



FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I FALUN
 Mattias Håkansson
 Föredragande

DOM
 2011-03-31
 Meddelad i
 Falun

Mål nr
 281-11
 299--300-11
 313-11
 315-11
 331--332-11
 Enhet 2

SÖKANDE

Oticon Aktiebolag, 556044-3185
 Box 2108
 103 13 Stockholm

Ombud: Advokat Fredrik Linder och jur. kand. Mikael Dubois
 Hamilton Advokatbyrå Stockholm HB, Box 715, 101 33 Stockholm

MOTPARTER

1. Landstinget Dalarna tillika ombud för 2-7, Box 712, 791 29 Falun
2. Landstinget Gävleborg, 801 88 Gävle
3. Landstinget Sörmland, Repslagaregatan 19, 611 88 Nyköping
4. Landstinget i Uppsala län, Box 602, 751 25 Uppsala
5. Landstinget Västmanland, Landstingshuset, 721 89 Västerås
6. Landstinget i Värmland, 651 82 Karlstad
7. Örebro läns landsting, Box 1613, 701 16 Örebro

SAKEN

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

FÖRVALTNINGSRÄTTENS AVGÖRANDE

Förvaltningsrätten bestämmer att upphandlingen – såvitt avser Position 1 – får avslutas först sedan rättelse har gjorts på så sätt att en ny anbudsutvärdering ska göras där anbuden från Phonak Aktiebolag och GN ReSound AB inte får ingå.

KONKURRENSVERKET	
2011-04-01	
Avd	
Dnr	
Doss	Aktbil

Enhet 2

BAKGRUND

Landstinget Dalarna, Landstinget Gävleborg, Landstinget Sörmland, Landstinget i Uppsala län, Landstinget Västmanland, Landstinget i Värmland och Örebro läns landsting (i det följande Landstingen) genomför en samordnad upphandling avseende ramavtal för "Hörapparater inklusive tillbehör och reservdelar" med diarienummer LD10/02645. Tilldelningsbeslut fattades den 13 januari 2011.

YRKANDE M.M.

Oticon Aktiebolag (i det följande Bolaget) begär överprövning och yrkar att förvaltningsrätten ska bestämma att upphandlingen – såvitt avser Position 1 – får avslutas först sedan rättelse gjorts på så sätt att anbudet från Phonak Aktiebolag (i det följande Phonak) och GN ReSound AB (i det följande GN ReSound) ska diskvalificeras från utvärderingen.

Som grunder för sin ansökan anger Bolaget följande. (1) Phonak uppfyller inte skall-kravet avseende verifikation av uppgifter i punkt 1 i kravspecifikationen. Phonaks anbud borde därför ha diskvalificerats från utvärderingen. Dessutom har Phonak tillåtit komma in med otillåtna kompletteringar/förtydliganden efter anbudstidens utgång. Anbudet skulle därför rätteligen ha diskvalificerats även av detta skäl. Landstingens agerande strider mot förfrågningsunderlaget, 1 kap. 9 § och 9 kap. 8 § LOU.

(2) GN ReSound har tillåtit komma in med otillåtna kompletteringar/förtydliganden efter anbudstidens utgång. Utan beaktande av dessa otillåtna kompletteringar/förtydliganden uppfyller anbudet inte samtliga skallkrav. Anbudet skulle därför rätteligen ha diskvalificerats från utvärderingen. Landstingens agerande strider mot 1 kap. 9 § och 9 kap. 8 § LOU.

Enhet 2

(3) Bolaget har till följd av överträdelsena lidit skada eftersom Bolaget vid en korrekt genomförd upphandling hade kunnat antas som leverantör.

