

KLAGANDE

Omnitor AB, 556558-4413
Box 92054
120 06 Stockholm

Ombud: Advokaterna Maja Kjellman och Michael Lettius
Advokatfirman Glimstedt Helsingborg HB
Box 1027
251 10 Helsingborg

MOTPART

Stockholms läns landsting
Upphandlingsenheten
Box 6401
113 82 Stockholm

Ombud: Paul Collins
Stockholms läns landsting
Box 22550
104 22 Stockholm

ÖVERKLAGAT AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten i Stockholms dom den 7 december 2010 i
mål nr 41335-10, se bilaga A

SAKEN

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

KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Kammarrätten bifaller överklagandet och förordnar att Stockholms läns landstings upphandling av Hörseltekniska hjälpmedel samt hjälpmedel för alternativ telefoni SLL 531 ska rättas på så sätt att N Wise AB:s anbud gällande produktnummer 6.1 – 6.3 ska uteslutas.

YRKANDEN M.M.

Omnitor AB (bolaget) fullföljer sin talan.

Till stöd för sin talan anför bolaget, utöver de omständigheter som åberopats i förvaltningsrätten, bl.a. följande.

Skall-krav 1 (kontaktuppgifter)

Bolaget vidhåller att kravet är obligatoriskt. Det förhållandet att man inte använt just ordet ”skall” utan formulerat meningen annorlunda innebär inte att det är fråga om ett krav som inte måste uppfyllas. Det faktum att vissa krav i anbudsinvjudan/förfrågningsunderlaget markerats med fet stil hindrar inte att även krav som inte markerats på dylikt sätt kan vara obligatoriska.

Skall-krav 2 (svenska)

Som huvudregel gäller att anbud kan lämnas på valfritt språk. En upphandlande myndighet kan dock välja att begränsa språkvalet. Landstinget har som obligatoriskt krav ställt upp att anbud ska vara på svenska. Delar av NWises anbud är på engelska. Begreppet ”anbud” avser samtliga dokument som inges och åberopas av anbudsgivaren som svar på förfrågningsunderlaget. Att likställa ”anbud” och anbudsformulär är inte riktigt. Att även bilagor utgör del av anbudet vinner stöd av att det inte endast är sådana uppgifter som N Wise lämnat i anbudsformuläret som beaktats vid utvärderingen av anbudet.

Skall-krav 7 (uppkoppling, kösituationer m.m. – MyMMX texttalk)

I Kravspecifikation, Alternativ telefoni (bilaga 6 till anbudsinvjudan) punkten **6.2 Texttelefoner** anges ”Text skrivs mellan två personer och skickas via telenätet medan de både samtalsparterna är uppkopplade”. Landstinget har gång efter annan hänvisat till att MyMMX texttalk är en IP-telefon. En IP-telefon kommunicerar inte via telenätet utan över internet/datanät. NWises produkt kan därför inte anses svara mot kraven i

förfrågan; att ha analog texttelefoni som huvudsakligt område. Vidare är en hänvisning till en standard för IP-kommunikation inte tillfyllest för besvarandet av frågan hur enheten hanterar uppkopplingar mot teletjänstcentral, förmedlingstjänster, kösituationer, förflyttningar och liknande. Standarden i sig är omfattande och innefattar ett antal metoder varför inte alla delar behöver vara implementerade i produkten. NWises hänvisning säger således inget om exakt vilka metoder produkten kan hantera.

Skall-krav 10 (kameravinklar - XTP8A10 och MyMMX videotalk)

Utrustningen är helt klart utformad för att placeras på ett bord på normalt ”skrivbordsavstånd” från brukaren. Att hävda att den inte specifikt är tänkt för ett skrivbord är att kringgå bakgrunden till frågeställningen. Landstingets expertgrupp, som har till uppgift att bedöma produkternas användarvänlighet, kan inte rimligen avgöra huruvida NWises produkt XTP8A10 uppfyller de i förfrågningsunderlaget angivna skall-kraven. Eftersom landstinget gjort gällande att produkten har flexibla användningsområden kan expertgruppens bedömning – där man bortsett från det faktum att produkten bl.a. är avsedd för det aktuella användningsområdet – inte anses vara annat än subjektiv. Dyliga subjektiva prövningar bör inte läggas till grund för en prövning av huruvida obligatoriska krav är uppfyllda eftersom det skulle innebära ett åsidosättande av kraven på transparens och förutsebarhet. Dessutom säkerställs inte att alla anbudsgivare behandlas lika.

