



**FÖRVALTNINGSRÄTTEN
I STOCKHOLM**
Allmänna avdelningen

DOM
2012-03-09
Meddelad i
Stockholm

Mål nr
25715-11
Enhet 15

SÖKANDE
Oticon AB, 556044-3185

Ombud: Advokaten Jerker Alm
Advokatfirman Vinge KB
Box 1064
251 10 Helsingborg

| | |
|-------------------------|--------|
| KONKURRENSVERKET | |
| 2012 -03- 0 9 | |
| Avd | |
| Dnr | |
| Doss | Aktbil |

MOTPART
Stockholms läns landsting

Ombud: Advokaten Roger Hagman
Box 3460
103 69 Stockholm

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

DOMSLUT

1. Förvaltningsrätten avslår ansökan om ingripande enligt LOU.
2. Förvaltningsrättens interimistiska förordnande av den 10 januari 2012 ska inte längre gälla.

Dok.Id 209692

| | | | | |
|-------------------|---------------------|---|----------------|--------------------------------|
| Postadress | Besöksadress | Telefon | Telefax | Expeditionstid |
| 115 76 Stockholm | Tegeluddsvägen 1 | 08-561 680 00 | 08-561 680 01 | måndag – fredag 09:00-15:00 |
| | | E-post: forvaltningsrattenistockholm@dom.se | | |

BAKGRUND

Stockholms läns landsting (hädanefter SLL) genomför en upphandling av hörapparater, dnr SLL544. Upphandlingen genomförs som ett öppet förfarande.

Det kan upplysas om att förevarande domstol genom dom den 4 februari 2011 i mål nr 46045-10 m.fl. förordnat att SLL:s upphandling av ramavtal för hörapparater, dnr SLL544, skulle göras om. Då en av leverantörerna ansökt om överprövning förordnades ånyo att SLL:s upphandling skulle göras om (se domen av den 26 augusti 2011 i mål nr 13908-11).

Förvaltningsrätten har den 10 januari 2012 förordnat att SLL tills vidare inte får ingå avtal i upphandlingen av hörapparater i den del som avser inköp av hörapparater.

YRKANDEN

Oticon AB (hädanefter Bolaget) har yrkat att förvaltningsrätten förordnar om att upphandlingen i delen som avser inköp av hörapparater (SLL 544) ska göras om.

SLL har bestritt bifall till ansökan och hemställt att förvaltningsrätten lämnar det utan bifall.

GRUNDER

Bolaget har som grund för ansökan om överprövning anfört dels att bedömningsgrunderna för de funktionella kraven avseende programvaran är i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen då det inte

framgår vad som krävs för att viss poäng ska erhållas, dels att förbudet om att samma produkt inte får offereras i olika produktgrupper är i strid med gällande rätt.

SLL har bestritt att förfrågningsunderlaget står i strid med principerna om transparens och likabehandling samt gällande rätt. Utvärderingsmodellen och skall-kraven ger inte SLL en obegränsad frihet och står inte i strid med någon av de grundläggande upphandlingsrättsliga principerna. För en normalt insatt och informerad anbudsgivare i branschen har SLL beskrivit modellen och vad SLL avser att bedöma vid utvärderingen på ett tillräckligt tydligt sätt. Villkoret avseende förbudet att offerera en och samma produkt i flera produktgrupper, är inte mer betungande än vad som kan anses nödvändigt för att uppnå det eftersträvade syftet och effekten av åtgärden kan anses proportionerlig jämfört med det eftersträvade syftet. Eftersom bolaget är en leverantör med brett sortiment kan det inte anses skadelidande i LOU:s mening.

PARTERNAS UTVECKLING AV TALAN

Bolaget har utvecklat grunderna för sin talan genom att anföra i huvudsak följande.

Som grundläggande upphandlingsrättslig princip gäller att en upphandlande myndighet i förfrågningsunderlaget tydligt ska redovisa samtliga förhållanden som myndigheten kommer att lägga vikt vid i utvärderingen och bedömningen av anbuden (se t.ex. EU-domstolens dom i mål C-331/04 ATI EAC punkt 22 ff och Kammarrätten i Göteborgs mål 6996-08).

Utformningen av de funktionella kraven

På sidan 10-11 i anbudsinbjudan anges att funktion som är kopplat till programvaran kommer att bedömas i en skala där 0–3 poäng kan tilldelas och är indelat i två huvudgrupper med fyra respektive fem förhållanden som ska bedömas avseende:

- 1) Användarvänlighet (0–3 poäng per process).
- 2) Flexibilitet och anpassningsmöjligheter (0–3 poäng per process).