Landstingen motsätter sig Bolagets yrkande och anför följande. Upphandlingen har skett i enlighet med grundprinciperna i 1 kap. 9 § LOU. Bilage- och sidnummer där verifierande information finns ska anges för krav angående tekniska funktioner. Detta för att underlätta för den grupp som ska funktionsprova och utvärdera offererade hörapparater. Två av anbudsgivarna har varit otydliga i sin redovisning beträffande verifierande information. De ombads därför att komma in med förtydliganden av redan insänt material. Insända förtydliganden har inte medfört någon förändring av uppfyllt obligatoriskt krav. De klarlägger, konkretiserar, endast den text som bifogats anbudet. Inga uppgifter har ändrats eller ersatts. Förtydliganden som anbudsgivaren sänt in innehåller i vissa fall också annan information än vad som begärts. Detta p.g.a. att det är anbudsgivarens officiella dokument. Denna information är ovidkommande för de aktuella obligatoriska kraven. Vid en rättelse av utvärderingen och om Phonak eller GN Resound diskvalificeras skulle Bolaget placera sig på fjärde plats. Enligt tilldelningsbeslutet har Landstingen beslutat att tilldela tre leverantörer kontrakt. Beslutet grundas på att tre leverantörer täcker behovet för att erhålla ett komplett sortiment. Bolaget har därmed inte riskerat lida skada.

FÖRFRÅGNINGSUNDERLAGET

I punkt 2.1 "Obligatoriska krav" i de Administrativa föreskrifterna anges följande. Förfrågningsunderlaget med bilagor innehåller ett antal obligatoriska krav. Förutsättningen för att ett anbud ska kunna prövas, utvärderas och antas är att dessa krav är uppfyllda. Kraven avser krav på såväl leverantören och anbudet som efterfrågad vara och/eller tjänst.

Av punkt 2.6 "Helt eller delat anbud" i de Administrativa föreskrifterna framgår följande. Anbud kan lämnas på en eller båda av följande specificerade delar:

- Position 1: Bas, Mellan, Avancerat och Mini Micro segment

Enhet 2

- Position 2: Superpower segment

Den upphandlande myndigheten har rätt att anta lämnade anbud i sin helhet eller i delar.

I punkt 2.7 "Tilldelning av kontrakt" föreskrivs följande. Avtal kommer att träffas med det antal som kan täcka behovet, dock högst fyra (4) st. leverantörer för respektive position enligt punkt 2.6. Leverantörerna kommer att rangordnas i en lista per position efter lägst jämförelsevärde.

I punkt 3.2 "Prövning av obligatoriska krav" i de Administrativa föreskrifterna anges följande. Kvalificerade leverantörer prövas avseende obligatoriska krav som ställs på anbudet och efterfrågad vara/tjänst. Minst en serie inom varje segment enligt punkt 2.6 måste uppfylla samtliga obligatoriska krav för att gå vidare till utvärdering.

I "Kravspecifikation Generella krav och kriterier Hörapparater" anges följande under punkt 1 "Allmän information". De artiklar som offereras ska finnas i anbudsgivarens sortiment och vara tillgänglig för leverans vid avtalsstart. Detsamma gäller alla med "Ja" besvarade krav, att de kan uppfyllas och vara tillgängliga vid funktionsprovningen och vid avtalsstart. Uppgifterna i kravspecifikationerna ska verifieras. Skriv förklaring i anmärkningsrutan och ange bilaga samt sidnummer där lämnade uppgifter återfinns.

I "Kravspecifikation Specifika krav och kriterier Hörapparat – Mellan segment BTE Power" och i "Kravspecifikation Specifika krav och kriterier Hörapparat – Avancerat segment BTE Power" anges följande under punkt 1 "Allmän information". De artiklar som offereras ska finnas i anbudsgivarens sortiment och vara tillgänglig för leverans vid avtalsstart. Detsamma gäller alla med "Ja" besvarade krav, att de kan uppfyllas och vara tillgängliga vid funktionsprovningen och vid avtalsstart. Ange, i fältet "Anm.", bilage- och sidnummer där information finns som verifierar att punkterna i kravspecifikationen uppfylls.

I punkt 12 i "Förtydligande 7" till förfrågningsunderlaget anges följande. Är det meningen att samtliga punkter i kravspecifikationerna ska verifieras? SVAR: För respektive krav i den generella kravspecifikationen räcker det att intyga, genom att kryssa i ja-rutan, att kravet uppfylls. För de specifika kravspecifikationerna gäller följande: Bilage- och sidnummer där verifierande information finns ska anges för krav angående tekniska funktio-

Enhet 2

ner. Detta för att underlätta för den grupp som ska funktionsprova och utvärdera offererade hörapparater.