Skall-krav 11 (samtalsförflyttning – MyMMX textalk)

Landstinget har gjort gällande att MyMMX textalk är en IP-telefon och att det aktuella skall-kravet avseende samtalsförflyttning inte är tillämpligt på produkten, varefter förvaltningsrätten funnit att krav 71 för samtalsförflyttning under rubriken ”Texttelefoner för samtal över analoga telefontät (PSTN)” inte är tillämpligt på produkten. Bolaget vill lyfta fram att det i Kravspecifikation Alternativ telefoni (bilaga 6 till anbudsinvitan) punkten

6.2 Texttelefoner anges ”*Text skrivs mellan två personer och skickas via telenätet medan de båda samtalsparterna är uppkopplade. Texten syns omedelbart på mottagarens skärm. Både den som ringer och den som blir uppringd måste ha en texttelefon.*” Produkten ska således kommunicera över telenätet. Med telenätet avses det analoga telenätet (PSTN). Av detta följer att analog texttelefoni är produktens huvudsakliga område. I den mån MyMMX texttalk inte uppfyller denna grundförutsättning uppfyller man inte heller kravet på funktion enligt kravspecifikationen. Om MyMMX texttalk ska svara mot kraven i kravspecifikationen måste produkten kommunicera delvis över telenätet (från NWisers server till motparten på en texttelefon). N Wise har också angett att produkten ”kopplar sig mot teletjänster via IP (SIP) eller via en gateway som erbjuder koppling mot PSTN nätet”. MyMMX texttalk måste uppfylla kraven för båda näten och inte enbart för kommunikation över IP. I konsekvens härmed gäller krav nr 71 även MyMMX texttalk.

Skall-krav 12 (produktnummer)

Enligt bolagets mening kan det starkt ifrågasättas om förvaltningsrättens tolkning där syftet med det uppställda kravet beaktats är förenlig med kraven på förutsebarhet och transparens.

Skall-krav miljö A1 och A2 (N Wise och Europea)

Förvaltningsrätten har ”mot bakgrund av hur miljöbilagan är utformad” kommit fram till att miljökraven ska tolkas som om de kan uppfyllas enbart genom ett nekande svar, en tolkning som bolaget menar gör avsteg från de krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget och strider mot kraven på förutsebarhet och transparens. I den mån det efterfrågas svar på hur något uppfylls kan frågan inte besvaras på annat sätt än genom en förklaring. Frågan kan inte besvaras med ”Ja” eller ”Nej”. Eftersom varken N Wise eller Europea har redovisat hur kravet uppfylls har landstinget varit skyldigt att förkasta anbuden.

Utvärdering av användarvänlighet

I det av landstinget upprättade utvärderingsprotokollet "Utvärdering av kravspecifikation alternativ telefoni.xls" finns ett antal kriterier angivna som utvärderats utan att dessa angetts i kravspecifikationen. Som exempel på detta kan nämnas kriterierna "*Inga telefonsymboler*", "*Levereras inte med tangentbord. Kortkommandon används därför inte*", "*Vid anslutning via nätverkskabel. Enheten har svårt att hantera att brukaren lyfter upp enheten under pågående samtal, samtalet fryser och vidare kommunikation är omöjlig. Dvs, enheten har svårt att på ett enkelt sätt gå från trådbunden till trådlös när man är ansluten med TP-kabel. Det fungerar att lyfta upp enheten med WLAN-anslutning.*" Genom att bedöma olika produkttegenskaper som positiva och negativa utan att på förhand redovisa kraven har myndigheten åsidosatt transparensprincipen eftersom anbudsgivarna inte kunnat förhålla sig till kraven.

Jämförelsevärden

I beslutsunderlaget "Utvärdering av objekt 1-6.xls" har landstinget inte redovisat jämförelsevärdena utan i stället angett funktionspriset. Funktionspriset korrigerat med en faktor utifrån poängbedömningen ger jämförelsevärdet. Att landstinget inte angett jämförelsevärdena döljer att man gjort räknefel och en felaktig rangordning avseende objekt 6.2 (Texttelefoner).

Stockholms läns landsting (landstinget) bestrider bifall till överklagandet och anför, utöver vad som framförts i förvaltningsrätten, bl.a. följande till stöd för sin inställning.