Förfrågningsunderlaget får förstås på så vis att för var och en av punktsatserna som framgår av anbudsinbjudan så ska 0–3 poäng tilldelas, vilket innebär att avseende ”Användarvänlighet” kan maximalt 12 poäng erhållas (3x4 punktsatser) och för ”Flexibilitet och anpassningsmöjligheter” kan maximalt 15 poäng erhållas (3x5 punktsatser). Beskrivningarna över vad som ska bedömas är synnerligen övergripande och ger ett mycket stort utrymme för godtyckliga bedömningar.

I delen för flexibilitet och anpassningsmöjligheter ska bl.a. följande förhållande bedömas: ”*Det finns en mångfald av relevanta anpassningsmöjligheter av hörapparaters inställningar utifrån brukarens förutsättningar*”. Angiven beskrivning saknar helt redovisning om vad det är för relevanta anpassningsmöjligheter som ska bedömas. SLL kan helt efter eget skön bestämma vilka anpassningsmöjligheter som SLL anser vara relevanta i sammanhanget. Kravet är en blandning av kvalitativa och kvantitativa aspekter. Det handlar dels, om antalet anpassningsmöjligheter dels, om dessa är relevanta. Genom att det inte finns någon preciserad beskrivning saknas möjlighet för anbudsgivarna att avgöra vad det är SLL kommer att bedöma. Med en tydlig beskrivning av vilka anpassningsmöjligheter som SLL anser vara relevanta hade bolaget kunnat anpassa anbudet, dels i funktionellt avseende dels ifråga om prissättning. Genom otydliga beskrivningar ifråga om vad som kommer att bedömas blir

möjligheten för att i verklig mening anta det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet betydligt sämre. På motsvarande sätt förhåller det sig med förhållandet ”*Programvaran stöder ett strukturerat och effektivt arbete för audionomen*”. Här saknas helt beskrivning av vad det är i programvaran som SLL ska bedöma för att avgöra om programvaran stöder ett strukturerat och effektivt arbete för audionomen. Programvaran är en produkt som är anpassningsbar och under ständig utveckling. Detta innebär att det är synnerligen centralt för anbudsgivarna i egenskap av säljare att få klart för sig vad en köpare önskar. Programvaran kan således beroende på vad köparen redovisar som väsentligt anpassa i detta fall programvaran på ett sätt så att det optimerar möjligheten till bästa utfall samt även väga en utformning av programvaran mot effekter på priset. Detta gäller för flertalet av de i anbudsinbjudan angivna punktsatserna och avser således otydligheten som sådan i vad som ska bedömas. Vidare finns ingen ledning ifråga om vad som krävs för att en viss poäng ska tilldelas. Vilken nivå på ”relevanta anpassningsmöjligheter” som krävs för att en anbudsgivare ska erhålla 1, 2 respektive 3 poäng beskrivs överhuvudtaget inte. Detta är en brist som kvarstår från de föregående upphandlingar som förvaltningsrätten vid två tillfällen funnit vara i strid med gällande rätt. SLL har inte anpassat villkoren.

Upphandlingen brister således i transparens såväl avseende beskrivningen av vad som ska bedömas som vad som krävs för att uppnå en viss poäng.

Förbudet att offerera en och samma produkt i flera produktgrupper

De krav som SLL ställt upp i kravspecifikationerna för de olika produktgrupperna är till stor del mycket lika. Förbudet att inte kunna offerera en och samma hörapparat i flera produktgrupper står i strid med principerna i LOU och de bakomliggande direktiven om att bedömningen av anbuderna ska ske utifrån krav på egenskaper, d.v.s. själva uppfyllandet

av ställda funktionskrav. Detta innebär att en anbudsgivare har rätt att offerera den produkt som anbudsgivare önskar offerera så länge de ställda funktionella kraven uppfylls. Genom förbudet fråntas anbudsgivarna möjligheten att offerera på bästa möjliga sätt och SLL köper då inte heller produkterna i verklig mening utifrån kriteriet det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kravet är vidare diskriminerande mot de leverantörer som inte kan tillhandahålla den totala mängd varianter av hörapparater som krävs för att kunna offerera i flera produktgrupper samt är konkurrensbegränsande.

SLL har utvecklat grunderna för bestridandet genom att anföra i huvudsak följande.

Utvärderingen sker enligt punkten 1.16 i anbudsinvitan enligt principen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Priset är viktat till 60 respektive 65 procent, bör-krav till 20 respektive 15 procent samt funktionella krav till 20 procent. Anbudet jämförs/ställs inte mot varandra, utan modellen är en s.k. absolut modell där varje anbud bedöms utifrån sina egna meriter.

I punkten 1.16 i anbudsförfrågan förklaras utvärderingens genomförande såvitt avser funktionella krav enligt bl.a. följande.

Funktionella krav programvara: Utvärderingen kommer att ske baserat på praktisk bedömning utförd av referensgruppen av två, för SLL, viktiga processer avseende programmering av hörapparat.

”Process 1. Programmeringens grundprocess där val och anslutning av hörapparat, underlag vid programmering samt avslutande av hörapparatens programmering ingår”.

