligt med LOU. Begrepp som "Ganska bra" och "Inget utmärkande" ger uttryck för ett allt för stort mått av subjektivitet för att det ska vara tillåtet enligt LOU. Dessa typer av värdeskalor kan vara tillåtna, men det förutsätter att det finns någon slags vägledning vad som avses med de olika begreppen. Detta blir särskilt tydligt i ett fall som nu förevarande där det inte ens framgår vad som ger poäng avseende "Funktion". Det framgår inte vad hos produkterna som ska bedömas enligt den i sig otydliga skalan. För en anbudsgivare blir det omöjligt att kunna förutse om deras produkter är "ganska bra" eller "bra" etc. Utvärderingsmodellens brister avseende kriteriet "Funktion" medför att utvärderingsmodellen inte uppfyller kraven enligt transparensprincipen, likabehandlingsprincipen och 1 kap. 9 § LOU.

DOMSKÄL

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.

Allmänna avdelningen

I 16 kap. 5 § LOU stadgas bl.a. följande. 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 lidit eller kan komma att lida skada, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse gjorts.

Förvaltningsrättens bedömning

Förvaltningsrättens prövning utgör en kontroll av om det finns skäl att vidta sådana åtgärder som anges i 16 kap. 5 § LOU. Förvaltningsrätten ska vid denna bedömning endast beakta de grunder som sökanden har anfört i målet. Detta ska ställas mot vad den upphandlande myndigheten har anfört och beaktas mot bakgrund av vad som framgår av handlingarna i övrigt. Utgångspunkten är att en upphandlande myndighet är fri att själv bestämma föremålet för upphandlingen och bestämma de kvalitetsnivåer, prestationer m.m. som ska gälla för upphandlingen så länge det sker inom ramen för gemenskapsrätten. De grundläggande principer som ska efterlevas vid en offentlig upphandling är principerna om icke-diskriminering, likabehandling, transparens (öppenhet och förutsebarhet), proportionalitet och ömsesidigt erkännande.

Skall-krav och utvärderingskriterier avseende funktionella krav

I bilaga 1.1 till förfrågningsunderlaget, "kravspecifikationer", anges under rubriken "funktionella krav" bl.a. följande skall-krav för de olika produkterna.

34) Brukarens perspektiv. Passform. Hörapparaten ska ha bra passform och sitta stadigt på örat.

35) Brukarens perspektiv. Utseende. Hörapparaten ska ha ett tilltalande utseende.

36) Brukarens perspektiv. Hanterbarhet av kontroller. Hörapparaten ska ha brukarvänlig hanterbarhet av kontroller.

I anbudsinbjudan, punkten 1.19 "Prövning och utvärdering av anbud" anges följande.

Allmänna avdelningen

De anbudsgivare som uppfyller kvalificeringskraven i denna anbudsinvändning går vidare för prövning och utvärdering av anbud som sker i två steg:

1. Prövning av **skall**-krav på efterfrågade varor enligt Kravspecifikationen och dess bilagor. De anbudsgivare som uppfyller samtliga skall-krav går vidare till steg 2, utvärdering av anbudet.
2. Utvärdering sker enligt nedan angivna utvärderingskriterier.

Utvärderingskriterier

De anbud kommer att antas som är de för landstinget ekonomiskt mest fördelaktiga med hänsyn tagen till följande utvärderingskriterier.

<u>Produktgrupp</u>	<u>Pris</u>	<u>Börkrav</u>	<u>Funktion</u>
Mellan A, B, C samt Avancerad B och C	60 %	10 %	30 %
Avancerad A, Micro, UltraPower, SuperPower, Barn A, Barn B	65 %	5 %	30 %

Pris. Pris enligt beräkning i prisbilagan och vid utvärdering kommer angiven kostnad för ett skalbyte att läggas på priset för I-örat och hörselgångsapparater.

Bör-krav. Avseende bör-krav tilldelas poäng om kravet uppfylls. Poängen kan vara 1,2 eller 3 poäng och poängen för varje bör-krav finns angiven i kravspecifikationen.

Funktion. Den funktionella bedömningen kommer att utföras av en grupp audionomer och en hörselingsenjör. Poängskala för funktionella krav syns i nedanstående tabell.

Poängskala för funktionella krav	Poäng
Utmärkt	4
Bra	3
Ganska bra	2
Inget utmärkande	1
Dåligt	0

En produkt som får 0 poäng på ett funktionellt krav bedöms ha för dålig funktion och kommer inte att godkännas för utvärdering enligt bilaga 1.7.

Bolagen har i begäran om överprövning bl.a. anfört att ovan nämnda utvärderingskriterier avseende funktion strider mot LOU:s principer om transparens och likabehandling. Det är enligt bolagen oklart vad som över huvud taget ger poäng och vilka funktionella krav det är som ska poängsät-

Allmänna avdelningen

tas. Vidare anför bolagen att poängskalan saknar vägledning för vad som avses med de olika begreppen i skalan.

Förvaltningsrätten finner, även med beaktande av att utvärderingsmodeller som inte är optimalt utformade i vissa fall kan godtas (RÅ 2002 ref. 50), att förfrågningsunderlaget är så oklart utformat vad gäller bedömningen av funktionella krav att det finns en uppenbar risk för godtycke. Skall-kraven vad gäller "funktionella krav" ur brukarens perspektiv är otydliga och det finns en stor risk för subjektiva bedömningar och godtycke. Vidare framgår det inte av förfrågningsunderlaget vad som kommer att ge poäng vid utvärderingen av "funktionella krav" och anbudsgivarna har därmed inte kunnat förutse hur deras anbud kommer att bedömas. Förvaltningsrätten finner därmed att förfrågningsunderlaget inte är tillräckligt transparent. Eftersom detta kan antas ha påverkat upphandlingens uppsökande skede kan rättelse inte komma i fråga. Upphandlingen ska därmed göras om.

Vid denna utgång saknas skäl för förvaltningsrätten att pröva de övriga invändningar som bolagen har framställt i sin begäran om överprövning.

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



Ulrika Melin

rådman

Föredragande har varit Erica Nyström.



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Stockholm. **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 nås 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 uppgive 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.