



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ**

Föredraganden: Lina Bergkvist

DOM
2013-08-02
Meddelad i
Växjö

Mål nr
738-13, 790-13, 811-13, 829-
13, 847-13, 892-13, 969-13,
970-13

SÖKANDE

1. Comai AB, 556685-5630
Donnersplats 1
621 57 Visby

2. Picomed AB, 556873-1763

Ombud: Jur.kand. Christoffer Stavenow
Stavenow & Partners AB
Kungsgatan 24
111 35 Stockholm

Ombud: Jur.kand. Hampus Stefansson
Stavenow & Partners AB
Kungsgatan 24
111 35 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Kronoberg, Upphandlingsavdelningen
Box 1223
351 12 Växjö

2. Region Skåne
291 89 Kristianstad

3. Landstinget Blekinge, Koncernupphandling
371 81 Karlskrona

4. Region Halland
Box 517
301 80 Halmstad

SAKEN

Offentlig upphandling enligt lagen om offentlig upphandling (LOU)

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten avslår Comais ansökan om överprövning.

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2013-08-05 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| KSnr | Aktbil |

Dok.Id 68143

Postadress
Box 42
351 03 Växjö

Besöksadress
Kungsgatan 8

Telefon
0470-56 02 00
E-post: fva@dom.se

Telefax
0470-255 02

Expeditionstid
måndag – fredag
08:00-16:30

**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ****DOM**

738-13, 790-13, 811-
13, 829-13, 847-13,
892-13, 969-13, 970-13

Förvaltningsrätten bifaller Picomeds ansökan avseende kategori A, samtalsapparat 6"-9" och 12,1"-14 samt beslutar att upphandlingen ska göras om i dessa delar. Förvaltningsrätten avslår Picomeds ansökan i övrigt.

YRKANDEN M.M.

Landstinget i Blekinge, Landstinget Kronoberg, Region Halland och Region Skåne (landstingen) har genomfört en gemensam upphandling av avancerade samtalsapparater och röstförstärkare i fyra produktområden. Enligt tilldelningsbeslut daterat den 20 februari 2013 har landstingen beslutat att anta Abilia AB (Abilia) avseende produktgrupp A, samtalsapparat, avancerad, 9,1"-12" samt i produktgrupp C, samtalsapparat med tangentbord. Landstingen beslöt vidare att anta Tobii AB (Tobii) avseende produktgrupp A, samtalsapparat, avancerad 6"-9" och 12,1"-14". Upphandlingen har genomförts genom ett öppet förfarande.

Comai AB (*Comai*) yrkar att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudsutvärderingen görs om, varvid anbudet från *Comai* tas upp till ny prövning. I andra hand yrkas att förvaltningsrätten ska besluta att upphandlingen ska göras om.

Comai anför bl.a. följande till stöd för sin talan. Landstingen har brutit mot likabehandlings-, transparens- och proportionalitetsprincipen genom att förkasta bolagets anbud trots att det uppfyller samtliga krav ställda i förfrågningsunderlaget. I samband med utvärderingen har nya krav tillförts. Som grund för andrahandsyrkandet anføres att förfrågningsunderlaget är så otydligt formulerat och att nya krav tillkommit, att det inte varit möjligt för *Comai* att på förhand bilda sig en klar uppfattning om vad som krävs för att anbudet skulle tas upp till utvärdering. *Comai* har till följd av denna otydlighet lidit eller riskerar att lida skada. *Comai*s produkt har talsyntes. I tilldelningsbeslutet hävdas att bolagets apparat inte har talsyntes, eftersom man är hänvisad till internetuppkoppling för att få åtkomst till talsyntes. Ett sådant krav har överhuvudtaget inte omnämnts i förfrågningsunderlaget med tillhörande bilagor.

Picomed AB (Picomed) yrkar att domstolen beslutar att upphandlingen ska rättas i kategori A, samtalsapparat 9,1"-12" och kategori C samtalsapparat med talsyntes, på så sätt att Picomed's anbud i dessa kategorier anses uppfylla skallkraven. Vidare yrkas att upphandlingen ska göras om i kategori A, samtalsapparat 6"-9" och 12,1"-14", med en annan kravformulering.