”Process 2. Justering av hörapparatens inställningar”.

Vidare anges under rubriken utvärderingens genomförande bl.a. följande:

”Utvärderingen av funktionella krav avseende programvara kommer att utföras av en grupp audionomer och hörselingenjör. Samma referensgrupp kommer att bedöma samtliga programvaror. Vid utvärderingen av programmeringens två processer, kommer dessa att var för sig bedömas utifrån nedanstående två perspektiv. Totalt kan tolv poäng erhållas”.

Det innebär att perspektivet användarvänlighet (s. 11 i anbudsinvjudan) kommer att utvärderas utifrån process 1 och 2. Sammanlagt kan högst sex poäng erhållas för användarvänlighet (0–3 poäng x 2). På motsvarande sätt kommer perspektiven flexibilitet och anpassningsmöjligheter att utvärderas utifrån process 1 och 2. Även under den punkten kan sammanlagt högst sex poäng erhållas (0–3 poäng x 2). En normalt insatt anbudsgivare kan inte missuppfatta att sammanlagt högst tolv poäng kan erhållas.

Funktionella krav

I upphandlingen finns tre typer av krav. Skall-krav som måste uppfyllas, minimikrav som anges i kravspecifikationerna, särskilda bör-krav som poängsätts med i kravspecifikationerna angiven poäng samt preciserade funktionella krav som poängsätts med 0–3 poäng per process. Till skillnad från tidigare upphandlingar har SLL under punkten 1.16 i nu aktuell anbudsinvjudan utifrån förvaltningsrättens tidigare domar gjort stora förändringar och tydliggjort de funktionella kraven. SLL har dels, preciserat vad som efterfrågas, nämligen användarvänlighet respektive flexibilitet och anpassningsmöjligheter dels, redovisat och preciserat vad som kommer att värderas och premieras. Utvärderingen av de två perspektiven kommer att ske utifrån två processer, programmeringens grundprocess (process 1) och justering av hörapparaten's inställningar (process 2). Det tydliggörs dessutom att 3 poäng erhålls om rekvisiten i

strecksatserna i de två perspektiven i mycket hög grad uppfylls. Inom ramen för LOU har SLL en stor frihet att bestämma föremålet för upphandlingen och utformningen av förfrågningsunderlaget. Uppställande av funktionskrav i upphandlingar är dessutom klart förenligt med 6 kap. LOU. I praktiken är det ofrånkomligt att tillämpning av utvärderingsmodellen det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet innebär viss skönsmässig bedömning, vilket inte strider mot LOU. Beträffande kammarrätten i Göteborgs dom i mål nr 6996-08 var anbudsgivarna i poängsättningen beroende av varandra. I förfrågningsunderlaget fanns inte någon ledning för vad som vägdes in för att svaret skulle framstå som bäst, näst bäst osv., varför avgörandet saknar relevans i förevarande situation. Anbudsgivarna har utifrån SLL:s redovisning av hur utvärderingen kommer att genomföras, vad den omfattar och vad som kommer att premieras liksom genom anbudsgivarnas kännedom om kravspecifikationernas minimikrav (skall-krav) fått en tillräcklig bild av vad SLL kommer att lägga vikt vid, vid bedömningen av de funktionella utvärderingskriterierna. Anbuderna kommer inte heller att jämföras med varandra, vilket innebär att flera anbudsgivare kan erhålla samma poäng. Metoden är förutsägbar och garanterar att samtliga anbudsgivare behandlas lika.

Förbudet att offerera en och samma produkt i flera produktgrupper

Förfrågningsunderlaget är uppbyggt på det viset att kravspecifikationen innehåller ett antal produktgrupper Mellan A, Mellan B, Avancerad A, Avancerad B och Visuellt indikering. Var och en av dessa produktgrupper har en s.k. serie av hörapparater, bakom örat, bakom örat power, bakom örat mini, i örat och hörselgångsapparat. Av punkten 1.4 i anbudsinvitan och kravspecifikationerna för ovanstående produktgrupper framgår att offererade hörapparater ska ingå i samma serie och finnas i olika utföranden. En eller flera serier kan offereras i samma produktgrupp.