AKTUELL LAGTEXT

Av 16 kap. 5 § LOU följer att 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, ska rätten besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Enligt 1 kap. 9 § LOU ska upphandlande myndigheter behandla leverantörer på ett likvärdigt och icke-diskriminerande sätt samt genomföra upphandlingar på ett öppet sätt. Vidare ska principerna om ömsesidigt erkännande och proportionalitet iakttas.

Av 9 kap. 8 § andra stycket LOU framgår att den upphandlande myndigheten får begära att en anbudsansökan eller ett anbud förtydligas eller kompletteras om det kan ske utan risk för särbehandling eller konkurrensbegränsning. Myndigheten får också begära att en leverantör förtydligar eller kompletterar handlingar som getts in och som avses i 10 och 11 kap.

SKÄLEN FÖR AVGÖRANDET

Förvaltningsrätten har att pröva om det på grundval av vad Bolaget anfört är visat att Landstingen har brutit mot någon av de grundläggande principerna eller någon annan bestämmelse i LOU och att detta medfört att Bolaget lidit eller kan komma att lida skada.

Phonaks anbud

Bolaget har hävdat att Phonak underlåtit att lämna uppgifter som verifierar uppfyllandet av ett antal obligatoriska krav och utvärderingskriterier samt att vissa av de uppgifter som faktiskt lämnats i det här avseendet har lämnats genom otillåtna kompletteringar. Bolaget har särskilt pekat på de obligatoriska krav och utvärderingskriterier som återfinns i punkterna 2.4, 2.8,

Enhet 2

2.14-2.18 och 3.6-3.7 i ”Kravspecifikation Specifika krav och kriterier Hörapparat mellan segment – BTE Power”. Till stöd för sin uppfattning har Bolaget bl.a. åberopat utdrag ur Phonaks anbud och e-postkorrespondens mellan Landstingen och Phonak.

Landstingen har däremot gjort gällande att två av anbudsgivarna har varit otydliga i sin redovisning beträffande verifierande information och att dessa därför ombads komma in med förtydligande av redan insänt material. Landstingen anser att begäran om förtydligande har gjorts utan särbehandling eller konkurrensbegränsning.

Förvaltningsrätten gör följande överväganden.

Förvaltningsrätten konstaterar att det i Phonaks anbud saknas uppgifter som verifierar att en del av de obligatoriska krav och utvärderingskriterier som anges i aktuell kravspecifikation uppfylls. Den omständigheten att Phonak, genom att kryssa i rutan för ”Ja”, har angivit att dessa är uppfyllda, innebär inte en inskränkning i den föreskrivna skyldigheten att redovisa hur man lever upp till ställda krav (se bl.a. Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 4064-10). Anbudet uppfyller således inte kravet på att detta ska innehålla information som verifierar att uppgifterna i kravspecifikationen uppfylls. Att det ursprungliga anbudet inte har uppfyllt kravet på verifiering stöds också av e-postkorrespondens mellan Landstingen och Phonak.

Av nämnda e-postkorrespondens framgår att Landstingen inte kan hitta uppgifter som verifierar att de tekniska funktionerna är uppfyllda för t.ex. Lågnivåexpansion, Talframhävning och Återkopplingsreducering i anbudet. Vidare framgår att Phonak inte har uppfattat att det var ett skall-krav att verifiera funktioner såsom t.ex. Talframhävning och Lågnivåexpansion.

Enhet 2

En beskrivning av Phonaks återkopplingshantering uppges däremot finnas i en bilaga till anbudet. Av handlingarna framgår också att Phonak, efter anbudstidens utgång, har gett in en komplettering avseende bl.a. expansion och talframhävning.

Eftersom Phonaks ursprungliga anbud i väsentliga delar inte uppfyllt kravet på verifiering har Landstingen inte kunnat beakta de nya uppgifter som Phonak gett in efter anbudstidens utgång utan risk för särbehandling. Det rör sig därför inte om sådana tillåtna kompletteringar eller förtydliganden som avses i 9 kap. 8 § LOU. Ingivna kompletteringar kan således inte läka aktuella brister i Phonaks anbud.