Skall-krav 7 (uppkoppling, kösituationer m.m. – MyMMX texttalk)

Bolaget grundar sin uppfattning på den inledande texten i punkt 6.2 i Kravspecifikation för alternativ telefoni som generellt beskriver produktgruppen Texttelefoner och där det anges att text skickas "*via telenätet*". Med facit i hand anser landstinget att texten inte är optimalt utformad. Det framgår inte

uttryckligen att text också kan skickas via ”internet” eller ”datanät”. Beskrivningen har emellertid inte samma dignitet som ett obligatoriskt krav. Tvärtom är det tydligt att det är funktionerna och inte leveranssättet som är obligatoriska. I texten hänvisas dessutom till ISO standarden för Texttelefoner (kod 22 24 09) vilken bör omfatta både IP och analog telefoni. Texten måste också läsas tillsammans med kravnummer 10 i kravsammanställningen där det framgår att texttelefoner nyttjas antingen analogt eller via internet. Mot denna bakgrund vidhåller landstinget att N Wise genom att hänvisa till standarden för SIP (RFC3261) tillräckligt tydligt indikerat vilka metoder och specifikationer som enheten följer i olika sammanhang.

Skall-krav 10 (kameravinklar – XTP8A10 och MyMMX videotalk)

XTP8A10 har flexibla användningsmöjligheter och är inte begränsad till att användas på ett skrivbord. I produktbladet för MyMMX Videotalk 13,3 och 15,4 anges kameravinkeln både horisontellt och vertikalt.

Skall-krav 11 (samtalsförflyttning – MyMMX textalk)

Landstinget hänvisar till vad som anförs under skall-krav 7 samt understryker att texten under punkten 6.2. i kravspecifikationen måste läsas tillsammans med kravnummer 71 i kravsammanställningen där det framgår att kravnumret gäller texttelefoner som endast nyttjar det analoga telenätet. Av detta följer att skall-kravet inte är applicerbart på N Wises offererade produkt eftersom denna är en IP-telefon.

Skall-krav 12 (produktnummer)

Landstinget uppställde kravet på hänvisning till ”produktnumret” för att skapa en tydlig koppling mellan produkten och dess beskrivna egenskaper. I svarsblanketten anges emellertid också begreppen ”produkt”, ”artikelnummer” och ”artikelbestämning”. Möjligheten att kunna överblicka anbuden och dess produkter kan även uppnås genom angivande av de nämnda begreppen.

Skall-krav miljö A1 och A2 (N Wise och Europea)

I miljöbilagan anges ”Hur kraven uppfylls av anbudsgivaren *skall deklarer*as i svarsrutorna efter respektive avdelning nedan. [...] Verifikationer över lämnade svar ska endast skickas in vid anmodan från SLL. Tanken är att verifikationer ska kunna begäras in vid uppföljning av avtal/upphandling.”

Landstinget menar att anbudsgivaren kryssar i rutan ”Ja” för att visa att samtliga obligatoriska krav uppfylls. Vid behov kan landstinget begära in verifikationer och närmare utreda förhållandena.

Utvärdering av användarvänlighet

Enligt anbudsinbjudan utförs bedömningen av användarvänligheten av en referensgrupp som består av verksamma specialister. Under punkten **3.1 Krav på användarvänlighet** i Kravspecifikation för objekt 6 framgår att produkten bör vara enkel att hantera även för dataovana och att kraven på användarvänlighet kommer att utvärderas utifrån funktionen att bl.a. ringa upp, ta emot samtal och använda kortkommandon. Vidare framgår att funktionen kommer att betygsättas mellan 0 och 4 poäng där 0 poäng innebär att endast skall-kravsnivån är uppfylld. Landstinget har rätt att formulera förfrågningsunderlaget för att tillgodose sina behov genom att ställa vettiga kvalitetskrav. Kriterierna som ska beaktas vid bedömningen av en mjuk parameter som användarvänlighet är särskilt svåra att specificera på förhand utan att den aktuella telefonlösningen testas. I det dokument som bolaget hänvisat till redovisas såväl negativa som positiva anmärkningar som uppmärksammas i samband med bedömningen av parametern användarvänlighet.

Jämförelsevärden

I bilagan ”Utvärdering av objekt 1-6.xls” till tilldelningsbeslutet anges rubriken funktionspris (som kalkyleras efter en utvärdering av priserna i anbudet), i stället för rubriken jämförelsevärden (vilket räknas fram genom att funktionspriset justeras efter utvärderingen av kvalitet och vikt). Information om hur landstinget kommer att räkna ut jämförelsevärdet har angetts

i anbudsinvjudan och upphandlingsrapporten. Landstinget har jämfört jämförelsevärdena för samtliga anbud och därefter rangordnat dem. Landstinget har emellertid gjort ett misstag vid rangordningen av objekt 6.2 Texttelefoner, vilket resulterat i att en av bolagets offererade produkter hamnat på plats 5 i stället för plats 4 i rangordningen. Landstinget accepterar att rätta felet.