Samma produkt får enligt punkten 1.4 i anbudsinvjudan inte offereras i olika produktgrupper. I samma punkt anges att anbud kan lämnas på hela eller delar av efterfrågat sortiment. Det finns alltså inget hinder för en anbudsgivare att lämna anbud och bli antagen i en eller flera produktgrupper. Det framgår vidare att en eller flera produktserier kan offereras i samma produktgrupp, vilket utgör ytterligare en möjlighet för anbudsgivare att anpassa den offererade serien genom att blanda produkter från olika produktserier i en och samma produktgrupp. I och med att anbudsgivarnas möjlighet att lämna anbud i samtliga produktgrupper kvarstår, snedvrids inte konkurrensen. Begränsningen i anbudsfrågan är av betydelse och nödvändig för att tillse att en mångfald av produkter upphandlas och inte för att gynna vissa leverantörer. Om begränsningen inte fanns och anbudsgivarna kunde erbjuda endast en och samma produkt i varje produktgrupp skulle det upphandlade hörapparatssortimentet begränsas avsevärt. Ett begränsat sortiment skulle förhindra, eller åtminstone försvåra markant, SLL:s möjligheter att tillfredsställa brukarnas specifika behov. Begränsningen är således nödvändig för att uppnå SLL:s syfte med upphandlingen, nämligen att försäkra sig om att tillgodose brukarnas skilda behov av hörselhjälpmedel.

Bolaget har genmält i huvudsak följande. Avseende utformningen av de funktionella kraven ger utvärderingsmodellen ingen ledning till vad som krävs för att uppnå 1, 2 eller 3 poäng. Konsekvensen blir således att för var och en av punktsatserna så måste poängtilldelningen bli 3 = mycket hög grad, i annat fall kan inte heller den slutliga totala poängen bli 3. Vidare innebär utformningen av modellen att SLL kan blanda mellan de olika punktsatserna ifråga om dessas betydelse. På så vis kan SLL "spela" med poängsättningen. Det framgår inte heller hur SLL avser att redovisa utvärderingen. SLL kan således fritt bestämma vikten/betydelsen av de olika punktsatserna först när utvärderingen görs och därmed styra poängsättningen, inte utifrån vad SLL på förhand bestämt om

vikten/betydelsen utan baserat på anbudens innehåll. Vissa punktsatser är motsägelsefulla i meningen att de i sin skrivning innehåller lydelse som synes innebära att de redan i sitt utgångsläge måste vara uppfyllda i *mycket hög grad* för att överhuvudtaget ge poäng/tillmätas betydelse. Det är oklart var gränsen går mellan de två processerna (process 1 och 2) som SLL ska bedöma. Var går gränsen mellan Process 1 och Process 2 med avseende på t.ex. *"möjlighet att välja mer eller mindre avancerad och detaljerad inställning samt reglering av parametrar?"* Det är vidare oklart om samtliga punktsatser som redovisas under ovanstående moment ska bedömas för var och en av Process 1 och Process 2. Process 1 är också i sig oklart beskriven. Bl.a. framgår det inte av förfrågningsunderlaget vad som avses med *"avslutande av hörapparatsens programmering"*. De funktionella kraven ska bedömas baserat på tester som genomförs av audionomer. Testerna kommer att vara beroende av vilka bakgrundsparametrar som kommer att utgöra grund i testerna. Det är mot denna bakgrund särskilt väsentligt att det av förfrågningsunderlaget framgår vilka bakgrundsparametrar som utvärderingen baseras på. Detta framgår inte överhuvudtaget i förfrågningsunderlaget, vilket är en klar brist i transparens. Särskilt gäller detta när det i första punktsatsen avseende *flexibilitet och anpassningsmöjligheter* anges att bedömningen ska ske utifrån brukarens förutsättningar. Även mellan punktsatserna är det oklart vad som egentligen utgör en skillnad i vissa avseenden. Var skillnaderna står att finna går inte att utläsa. Det förefaller som om SLL bedömer samma förhållanden flera gånger sär samtidigt möjligheten finns att göra helt olika bedömningar i de olika omgångarna.

Förbudet att offerera en och samma produkt i flera produktgrupper

Förbudet mot att offerera samma produkt i flera produktgrupper sätter uppfyllelsen av funktionskraven som avgörande moment ur spel. Genom upplägget i upphandlingen gynnas stora aktörer med stora sortiment på

bekostnad av mindre aktörer som endast har tillgång till ett mindre sortiment. För brukaren är hörapparatsens funktionssätt avgörande. Om kraven i en upphandling är utformade utifrån brukarnas behov har det ingen betydelse om det är samma produkt utifrån olika behov så länge de krav som är kopplade till behoven är uppfyllda. Vad det i en upphandling handlar om är att den upphandlade myndigheten i utformningen av kraven ska balansera kraven på funktionalitet relativt pris. Utan ett förbud som det aktuella skulle konkurrensen kunna öka då fler anbudsgivare får tillträde till upphandlingen och gynnandet av leverantörer med stora sortiment upphör. Kammarrätten i Stockholm har genom dom i mål nr 4283-08 konstaterat att förbud för anbudsgivare att lämna anbud inom alternativa anbudsområden är en mycket ingripande åtgärd. Brott konstaterades även föreligga mot proportionalitetsprincipen. Domen är jämförbar med föreliggande situation då de företag som i sig har produkter som uppfyller de ställda funktionalitetskraven utestängs från deltagande på den grunden att de inte har ett visst givet antal produkter. Förbudet att offerera samma hörapparat i flera olika produkter är i strid med proportionalitetsprincipen. Det kan med fog ifrågasättas om förbudet är en lämplig och effektiv åtgärd utifrån det syfte som anförs till stöd för förbudets införande. Brukarnas skilda behov av hörapparater regleras genom utformningen av de krav som är kopplade till respektive typer av hörapparater. Det har således varit möjligt att tillgripa mindre ingripande alternativ varigenom anbudsgivare med få hörapparater men kravuppfyllande för flera produktgrupper inte uteslutits från deltagande i flera produktgrupper. Förbudet innebär att anbudsgivare med få typer av hörapparater utestängs från deltagande i en eller flera produktgrupper. Det är således ett allvarligt ingrepp i möjligheten att få lämna anbud. SLL har inte visat att förbudet är förenligt med gällande rätt.