Genom att anta Phonaks anbud trots att detta inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav, har Landstingen agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

GN ReSounds anbud

Bolaget har hävdatt att det vid en jämförelse mellan de ursprungliga bilagorna I, K och R och de uppgifter som GN ReSound kommit in med efter anbudstidens utgång framgår att GN Resound har inkommit med nya uppgifter i mycket stor omfattning och att dessa innehåller information avseende uppfyllande av skall-krav. Uppgifterna har enligt Bolaget en direkt betydelse för uppfyllandet av skall-kravet om verifikation. Enligt Bolaget har GN ReSounds ursprungliga anbud brustit i uppfyllandet av skall-kraven. Vidare anser Bolaget att det inte kan röra sig om tillåtna kompletteringar eller förtydliganden. Bolaget har särskilt pekat på uppgifternas betydelse för verifieringen av uppfyllandet av punkterna 2.4-2.5 i ”Kravspecifikation Specifika krav och kriterier Hörapparat – Avancerat segment BTE Power” och utvärderingen av kriteriet i punkt 3.15 i samma kravspecifikation. Till stöd för sin uppfattning har Bolaget bl.a. åberopat aktuella

Enhet 2

bilagor jämte förtydliganden, e-postkorrespondens mellan Landstingen och GN ReSound samt utdrag ur GN ReSounds anbud.

Landstingen har däremot hävdad att insända förtydliganden inte har medfört någon förändring av uppfyllt obligatoriskt krav och att dessa endast klarlägger eller konkretiserar den text som bifogats anbudet. Landstingen har anfört att de förtydliganden som sänts in i vissa fall innehåller annan information än vad som begärts och att detta beror på att det är anbudsgivarens officiella dokument. Denna information uppges vara ovidkommande för de aktuella obligatoriska kraven.

Förvaltningsrätten gör följande överväganden.

Den omständigheten att GN ReSound, genom att kryssa i rutan för ”Ja”, har angivit att aktuella krav och kriterium är uppfyllda, innebär inte en inskränkning i den föreskrivna skyldigheten att redovisa hur man lever upp till ställda krav (se bl.a. Kammarrättens i Göteborg dom i mål nr 4064-10).

Av handlingarna framgår att Landstingen efter anbudstidens utgång har begärt förtydliganden som verifierar uppgifterna i bilaga I, R och K till GN ReSounds anbud. Någon annan slutsats än att Landstingen vid tiden för begäran har ansett att det ursprungliga anbudet inte uppfyllt det obligatoriska kravet på verifiering är svårt att dra. Denna bild förstärks också av det ursprungliga innehållet i nämnda bilagor. Landstingens förfarande har således medfört att GN ReSound haft möjlighet att efter anbudstidens utgång komplettera sitt anbud i väsentliga delar med uppgifter för att på så sätt kunna uppfylla kravet på verifiering. Förfarandet får anses ha inneburit en påtaglig risk för särbehandling varför det inte rör sig om sådana tillåtna kompletteringar eller förtydliganden som avses i 9 kap. 8 § LOU. Det kan

Enhet 2

således inte ur ett likabehandlingsperspektiv anses godtagbart att begära in uppgifter på det sätt som skett och att beakta dessa vid anbudsprövningen. Genom att anta GN Resounds anbud, trots att detta inte uppfyllt samtliga obligatoriska krav, samt genom att begära att GN ReSound skulle lämna de kompletterande uppgifterna, har Landstingen agerat i strid med likabehandlingsprincipen.

Sammanfattande bedömning och val av åtgärd

Förvaltningsrätten konstaterar att Landstingen har brutit mot likabehandlingsprincipen. Bolaget får till följd av detta anses ha lidit eller kan komma att lida skada. Det finns därmed skäl för ingripande enligt LOU.

Bristerna i upphandlingsförfarandet är inte hänförliga till det konkurrensuppsökande skedet varför rättelse är en tillräckligt ingripande åtgärd (jfr bl.a. RÅ 2005 ref. 47). Upphandlingen ska rättas på så sätt att Landstingen – såvitt avser Position 1 – genomför en ny anbudsutvärdering där anbuderna från Phonak och GN ReSound inte får ingå.

HUR MAN ÖVERKLAGAR, se bilaga (Dv 3109/1c LOU).



Karin Forslund Johansson
rådman



SVERIGES DOMSTOLAR

HUR MAN ÖVERKLAGAR - PRÖVNINGSTILLSTÅND

Den som vill överklaga förvaltningsrättens beslut ska skriva till Kammarrätten i Sundsvall. **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 var till 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.

DV 3109/1C LOU