Kategori A, samtalsapparat 9,1"-12"

Det vinnande anbudet är lämnat i fel kategori eftersom Abilias skärm är 12,1" och således faller utanför denna kategori. Abilias skärm klarar endast av kravet på batteritid genom ett batteripack som medför en extra vikt om cirka 2,5 kg samt en extra kostnad om cirka 12 000 kr, vilket inte anges ingå i produkten. Picomed's produkt, Motion Backbox, har blivit utesluten eftersom bolaget inte angett pris för monteringsfäste. Det är dock inte ett tillbehör utan en del av själva produkten, varför något pris inte har lämnats. Vid demonstrationen har Picomed visat att deras Motion Backbox har ett monteringsfäste som redan är fastsatt på produkten. Olika monteringsfästen kan inte väljas, utan det är ett universalfäste som passar till alla de uppräknade typerna av monteringsarmar. Möjligheten fanns även för landstingen att be om ett förtydligande, utan att några nya uppgifter hade tillförts. Picomed har aldrig anfört att monteringsarmar skulle ingå, utan försökt tydliggöra att Motion Backbox, med sitt fäste, passar på armar och stativ från de olika systemen.

Kategori C, samtalsapparat med tangentbord och inbyggd talsyntes

Picomed's anbud har uteslutits med anledning av att exakt antal timmar inte angivits i kommentaren. Picomed anser emellertid att skallkravet är uppfyllt med anledning av att bolaget har angett att produkten klarar fem timmar. Det framgår dessutom att den bifogade produktspecifikationen. Det stämmer inte att det saknas uppgift om batteritid. I manualen anges att

batteritiden är 10-20 timmar. Skallkravet var inte att ange tiden, utan att det skulle uppfylla fem timmar vilket Picomed har kryssat i och skallkravet är således uppfyllt.

Kategori A, samtalsapparat med 6"-9"

Picomed anser att kravet på vikt precis utestänger bolagets anbud och gör det möjligt för Tobii att lämna anbud. Vid visningen angav Picomed att samtalsapparaten vägde 1,9 kg. Tobiis skärm väger 1,8 kg och kravet var 1,8 kg. Kravet på att monteringsfästena ska sitta på apparaten är ett onödigt konkurrensbegränsande krav och det framgår inte heller hur fästet ska vara konstruerat eller anordnat. Picomed medger landstingens inställning om att upphandlingen avseende denna kategori ska göras om.

Kategori A, samtalsapparat med 12,1"-14"

Picomed anser att kravet på vikt precis utestänger bolagets anbud och gör det möjligt för Tobii att lämna anbud. Picomed angav i produktblad som lämnades vid en visning att deras produkt vägde 3,2 kg och Tobiis skärm väger 2,9 kg. Kravet sattes till tre kilo och att ställa kraven på vikt så snävt är oproportionerligt. Picomed medger landstingens inställning om att upphandlingen avseende denna kategori ska göras om.

Picomed har lidit skada i upphandlingen. Anledningen är att bolaget inte har kunnat lämna framgångsrika anbud är direkt hänförligt till utformningen av förfrågningsunderlaget och hur utvärderingen har skett. Felet i upphandlingen i de två förstnämnda kategorierna är hänförligt till utvärderingen varför rättelse kan ske. I de två sistnämnda är felet hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet varför upphandlingen i de kategorierna ska göras om, utan de konkurrensbegränsande kraven.

Landstingen bestrider Comais yrkanden. Avseende Picomed bestrider landstingen yrkandet om rättelse avseende kategorierna A samtalsapparat 9"-12" och kategori C, samtalsapparat med talsyntes. Landstingen medger yrkandena om att upphandlingen ska göras om i kategori A, samtalsapparat 6"-9" och 12,1"-14".

Anbudsområde C, samtalsapparat med tangentbord avseende Comai

Landstingen menar att det tydligt anges i kravspecifikationen att vad som efterfrågas är samtalsapparat med tangentbord och inbyggd talsyntes. Comais produkt uppfyller inte kraven eftersom den kräver internetuppkoppling för att den ska fungera. Därför kan den inte ses som inbyggd i samtalsapparaten. Med inbyggd förstås att den är inbyggd i apparaten.