Skall-krav oförenliga med gällande rätt

SLL har i upphandlingen använt obligatoriska krav som är i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen. Kraven ger möjlighet till godtyckliga bedömningar. Kammarrätten i Göteborg har i mål nr 1729-08 (prövning av Region Skånes upphandling av diabetestickor) konstaterat att ett obligatoriskt krav av innebörd att diabetesstickan skulle vara ”lätt att fylla” stred mot transparensprincipen.

I aktuell upphandling förekommer för samtliga typer av efterfrågade hörapparater följande obligatoriska krav (som framgår av specifika krav för produktgruppen Avancerad A, krav nr 26-27):

Hörapparaten skall vara enkla att hantera i dagligt bruk.

Hörapparaten skall ha brukarvänlig hantering av tillbehör och förbrukningsartiklar såsom batterier.

Bedömningen av kravets uppfyllelse är helt knutet till vad personen ifråga lägger i begreppet ”enkla”, vilket ger ett mycket stort utrymme för godtycke. Följden blir att kraven ifråga inte är transparenta. Eftersom det rör sig om obligatoriska krav gäller särskilt starka krav på tydlighet och transparens. I fråga om kontroll-kravet så har SLL endast bytt ut ordet ”brukarvänlig” mot ordet ”enkla”. Förvaltningsrätten fann i mål nr 46045-10 att formuleringen ”brukarvänlig” var i strid med gällande rätt och att det fanns stor risk för godtycke. Det föreligger heller ingen saklig skillnad mellan ”lätt att fylla”, som Kammarrätten i Göteborg genom dom i mål nr 1729-08 fann vara i strid med gällande rätt och begreppet ”enkla”. Genom nyttjandet av ”enkla” föreligger brott mot transparensprincipen.

SLL har genmält i huvudsak. Det som bedöms under punkten 1.16 är mervärden för audionomen i dennes arbete med programmering enligt process 1 och 2. I fråga om poängsättningen framgår tydligt att det för att erhålla full poäng (tre) för respektive process och perspektiv krävs att anbudsgivaren i mycket hög grad uppfyller samtliga de omständigheter

som redovisas under användarvänlighet respektive flexibilitet/anpassningsmöjligheter. Varje omständighet i respektive punkt har lika värde. Något annat har inte redovisats. Eftersom skalan är 0–3 poäng och kraven för tre poäng är redovisade kan varje normalt insatt anbudsgivare enkelt räkna ut att poäng kommer att ges utifrån hur väl anbudet motsvarar ställda krav. Anbudsgivarna har erhållit tillräckligt god bild av vad SLL kommer att lägga vikt vid, vid utvärderingen av funktionella krav programvara under punkten 1.16 i anbudsinbjudan (jfr Kammarrätten i Göteborgs mål 1213-11). Det bestrids att punkterna är motsägelsefulla. Om det vid utvärderingen visar sig att kravet i mycket hög grad uppfylls riskerar anbudsgivaren under denna punkt inte att den sammanlagda maxpoängen tre reduceras. Om det under utvärderingen visar sig att kravet inte uppfylls i mycket hög grad kommer anbudsgivaren inte att erhålla den sammanlagda maximala poängen tre.

Utformning av de funktionella kraven

Eftersom inget annat anges i anbudsinbjudan och då det i punkten 1.16 i anbudsinbjudan beskrivs vad SLL kommer att ta hänsyn till kan en normalt insatt och informerad anbudsgivare inte räkna med annat än att samtliga punktsatser i perspektiven ska prövas mot de två processerna, vilket också är avsikten. Beträffande val och anslutning av hörapparat (process 1) förhåller det sig så att offererad programvara utifrån de faktauppgifter som audionomen programmerar in om brukaren kan ge ledning om hörapparaten är lämplig för en viss typ av brukares behov. Det är alltså ett viktigt moment i audionomens arbete för att kunna föreslå en viss hörapparat till brukaren. SLL bestrider att perspektivet flexibilitet och anpassningsmöjligheter och de under den punkten redovisade funktionskraven relaterar huvudsakligen till process 2. Exempelvis kan nämnas att i grundprocessen (process 1) kan audionomen inaktivera volymkontrollen i det valda slutliga läget medan audionomen vid justering