SKÄLEN FÖR KAMMARRÄTTENS AVGÖRANDE

Tillämpliga bestämmelser framgår av förvaltningsrättens dom.

Vad gäller skall-kraven 6, 8, 9 och 10 finner kammarrätten inte skäl föreligga för att göra en annan bedömning i sak än förvaltningsrätten.

Avseende skall-kraven 1, 7, 11 och miljö A1 och A2 noteras att kraven/texten i flera hänseenden kunde ha utformats på ett tydligare sätt. Enligt kammarrättens mening har otydligheterna emellertid inte varit sådana att det framkommit att de principer som bär upp LOU och gemenskapsrätten trätts för när (jfr RÅ 2002 ref. 50). Med hänsyn härtill saknas anledning att besluta om något ingripande i dessa avseenden.

Avseende skall-krav 12 har framkommit att ingen anbudsgivare angett ett produktnummer på det sätt som landstinget tänkt sig. Anledningen till detta torde, enligt kammarrättens mening, vara otydligheter i anbudsinvjudan. Oaktat detta har framkommit att ingen leverantör uteslutits på grund av att denne inte angett produktnumret på det sätt som landstinget önskat. Eftersom leverantörerna behandlats lika i detta avseende och då det uppställda kravet knappast kan ha hindrat en presumtiv anbudsgivare från att lämna anbud finner kammarrätten att det inte finns skäl att vidta åtgärder på denna grund.

Kvar att pröva är då skall-krav 2, CE-märkning och utvärdering av användarvänlighet. Avseende skall-krav 2 kan följande noteras.

I anbudsinbjudan/anbudsformuläret, under **Anvisningar** (s. 3) och under punkten **1.7. Anbudets form och innehåll** (s. 8 f.), anges bl.a. följande.

Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav som benämns **skall-krav**. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa **skall-krav** är uppfyllda.

Under punkten 1.7. anges vidare.

Av anbudet **skall** framgå att samtliga skall-krav är uppfyllda. Vid uteblivet svar anses skall-kravet ej vara uppfyllt.

För att granskning och utvärdering av anbuderna ska kunna ske på ett effektivt och rättvisande sätt är det önskvärt att anbuderna består av nedan angivna dokument och sortering:

- Av anbudsgivaren ifylld Anbudsinbjudan
- Av anbudsgivaren ifylld Kravspecifikation
- Av anbudsgivaren ifylld Svarsblankett offererade produkter
- Av anbudsgivaren ifylld Miljöblankett ”Miljöbilaga för Hörseltekniska hjälpmedel samt hjälpmedel för alternativ telefoni”

Övriga bifogade dokument (Skatteverkets blankett etc.) bör vara av anbudsgivaren numrerade bilagor.

Anbudet **skall** vara skriftligt, på svenska och undertecknat av behörig företrädare hos anbudsgivaren.

Anbudsgivaren uppmanas sedan att *”Bekräfta att kravet uppfylls och bifoga ifylld Svarsblankett offererade produkter”* genom att kryssa i *”Ja”*.

Enligt anbudsformuläret **skall** anbud vara på svenska. Någon definition av ”anbud” finns emellertid inte. Landstinget har gjort gällande att det endast är anbudsformuläret/anbudsinbjudan som ska betraktas som anbud medan bolaget menar att anbudsformuläret inklusive bilagor och övriga dokument som en anbudsgivare ger in hör till dennes ”anbud”.

Av handlingarna framgår att en leverantör som vill få sitt anbud utvärderat och poängsatt måste uppfylla samtliga skall-krav som anges i såväl anbudsformuläret som dess bilagor. Utöver anbudsformuläret och bilagorna till detta kan anbudsgivaren ge in intyg/bevis (av relevans) enligt Anvisningar och punkten 1.7 i anbudsinbjudan. Mot denna bakgrund finner kammarrätten att begreppet anbud i förevarande mål måste anses innefatta de dokument som anbudsgivaren ger in till stöd för att uppfylla de av landstinget uppställda skall-kraven. I målet har framkommit att N Wise gett in och åberopat bilagor på engelska. Uppgifterna har, i vart fall i ett dokument, använts för att bedöma om N Wise uppfyllt vissa uppställda skall-krav. N Wise har därmed inte uppfyllt skall-krav 2. Med hänsyn härtill finner kammarrätten att landstinget genom att bortse från att N Wise inte gett in hela sitt anbud på svenska och utvärdera och anta anbudet brutit mot lika-behandlingsprincipen i förhållande till de anbudsgivare som uppfyllt skall-kravet ifråga.