Kategori A, samtalsapparat 9,1"-12" avseende Picomed

Landstingen medger att Abilias produkt inte uppfyller skallkravet angående batteritid och produkten skulle därför rätteligen ha diskvalificerats. Landstingen vidhåller emellertid att Picomed inte uppfyller skallkraven angående samtalsapparat 9,1"-12" eftersom pris inte har angetts för monteringsfäste. Eftersom inget anbud uppfyller skallkraven ska upphandlingen beträffande 9,1"-12" göras om. Bilagorna som Picomed hänvisar till visar inte med tydlighet att monteringsfästet är en del av produkten och därmed ingår i priset. Picomed gör gällande att Daessy, Rehadapt och Vesa är monteringsarmar, men i kommentarsfältet i ifylld kravspecifikation anges att de är monteringsfästen. Det är inte möjligt att utläsa vad som ingår i en produkt genom att titta på en produktbild. Det är inte ovanligt att även tilläggsprodukter som inte ingår i produktens pris finns med på produktbilder. Att landstingen har haft ett demoexemplar gör det inte heller tydligt att fästet är en del av produkten och ingår i priset.

Kategori C, samtalsapparat med tangentbord och inbyggd talsyntes avseende Picomed

Picomed gör gällande att bolaget felaktigt har blivit diskvalificerat med anledning av att exakt antal timmar för batteritid inte har angetts i kommentaren. Landstingen vidhåller att Picomed inte uppfyller kravet eftersom det saknas kommentar avseende batteritid.

Kategori A, samtalsapparat med 6"-9" avseende Picomed

I kravspecifikationen anges att samtalsapparaten ska väga max 1,8 kg. Picomeds samtalsapparat väger 1,9 kg och blev därmed diskvalificerad. Landstingen medger att utformningen av viktkravet är felaktigt och onödigt konkurrensbegränsande. Felet är hänförligt till det konkurrensuppsökande skedet varför landstingen medger yrkandet om att upphandlingen ska göras om. Landstingen anser emellertid att kravet på att monteringsfästena ska sitta på apparaten är ett adekvat krav.

Kategori A, samtalsapparat med 12,1"-14

Landstingen medger att utformningen av viktkravet är felaktigt och att det är onödigt konkurrensbegränsande. Yrkandet om att upphandlingen ska göras om medges därför.

Abilia har som vinnande anbudsgivare beretts tillfälle att yttra sig, men har inte hörts av.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

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.

I förarbetena (prop. 2009/10:180 s. 91) till LOU framgår att proportionalitetsprincipen förutsätter att kraven på upphandlingsförfarandet står i rimlig proportion till de mål som eftersträvas. Uppställda krav får inte heller vara onödiga eller oproportionerliga.

EU-domstolen har konstaterat att respekten för principen om likabehandling av anbudsgivarna kräver att samtliga anbud är förenliga med bestämmelserna i kontraktshandlingarna för att garantera en objektiv jämförelse mellan de anbud som lämnats av de olika anbudsgivarna (mål C- 243/89 Europeiska gemenskapernas kommission mot Konungariket Danmark).

Comais ansökan om överprövning

Landstingen har diskvalificerat Comais produkt eftersom det krävs internetuppkoppling för att talsyntesen ska fungera. Comai anser att bolagets anbud felaktigt har förkastats eftersom bolagets produkt har talsyntes och kravet att det inte ska krävas internetuppkoppling har överhuvudtaget inte omnämnts i förfrågningsunderlaget eller dess bilagor.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att 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 således om förfrågningsunderlaget innehåller sådana brister att det bryter mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen.

Rubriken till kravspecifikationen för område C är samtalsapparat med tangentbord och inbyggd talsyntes. Enligt förvaltningsrättens mening måste det anses följa av ordalydelsen i rubriken att en inbyggd talsyntes endast kan anses vara inbyggd om den fungerar utan ytterligare funktioner som t.ex. internetuppkoppling, vilket inte finns tillgängligt överallt. Förfrågningsunderlaget kan inte heller anses vara otydligt i denna del på ett sådant sätt att det bryter mot någon bestämmelse i LOU.