av hörapparaters inställningar (process 2) – som ofta sker i ett senare skede – kan göra gradinställningar av volymen. För en normalt insatt och informerad anbudsgivare råder ingen tvekan om att den ena är hänförlig till grundprocessen och den andra till justering. Process 1 och 2 handlar om audionomens inställningar vid programmeringen. Eftersom hörapparaterna kommer att användas av personer med vitt skilda förutsättningar är det angeläget att audionomen vid utprovningen och programmeringen av hörapparat har tillgång till hörapparater som uppfyller ställda minimikrav (skall-krav) men även har funktioner som ytterligare underlättar audionomens arbete. Det är för SLL inte möjligt att redovisa den paljett av olika bakgrundsparmetrar som finns med tanke på brukarnas olika förutsättningar och behov. Det är audionomens behov utifrån perspektiven användarvänlighet och flexibilitet/anpassningsmöjligheter som utvärderas. Utvärderingen görs således utifrån perspektivet vad som kan underlätta audionomens arbete när denna arbetar med programvaran och möter patienter med vitt skilda behov och förutsättningar. Den som har bäst kännedom om vilka lösningar som kan erbjudas för att uppfylla audionomens i anbudsinbjudan beskrivna behov är tillverkare och återförsäljare av hörapparater, särskilt i en bransch med konkurrens och snabb produktutveckling. SLL bestrider att det råder oklarhet om skillnaden mellan vissa funktionskrav. Den omständigheten att en produkt är användarvänlig i mycket hög grad betyder inte nödvändigtvis att den i samma grad har flexibilitet och anpassningsmöjligheter och vice versa. Under upphandlingen har SLL inte heller erhållit frågor över det bolaget beskrivit som oklart och otydligt.

Förbudet att offerera en och samma produkt i flera produktgrupper

Det är inte möjligt att utforma kraven i upphandlingen så att de täcker upp varje brukares unika behov. Det är av omsorg om brukarna som det är nödvändigt att ställa upp kravet på att en och samma produkt inte får

offereras i flera produktgrupper. Kravet är således såväl lämpligt som nödvändigt. Vad gäller Kammarrätten i Stockholms dom mål nr 4283-08, avser det inte en situation som den i nu aktuell upphandling. I det målet förhöll det sig så att leverantörer inte tilläts lämna anbud inom samtliga anbudsområden. Villkoret i denna upphandling är uppställt av hänsyn till SLL:s skyldighet att tillse brukarnas behov enligt hälso- och sjukvårdslagen. Enligt exempelvis 3 a § hälso- och sjukvårdslagen är landstinget – så länge som det inte står i strid med vetenskap och beprövad erfarenhet – skyldigt att ge patienten möjlighet att välja det alternativ som han eller hon föredrar.

Skall-krav oförenliga med gällande rätt

Det bestrids att kraven står i strid med LOU och de principer som den bygger på. Förvaltningsrätten har genom dom i mål nr 13908-11 inte funnit att det i målet motsvarande krav stod i strid med LOU.

Enligt krav 26 i de specifika kraven ska hörapparatens kontroller vara enkla att hantera i dagligt bruk. Av de gemenskapsrättsliga principerna följer bl.a. att ett krav ska vara förutsebart. Det är tillåtet att ställa funktionskrav såsom begreppet ”enkla”. Omtvistade begrepp är vedertagna i svenskt språkbruk och något skäl att definiera dessa föreligger inte. Prövningen kommer för övrigt att göras av särskilt inom området insatta personer, vilket också borgar för att SLL inte ges en obegränsad valfrihet. Det kan inte stå i strid med de gemenskapsrättsliga principerna att uppställa ett krav på att hörapparatens kontroller ska vara enkla att hantera. Det går i verkligheten inte att bortse från att ett icke ringa antal av brukarna är i stort behov av just en enkel hantering.

Enligt krav 27 ska hörapparaten ha brukarvänlig hantering av tillbehör och förbrukningsartiklar såsom batterier. ”Brukarvänlig hantering” utgör också

ett funktionskrav. Skälet till att SLL inte valt att tekniskt precisera kraven är p.g.a. alla de varianter av hörapparater som finns på marknaden och för de uppdaterade eller nya apparater som lanseras samt att brukarnas skilda behov inte gjort det praktiskt möjligt att i tekniska termer ange minimikraven för ”enkla att hantera” och ”brukarvänlig hantering”. Funktionskrav öppnar dessutom upp för en bred konkurrens. SLL har inte möjlighet att uppställa krav som är anpassade till varje brukares situation. Istället har funktionella minimikrav (skall-krav) uppställts som ska passa brukarkollektivet, d.v.s. minimikraven på enkel och brukarvänlig ska uppfyllas utifrån ett funktionellt begrepp, d.v.s. enkel för brukarkollektivet. Något annat går inte heller att utläsa av anbudsförfrågan. Överhuvudtaget har anpassning till olika brukargrupper inte redovisats som minimikrav. Istället är det möjligheten att enkelt hantera kontroller (position 26) och brukarvänligheten av tillbehör och förbrukningsartiklar (position 27) som prövas, vilket tydligt framgår av förfrågningsunderlaget. Det bestrids att kraven står i strid med principerna om likabehandling och transparens.