Vad gäller CE-märkning noteras att det under punkten **1.22. Avtal** i anbudsinbjudan bl.a. anges att *Anbudsgivaren skall i anbudet bekräfta att denne godkänner kontraktsvillkoren i Avtalsmallen i sin helhet.* Vidare anges i bilagan Avtalsmall under punkten **10.3** att *Samtliga produkter skall vara CE-märkta enligt 93/42 EG; Medicintekniska Produktdirektivet MDD.* Med hänsyn härtill och med beaktande av vad som ovan angetts under **Anvisningar** och under punkten **1.7. Anbudets form och innehåll** om att en anbudsgivare måste besvara och uppfylla de skall-krav som ställs upp i förfrågningsunderlaget och dess bilagor för att prövas, utvärderas och antas finner kammarrätten att anbudsgivaren ska uppfylla det obligatoriska kravet på CE-märkning senast vid tidpunkten för ingivandet av sitt anbud. Eftersom det inte har visats att N Wise inte uppfyller detta krav och då det inte gjorts gällande att förfrågningsunderlaget strider mot LOU eller någon gemenskapsrättslig princip i detta avseende finner kammarrätten att det inte finns anledning att ingripa på denna grund.

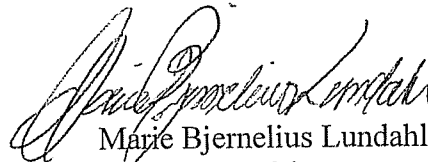
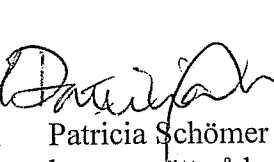
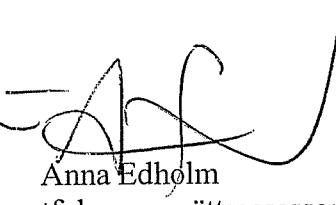

Vad gäller utvärdering av användarvänlighet delar kammarrätten landstingets uppfattning att det står en upphandlande enhet fritt att själv formulera förfrågningsunderlaget på det sätt som är lämpligast utifrån det behov upphandlingen syftar till att tillgodose. En upphandlande myndighet bör emellertid utforma förfrågningsunderlaget så tydligt som möjligt och däri bl.a. ange vad som kommer att tillmätas betydelse i kvalificerings- och utvärderingsfaserna. Av kravspecifikationen framgår att kriteriet användarvänlighet kommer att poängsättas i ett visst intervall och att utvärderingen kommer att göras utifrån funktionen att bl.a. ringa upp, ta emot samtal och använda kortkommandon. Även om skrivningen ger vissa indikationer om vad landstinget värdesätter och även med beaktande av att det kan vara svårt att exakt ange vad som uppskattas av slutanvändaren och den upphandlande myndigheten anser kammarrätten att det framstår som fullt möjligt för landstinget att mer uttryckligt och nyanserat formulera vad som gör de angivna funktionerna mer eller mindre användarvänliga. Enligt kammarrättens mening har landstinget i förfrågningsunderlaget med bilagor inte tillräckligt tydligt angett vilka parametrar som skulle tillmätas betydelse vid utvärderingen och poängsättningen av kriteriet användarvänlighet. Bristerna är dock inte så allvarliga att principen om transparens trätts för när.

Slutligen erinrar kammarrätten om att en upphandlande myndighet har en skyldighet att utforma sitt tilldelningsbeslut så att det framgår vilka omständigheter som lagts till grund för beslutet att anta ett visst anbud. Mot denna bakgrund och med beaktande av att landstinget i anbudsinbjudan angett att rangordning av anbuden ska ske utifrån det s.k. jämförelsevärdet, anser kammarrätten att landstinget lämpligen skulle ha angett jämförelsevärdet i tilldelningsbeslutet. Inte heller denna brist är dock så allvarlig att principen om förutsebarhet trätts för när.

Sammantaget finner kammarrätten att endast förfarandet vid skall-krav 2 strider mot de grundläggande principerna i 1 kap. 9 § LOU. Eftersom

bristen, enligt kammarrättens mening, inte kan anses ha påverkat upphandlingens konkurrensuppsökande skede är det tillräckligt att upphandlingen rättas i delarna 6.1 – 6.3.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga B (formulär 1).

 Marie Bjernelius Lundahl kammarrättsråd ordförande	 Patricia Schömer kammarrättsråd referent	 Anna Edholm tf. kammarrättsassessor
		 Jessica Olofsson föredragande