Förvaltningsrätten finner mot denna bakgrund att landstingen inte har brutit mot 1 kap. 9 § LOU eller någon annan bestämmelse i lagen genom att

förkasta Comais anbud, då bolagets produkt inte kan anses uppfylla skullkravet som innebär att talsyntesen ska vara inbyggd. Comai har således inte lidit skada och bolagets ansökan om överprövning ska avslås.

Picomed's ansökan om överprövning

Kategori A, samtalsapparat 9,1"-12"

I det aktuella skullkravet anges att pris per styck avseende monteringsfästen ska anges. Picomed har emellertid inte angett något pris per styck avseende monteringsfästen och bolagets produkt har därför diskvalificerats. Picomed menar att monteringsfästet är en del av själva produkten Motion Backbox och att bolaget därför inte har angett något pris i skullkravet.

Av principen om likabehandling av leverantörer följer att en upphandlande myndighet endast kan pröva anbud som uppfyller samtliga ställda krav som angetts i förfrågningsunderlaget. Picomed har inte angett något pris per styck för monteringsfästet. Bolaget har därmed inte uppfyllt det aktuella skullkravet. Förvaltningsrätten finner att landstingen därmed har haft fog för att diskvalificera Picomed's produkt. Picomed har således inte lidit skada i denna del och ansökan om överprövning ska därför avslås.

Kategori C, samtalsapparat med tangentbord och inbyggd talsyntes

I kravspecifikationen, position 10, anges följande. Batteriet ska klara minst fem timmars drift på en laddning. Ange hur många timmar under kommentarsfältet. Picomed har svarat ja i den angivna rutan, men därefter inte angett hur många timmars drift som produkten klarar av i kommentarsfältet.

Picomed's anser att skullkravet ändå är uppfyllt eftersom det i manualen anges att batteritiden är 10-20 timmar och att skullkravet inte var att ange tiden, utan att produkten skulle klara fem timmar.

Med hänsyn till utformningen av förfrågningsunderlaget, ordalydelsen samt hur kraven i övrigt är utformade anser förvaltningsrätten att den aktuella anvisningen måste anses ingå i skallkravet. I enlighet med likabehandlingsprincipen kan upphandlande myndigheter endast pröva anbud som uppfyller samtliga ställda krav. Picomed har inte angett hur många timmars drift som klaras i kommentarsfältet. Bolaget har därmed inte uppfyllt det aktuella skallkravet. Förvaltningsrätten finner därför att landstingen har haft fog för att diskvalificera Picomedes produkt. Picomed har inte lidit skada och ansökan om överprövning ska därför avslås i denna del.

Kategori A, samtalsapparat med 6"-9"

Förvaltningsrätten konstaterar att landstingen har medgivit bifall till Picomedes yrkande om att göra om upphandlingen i denna del, med anledning av att viktkravet är felaktigt och onödigt konkurrensbegränsande. Med hänsyn till vad som framkommit i målet i denna del finner förvaltningsrätten att landstingen brutit mot LOU och principerna i 1 kap. 9 § LOU samt att Picomed lidit eller riskerat att lida skada härav. Picomedes ansökan ska således bifallas i denna del. Eftersom felet hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen i denna del göras om.

Kategori A, samtalsapparat med 12,1"-14"

Förvaltningsrätten konstaterar att landstingen även i denna del har medgivit bifall till Picomedes yrkande om att göra om upphandlingen, eftersom viktkravet varit felaktigt och onödigt konkurrensbegränsande. Med hänsyn till vad som framkommit i målet i denna del finner förvaltningsrätten att landstingen även här brutit mot LOU och principerna i 1 kap. 9 § LOU samt att Picomed lidit eller riskerat att lida skada härav. Picomedes ansökan ska således bifallas i denna del. Eftersom felet hänför sig till det konkurrensuppsökande skedet ska upphandlingen i denna del göras om.

FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I VÄXJÖ

DOM

738-13, 790-13, 811-
13, 829-13, 847-13,
892-13, 969-13, 970-13

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



Elisabeth Lewin



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

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

Adressen till förvaltningsrätten framgår av domen/beslutet.

I 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.