DOMSKÄL

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.

Enligt 16 kap 5 §, i dess lydelse fram till den 1 november 2011, ska rätten, 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, besluta att upphandlingen ska göras om eller att den får avslutas först sedan rättelse har gjorts.

Utvärderingsmodellen

Första frågan i målet är om bolaget har utformat en utvärderingsmodell som inte är transparent. Bolaget har som grund för sin talan gjort gällande att bedömningsgrunderna för de funktionella kraven avseende programvaran är i strid med transparens- och likabehandlingsprincipen, eftersom det inte framgår vad som krävs för att viss poäng ska erhållas.

Förvaltningsrätten konstaterar inledningsvis att ett förfrågningsunderlag ska vara så klart och tydligt utformat att en leverantör på grundval av detta kan avgöra vad den upphandlade enheten anser har betydelse vid upphandlingen och att en utvärderingsmodell ska vara så utformad att den är ägnad att leda till ett rättvisande resultat. Detta följer också av gemenskapsrättens krav på likabehandling, förutsebarhet och transparens (jfr. RÅ 2002 ref. 50). Ett väl utarbetat förfrågningsunderlag med en tydlig struktur underlättar för leverantörerna i arbetet med att utarbeta anbud, men också för myndigheten vid utvärderingen av anbuden och vid utformningen av avtalet med vald leverantör.

Hur prövning och utvärdering av anbud kommer att ske följer av punkten 1.16 i anbudsinvitan. Vad gäller beskrivningen av vad som ska bedömas av de funktionella kraven anser förvaltningsrätten att utvärderingen av programmeringens två processer såsom ”relevanta anpassningsmöjligheter” och att ”programvaran stöder ett strukturerat och effektivt arbete för audionomen” har preciserats genom att de funktionella kraven användarvänlighet respektive flexibilitet och anpassningsmöjligheter har tydliggjorts med diverse utvärderingskriterier som ska uppfyllas. En upphandlande enhet kan inte alltid överblicka de möjligheter till lösningar som marknaden kan erbjuda. Alltför exakta och preciserade utvärderingskriterier skulle kunna avhålla leverantörer med nya lösningar att lämna anbud, något som i sin tur skulle motverka

ett av syftena med LOU. Ett visst mått av subjektiv bedömning kan svårligen undvikas i upphandlingar där det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet ska antas. Utvärderingskriterierna i SLL:s valda modell har ett samband med kontraktets föremål och finns uttryckligen angivna i förfrågningsunderlaget. Eftersom det i förfrågningsunderlaget framgår att det vid poängsättningen kommer att tas hänsyn till samtliga redovisade omständigheter per process, konstaterar förvaltningsrätten att det med tillräcklig tydlighet framgår vad som kommer att ge poäng i den delen. Den av SLL:s valda utvärderingsmodellen lämnar därför inte – som bolaget har påstått – ett stort utrymme för skönsmässiga bedömningar och godtycklighet. Mot bakgrund av ovanstående konstaterar domstolen att SLL:s utvärderingsmodell samt de uppställda utvärderingskriterierna avseende användarvänlighet respektive flexibilitet och anpassningsmöjligheter är tillräckligt tydliga och således inte strider mot de principer i 1 kap. 9 § LOU som bolaget har påstått.

Icke transparenta skall-krav

När det gäller samtliga typer av efterfrågade hörapparater (specifika krav för produktgruppen Avancerad A, krav nr 26-27) har bolaget anfört att följande skall-krav inte kan anses vara transparenta:

”Hörapparaten skall vara enkla att hantera i dagligt bruk”.

”Hörapparaten skall ha brukarvänlig hantering av tillbehör och förbrukningsartiklar såsom batterier”.

Förvaltningsrätten kan i denna del erinra om att bolagets invändningar om icke-transparentens underkänts i mål nr 13908-11. Domstolen fann att begreppen ”enkla” och ”brukarvänlig” inte kan behöva definieras ytterligare för en anbudsgivare som är verksam med hörapparater. Förvaltningsrätten konstaterar att det knappast har framkommit skäl som föranleder domstolen att frångå den bedömning som tidigare har gjorts i

denna del. De nyss citerade skall-kraven kan följaktligen inte anses strida mot transparensprincipen.

Förbud mot att samma produkt inte får offereras i olika produktgrupper

Bolaget har slutligen gjort gällande att SLL genom ett förbud mot att få offerera en och samma produkt i flera produktgrupper har brutit mot gällande rätt. Bolaget hävdar att förbudet fråntar anbudsgivarna möjligheten att offerera på bästa möjliga sätt, vilket inte bidrar till det ekonomiskt mest fördelaktiga anbudet. Kravet har påståtts vara diskriminerande mot de leverantörer som inte kan tillhandahålla den totala mängd varianter av hörapparater som krävs för att kunna offerera i flera produktgrupper samt att villkoret har en konkurrensbegränsande effekt. Förbudet ska enligt bolagets mening dessutom strida mot proportionalitetsprincipen.

Anbudsinbjudan, punkten 1.4, såvitt nu är av intresse, lyder enligt följande.

Anbud kan lämnas på hela eller delar av efterfrågat sortiment. Anbudsgivare **skall** kunna offerera samtliga produkter inom respektive produktgrupp.

För att kunna offerera en produkt i produktgrupperna Mellan A, Mellan B, Avancerad A, Avancerad B samt Visuell indikering **skall** produkter ur samma serie offereras i respektive produktgrupps alla positioner. En eller flera serier kan offereras i samma produktgrupp. Serie behöver inte innebära att hörapparaterna har samma namn, men de **skall** ha likvärdiga egenskaper, till exempel teknisk plattform, funktioner och anpassningssätt.

Samma produkt få ej offereras i olika produktgrupper. Det är möjligt att offerera flera fabrikat.

Av EU-domstolens praxis rörande proportionalitetsprincipen följer att bedömningen består av tre steg. För det första ska en bedömning göras om

åtgärden är en lämplig och effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet. För det andra ska en bedömning göras av om åtgärden är nödvändig för att uppnå det eftersträvade syftet, såtillvida att det inte finns något mindre ingripande alternativ. För det tredje ska bedömas om den negativa effekten som åtgärden får på det intresse eller den rättighet som åtgärden inskränker är oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet. Domstolen har i skilda sammanhang även uttalat att reglerna ska tolkas i ”funktionella termer”, med innebörd om att det är den praktiska tillämpningen och åtgärdernas effekter vid den enskilda upphandlingen ska bedömas.

SLL har å sin sida påstått att syfte med kravet i punkten 1.4 är att tillgodose brukarnas skilda behov av hörapparater. Begränsningen har motiverats med att det är nödvändigt att skapa en mångfald av produkter som upphandlas. Enligt SLL hade det utan begränsningen varit möjligt för anbudsgivarna att erbjuda endast en och samma produkt i varje produktgrupp, vilket skulle få konsekvensen att det upphandlade sortimentet skulle begränsas avsevärt och i slutändan skulle SLL ha mycket svårt att tillhandahålla ett sortiment som tillfredsställer brukarnas specifika behov. Begränsningen är enligt SLL:s mening nödvändig för att upphandlingens syfte ska uppfyllas.

Inledningsvis noterar domstolen att av anbudsinbudans ordalydelse i punkt 1.4, citerat på sidan 19, inte följer att en potentiell anbudsgivare har förbjudits att lämna anbud i produktgrupperna. Den restriktion som uppställts gäller att en anbudslämnare inte får offerera *samma* produkt i olika produktgrupper. Anbud kan emellertid lämnas på hela eller enbart vissa delar av det efterfrågade sortimentet. Antingen en eller flera produktserier får offereras i samma produktgrupp.

Förvaltningsrätten konstaterar att SLL:s utformning av punkten 1.4, med den restriktion som lagts på anbudsgivarna, får anses vara en såväl lämplig som effektiv åtgärd för att uppnå det eftersträvade syftet att erhålla ett så brett sortiment som möjligt. Åtgärden får även anses ha varit nödvändig för att sörja för brukarnas behov av produkter härrörande från en teknologimarknad under ständig utveckling. Att samma produkt inte får offereras i olika produktgrupper kan inte heller anses som oproportionerlig eller överdriven jämfört med det eftersträvade syftet, framförallt mot bakgrund av att anbudsgivarna inte har beskurits möjlighet att lämna anbud i samtliga produktgrupper. Någon snedvridning av konkurrensen på marknaden kan därför enligt domstolens mening inte inträda.

Förvaltningsrätten konstaterar att punkten 1.4 i anbudsinvjudan varken kan anses vara oproportionerlig eller diskriminerande. Skäl för ingripande enligt LOU föreligger följaktligen inte.

Förvaltningsrätten konstaterar att de av Oticon AB anförda omständigheterna inte kan föranleda något ingripande enligt LOU, varför ansökan därom ska lämnas utan bifall.

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

Szilárd Rado
förvaltningsrättsfiskal



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 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 3109/1A LOU